Provedor de Justiça

Relatório à Assembleia da República 1999

L i s b o a
2000

Título - Relatório à Assembleia da República - 1999
Editor - Provedoria de Justiça - Divisão de Documentação
Composição - Provedoria de Justiça - Núcleo de Informática
Impressão e acabamento -
Tiragem - 400 ex.
Depósito legal -
ISSN – 0872 - 9263

Provedoria de Justiça, Rua do Pau de Bandeira, 7- 9, 1249-088 Lisboa.
Telefone: 21 392 66 00. Telefax: 21 396 12 43. Internet: provedor@provedor-jus.pt

Em cumprimento do disposto no artigo 23.º, n.º 1, do Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei 9/91, de 9 de Abril, tenho a honra de apresentar à Assembleia da República o meu relatório anual de actividades relativo a 1999.

Como é habitual, no mesmo se encontra referência aos aspectos mais importantes da actuação do Provedor de Justiça durante o ano a que respeita, completando-se a sua leitura com a do relatório especial relativo ao sistema prisional.

No vigésimo quinto aniversário da criação do Provedor de Justiça, 21 de Abril de 2000

O Provedor de Justiça,

José Menéres Pimentel

Sumário

Introdução 9

I - DA ACTIVIDADE PROCESSUAL

1. Dados estatísticos 24
1.1. Comentário aos dados estatísticos 38

2. Casos significativos

2.1. Assuntos político-constitucionais e direitos, liberdades e garantias, ambiente, urbanismo e ordenamento do território, cultura e comunicação social, caça e pesca, turismo e jogo
2.1.1. Recomendações 46
2.1.2. Resumos de processos anotados 307

2.2. Assuntos financeiros, economia e emprego, direitos dos consumidores
2.2.1. Recomendações 321
2.2.2. Resumos de processos anotados 455

2.3. Assuntos sociais: educação, segurança social, saúde, menores e desporto
2.3.1. Recomendações 473
2.3.2. Resumos de processos anotados 612

2.4. Assuntos de organização administrativa e função pública
2.4.1. Recomendações 623
2.4.2. Resumos de processos anotados 641

2.5. Assuntos judiciários e penitenciários, defesa nacional, segurança interna e trânsito, registos e notariado
2.5.1. Recomendações 645
2.5.2. Resumos de processos anotados 674

2.6. Assuntos Político-constitucionais e inspecções
2.6.1. Recomendações 679
2.6.2. Pedidos de fiscalização da constitucionalidade 768
2.6.3. Inspecções 885

2.7. Extensão da Provedoria de Justiça nos Açores 901

3. Acórdãos do Tribunal Constitucional publicados neste ano em resposta a iniciativa do Provedor de Justiça 1177

II - DA ACTIVIDADE EXTRAPROCESSUAL

1. Participação do Provedor de Justiça em reuniões internacionais
1.1. I Reunião da Comissão de Acompanhamento Da Declaração de Marrakesch 1183
1.2. Reunião sobre "Derechos Humanos y Defensor del Pueblo ante el Nuevo Milenio" 1183
1.3. Seminário sobre "Les Médiateurs et le Traité d'Amsterdam et L'Integration Européenne" 1184
1.4. IV Congresso Anual da Federação Ibero-Americana de Ombudsmen 1184
1.5. II Curso de Fortalecimento Institucional do Ombudsman Ibero-americano 1186
1.6. Conferência "A Prevenção da Tortura na Alvorada do novo milénio" 1187
1.7. Jornadas Comemorativas do 10º Aniversário da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança 1192

2. Discursos e intervenções do Provedor de Justiça
2.1. Intervenção do Provedor de Justiça na Cerimónia de Lançamento do livro "a Provedoria de Justiça na Salvaguarda dos Direitos dos Homens" 1197
2.2. Texto do Provedor de Justiça escrito a convite da Comissão de Mulheres da UGT para uma Brochura Comemorativa do 25º Aniversario do 25 de Abril, e subordinada ao tema" a Igualdade de Oportunidades no pós-25 de abril" 1198
2.3. Seminário "Agir e Reagir - Prevenir a Violência contra as Pessoas Idosas", promovido pela União das Mutualidades Portuguesas 1203
2.4. Conferência Proferida pelo Provedor de Justiça na Faculdade de Direito de Coimbra, integrada no Ciclo de Conferências "Perspectivas da Realização do Direito e dos Valores que ele Integra e Veícula no início do Terceiro Milénio". 1214

2.5. Intervenção do Provedor de Justiça no Seminário "Descentralização e Modernidade: Uma nova administração para um novo século" Promovido pelo CEDREL (Centro de Estudos para o Desenvolvimento Regional e Local) 1233
2.6. Intervenção do Provedor de Justiça no Almoço/Debate subordinado ao tema“a Provedoria de Justiça e o Contributo para Paz Social nas Empresas” promovido pela Associaçao Portuguesa de Management.....1235
2.7. Intervenção do Provedor de Justiça no IX Colóquio sobre "Atitudes/Comportamentos/Toxicodependência" promovido pelo PROSALIS 1245
2.8. Discurso proferido no Colóquio "Impunidade e Direito à Memória"a convite da Fundação Humberto Delgado.....1257
2.9. Ciclo de Conferências Promovido pela Ordem dos Advogados 1267
2.10. Sobre o Exercício do Direito da Cidadania Conferência proferida no Salão Nobre da Câmara Municipal das Caldas da Rainha a convite do Pólo Universitário nesta Cidade da Universidade Autónoma de Lisboa.....1288
2.11. Simpósio sobre "Comissões de Ética e seus Objectivos" Faculdade de Medicina de Lisboa.....1300
2.12. Intervenções escritas do Provedor de Justiça no Seminário sobre" Les Médiateurs et le Traité d'Amsterdam et l'Integration Européenne" 1305
2.13. Intervenção do Provedor de Justiça a Propósito de Timor Leste 1317
2.14. Conferência "a Prevenção da Tortura na Alvorada do Novo Milénio" Conselho da Europa, Estrasburgo.....1322

3. Actividade da Linha Verde "Recados da Criança" 1329

4. Actividade da Linha do Cidadão Idoso..... 1341

© Fernando Bárbera/Impala

INTRODUÇÃO

I. No momento em que escrevo estas linhas, cumpriram-se já mais de oito anos desde que a Assembleia da República me designou para o meu primeiro mandato como Provedor de Justiça no dia 14 de Janeiro de 1992. Penso pois justificar-se, em jeito de balanço, descrever, com inevitável brevidade é certo, os principais momentos que esta Instituição viveu desde aquela data até ao presente.

1. Quando iniciei o exercício da minha *novel* função como Provedor, vários eram os problemas com que se debatia a Provedoria de Justiça. Desde logo, a exiguidade das instalações no edifício da Avenida de 5 de Outubro criava um constrangimento inultrapassável à actividade deste órgão do Estado. Este problema foi resolvido, nesse mesmo ano, com a aquisição e transferência dos serviços para as actuais instalações, facto que ocorreu em 14 de Dezembro de 1992.

Outro tipo de problemas, estes estruturais, prendia-se com a Lei Orgânica da Provedoria, datada de 1978, manifestamente inadequada às necessidades do serviço. Este problema foi aliás aquele ao qual dediquei prioritariamente a minha atenção, tendo promovido a elaboração de um projecto de lei orgânica que entreguei ao Governo em 14 de Março de 1992. A segunda prioridade a que dediquei a minha atenção foi a renovação do sistema informático da Provedoria.

2. O ano de 1993 teve impacto sobre a Instituição em duas vertentes essenciais e complementares. Por um lado, a publicação do decreto-lei n.º 279/93, de 11 de Agosto, que aprovou a Lei Orgânica e, por outro, a renovação do quadro técnico da Provedoria. A partir dessa data iniciou-se uma revitalização com a admissão de novos assessores e coordenadores, bem como com a nomeação de dois novos provedores-adjuntos, Drª Maria Madalena Diener de Oliveira e Dr. António Nadais. Remodelou-se também a estrutura da assessoria que ficou composta por cinco áreas temáticas.

Esta nova disposição e preenchimento quase total dos lugares de assessores e coordenadores, a par da nova forma de tramitação processual consistente com a dinâmica imprimida, permitiram recuperar atrasos de anos, controlar o serviço e atenuar os efeitos da pendência de cerca de 7000 processos existente em 1992.

Foi neste ano posto em funcionamento um novo modo de intervenção do Provedor de Justiça, a linha verde "Recados da Criança", pretendendo dar resposta às carências particularmente sentidas pelos menores.

3. Durante o ano de 1994 procurou-se consolidar a reforma interna e concluiu-se o preenchimento do quadro da assessoria. Foi também neste ano que introduzi um novo procedimento interno.

Como deixei escrito na Introdução do Relatório de 1994[1]: *1992 foi o ano da infra-estrutura física; 1993 foi o ano da infra-estrutura orgânica; 1994 foi o ano da infra-estrutura procedimental*.

Nesse ano, em Junho, ao nível das relações externas, com a colaboração do Conselho da Europa e com o precioso auxílio da Assembleia da República, organizou-se em Lisboa a IV Mesa Redonda dos *Ombudsmen* Europeus.

4. A actividade desenvolvida no ano de 1995 ficou marcada pela consolidação das reformas iniciadas pelo signatário nos anos anteriores. Sem a aquisição de instalações próprias e funcionais, sem a nova lei orgânica da Provedoria de Justiça, sem a restruturação dos serviços e procedimentos, revelar-se-ia dificultado à Provedoria de Justiça, enquanto apoio do Provedor, exercer de modo pleno e satisfatório o quadro das suas competências.

Exemplo disso e que não posso deixar de assinalar, foi o conjunto de inspecções realizadas a esquadras da Polícia de Segurança Pública em Lisboa e nos seus concelhos limítrofes, de onde resultou a formulação de recomendação ao Governo, tendo em vista o suprimento das insuficiências observadas. Pela primeira vez, na actividade da Provedoria, foi realizada uma inspecção durante o período nocturno e mobilizando cerca de duas dezenas de intervenientes. Do mesmo passo, concluiu-se celeremente o relatório sobre os acontecimentos ocorridos em Dezembro de 1994 na Marinha Grande, na sequência de conflitos laborais.

Mercê de um grande esforço, possível pela actividade paulatinamente efectuada nos anos precedentes, conseguiu-se, pela primeira vez em 1995, reduzir em muito o número de processos pendentes. Este foi o quarto ano, nos vinte que então contava a Instituição, em que o número de arquivamentos foi superior ao de processos organizados e o primeiro em que tal saldo se revelou significativo.

5. O ano de 1996 foi inicialmente marcado pela minha reeleição para o cargo de Provedor de Justiça, por alargada maioria, facto de realçar por ter sido a primeira vez na história da Instituição que se renovou a confiança na mesma pessoa. Não foi sem hesitação que aceitei o pesado encargo da recandidatura: o primeiro mandato custou muito em sacrifício pessoal pela profunda reformulação de métodos de trabalho, ultrapassando a consequente resistência à mudança, tudo motivando um certo desgaste de energias.

Já em 1996 foi possível, depois de um complicado e moroso processo negocial, facilitar o acesso dos residentes na Região Autónoma dos Açores ao Provedor, com a criação de uma extensão sediada em Angra do Heroísmo.

---

[1] Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República – 1994, Lisboa, 1995, p.7.

Motivado por um grave motim no Estabelecimento Prisional de Caxias, no início de 1996, como se tinham avolumado queixas sobre o nosso sistema prisional, resolvi proceder a um levantamento exaustivo da situação em todos os estabelecimentos em vez em vez de uma investigação pontual. Foi tarefa esgotante para a qual quase toda a Assessoria foi mobilizada durante o período inicial de mês e meio, com outro período idêntico em que se centrou o trabalho numa das áreas da Assessoria e no meu Gabinete. Foi produzido, em sequência, um relatório não meramente descritivo, mas apontando soluções concretas e fundamentadas no sentido de colocar este sector fundamental ao serviço de uma correcta política criminal. Este estudo, que originou quase duas centenas de recomendações dirigidas a Sua Excelência o Ministro da Justiça, foi vertido em relatório especial dirigido à Assembleia da República em 5 de Março de 1997.

Saliento, ainda no ano de 1996, ter sido possível em curtíssimo espaço de tempo obter alguma reparação no caso de todos conhecido que ocorreu no posto da GNR de Sacavém. Muito antes do julgamento em primeira instância do crime de homicídio praticado por agentes da autoridade, conseguiu-se, através de proposta aceite pelo Governo, o pagamento de uma indemnização atempada aos herdeiros da vítima. Aqui está um exemplo muito significativo da concretização de uma das funções primordiais do Provedor de Justiça: evitar, através de processo expedito, os inconvenientes da morosidade do sistema judiciário.

Noutra vertente, eventualmente devido a uma maior visibilidade da Instituição, o número de queixas subiu de 3399 no ano anterior para 5767 em 1996, o que, como é natural, originou o aumento do número de processos pendentes.

6. No ano de 1997 a pendência de processos continuou grande, registando ainda um pequeno aumento relativamente ao ano anterior. É de referir que o número de processos arquivados em 1997 atingiu o total de 5032, quando em 1996 esse número se tinha quedado pelos 4117. Note-se que quase metade dos processos abertos em 1997 foram terminados no decurso desse mesmo ano, para o que contribuiu o estabelecimento de uma forma de procedimento interno relativamente a casos que podem ser resolvidos a contactos telefónicos directos.

Foi também neste ano introduzida a possibilidade de apresentação de queixa por correio electrónico e criada a *homepage* desta Instituição. De igual modo continuou-se a proceder ao melhoramento do sistema informático.

De realçar, ainda, o início das diligências para a instalação de uma extensão da Provedoria de Justiça na Região Autónoma da Madeira.

Ainda 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 caso estava em causa um conflito laboral motivado por di-

vergências quanto às condições de trabalho dos pilotos da TAP. No segundo caso era criticada 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 mais equilibrado para os interesses em presença.

Em 1997 chegou também ao fim o processo referente à falta de regulamentação legal das condições técnicas e de segurança dos parques aquáticos, já que, após recomendações dirigidas ao Governo e à Assembleia da República em 1995 e 1996, veio a ser publicado o Decreto Regulamentar n.º 57/97, de 31 de Março.

7. Em 1998 foi alterada a Lei Orgânica da Provedoria de Justiça. Para além de alguns aperfeiçoamentos decorrentes da prática dos anos decorridos e da reflexão pela mesma suscitada, veio o decreto-lei 15/98, de 29 de Janeiro, a alargar o quadro da assessoria. Na sequência deste aumento do quadro, 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 tratamento 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, mais lhe cabendo a realização preferencial ou coordenação de visitas de inspecção, nos termos dos artigos 21.º, 1, a), e 17.º, do Estatuto do Provedor de Justiça.

Na sequência de tal reestruturação, foi levada a cabo uma nova inspecção ao sistema prisional, com visita aos cinquenta e quatro estabelecimentos do continente e ilhas, tendo em vista a apreciação da evolução sofrida desde 1996. Estas visitas decorreram entre 12 de Outubro e 11 de Novembro de 1998, de tudo resultando um relatório especial publicado em 1999, de que adiante se fará breve referência.

Neste ano foram ainda realizadas algumas visitas a estabelecimentos de saúde da região do Porto, apurando a evolução sofrida na situação alvo de recomendações de diversa ordem em 1997.[2]

Foi ainda divulgado o relatório sobre a inspecção ao Serviço Nacional de Protecção Civil e ao seu homólogo da Região Autónoma dos Açores, em consequência das sua actuação nas cheias de Outubro-Novembro de 1997. [3]

De realçar, por fim, que a taxa de eficácia no ano de 1998 atingiu cerca de 85%, o que se traduziu na percentagem mais elevada até hoje verificada.

---

[2] Cfr. Relatório de 1998, pp. 599 e 517.

[3] Este relatório foi publicado na íntegra, constituindo o Anexo II do Relatório à Assembleia da República – 1998.

8. Facto de relevo no ano de 1999, foi, sem dúvida, a criação de uma linha telefónica destinada aos idosos, para um tratamento específico e rápido. A criação de condições para a plena participação social de todas as faixas etárias, o fácil acesso das pessoas idosas aos benefícios que lhes são concedidos, bem como o simples exercício dos seus direitos enquanto cidadãos, são algumas das razões que me levaram a criar a "Linha do Cidadão Idoso".

A criação de uma linha telefónica destinada à população idosa torna-se assim um veículo de inestimável valor e versatilidade. Além da facilidade de acesso, a "Linha do Cidadão Idoso" abrange uma área de intervenção que cobre todo o território nacional e permite sigilo na sua utilização.

9. Em 1999 ocorreu o maior número de queixas de sempre, com 6640 novos processos, logrando-se, apesar desse facto, diminuir o número de processos principais pendentes (de 5726 em 1 de Janeiro de 1999 para 4519 no final desse ano) e manter a taxa de sucesso em cerca de 79%.

II. Como casos mais significativos ocorridos em 1999, de que se dará notícia detalhada no capítulo respectivo, permito-me salientar aqueles que, de algum modo, ilustram quer a essência da actividade deste órgão do Estado, quer aqueles que, pela sua dimensão e consequências, assumiram um relevo particular.

10. No âmbito dos direitos, liberdades e garantias, destaco uma queixa relativa a buscas domiciliárias determinadas por razões étnicas. Um cidadão de etnia cigana queixou-se de que foi alvo de uma busca domiciliária pelo facto de ser cigano e que tal lhe causou grandes transtornos pessoais e profissionais, tendo em conta que vive numa cidade de província, onde uma actuação policial deste tipo implica, inevitavelmente, um sério atentado à reputação e ao bom nome.

Apurou-se que tal actuação tinha resultado de relatório policial e decisão judicial de âmbito genérico de índole claramente discriminatória e xenófoba.

Sendo a acção descrita terminantemente proibida pelo princípio da igualdade e pelos demais princípios fundadores de um Estado de Direito Democrático baseado no pluralismo e na garantia da efectivação dos direitos e liberdades fundamentais, sugeri ao Comandante-Geral da G.N.R. a adopção das medidas adequadas a prevenir este tipo de situações e dei conhecimento do assunto ao Conselho Superior da Magistratura e ao Conselho Superior do Ministério Público.

11. Outra situação que entendo destacar refere-se às queixas relativas em matéria de atribuição de nacionalidade portuguesa e que contendem com o princípio da igualdade. Concretamente no respeitante à aplicação de critério administrativo para verificação do requisito da capacidade para assegurar a subsistência, baseado em prova fiscal do pa-

gamento de impostos directos superiores a três salários mínimos nacionais, o que corresponde ao auferimento de um salário mensal largamente superior ao do salário mínimo nacional. O Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, na sequência de Recomendação que formulei, veio dar conta da revogação daquelas instruções.

12. Em matéria de Ambiente, destaco a formulação de recomendação ao Secretário de Estado da Administração Local e do Ordenamento do Território onde concluí pela necessidade de adopção de medidas legislativas destinadas a reformular o procedimento administrativo do licenciamento sanitário, com preservação do sistema da participação procedimental prévia e fiscalização sucessiva em face das exigências higio-sanitárias aplicáveis, actualização da tabela das actividades e estabelecimentos insalubres, incómodos e perigosos e articulação deste regime com o do licenciamento municipal de obras particulares e com o Regulamento Geral sobre o Ruído.

Concordando com a motivação da recomendação, o Governo entendeu adoptar medidas legislativas com tais objectivos. Assim, foi publicado em 18 de Setembro, o decreto-lei n.º 370/99, que estabelece o regime de instalação e funcionamento das actividades de comércio e armazenagem de produtos alimentares e de prestação de serviços que envolvam riscos para a segurança e saúde das pessoas.

13. Na mesma área, na sequência da Recomendação dirigida em 29 de Setembro de 1993 a Sua Excelência a Ministra do Ambiente e dos Recursos Naturais, com vista à revisão do Regulamento Geral Sobre o Ruído, foi elaborada uma proposta de alteração legislativa sobre a qual foi efectuada uma exaustiva análise.

14. Destaco, noutra vertente, no âmbito da economia e emprego, três intervenções ocorridas em áreas completamente distintas: reconhecimento da tendinite que afectou grande número de trabalhadores da Ford Electrónica Portuguesa, Lda., como sendo doença profissional, com atribuição da respectiva incapacidade e pagamento da indemnização correspondente; reforço das garantias de independência e imparcialidade na fiscalização de apoios financeiros nacionais e comunitários e análise das consequências da diminuição do preço de venda da energia eléctrica em valor superior ao publicitado no prospecto da OPV efectuada por ocasião da 3ª fase de reprivatização da EDP, SA.

15. Quanto à situação laboral na Ford Electrónica Portuguesa, Lda.[4], o processo aqui pendente foi aberto na sequência de queixas por parte de trabalhadores (na sua maioria mulheres jovens que trabalhavam em linhas de montagem) afectados por lesões músculo-esqueléctricas traumáticas cumulativas, vulgo tendinites. Tais situações não eram reconhecidas como doenças profissionais e, mesmo quando isso acontecia, raramente eram atribuídas incapacidades permanentes absolutas com o pagamento da indemniza-

[4] Proc. R-3566/97 (A2)

ção correspondente, antes se sucedendo situações de baixa, seguida de alta, recidiva, nova situação de baixa e assim sucessivamente.

Após duas visitas de colaboradores da Provedoria de Justiça às instalações da fábrica daquela empresa, durante as quais, para além de reuniões com os seus principais responsáveis, foram analisadas as condições de trabalho nas linhas de montagem e o funcionamento dos serviços médicos, foi elaborado relatório detalhado sobre a situação. Com base nas conclusões do referido relatório, foi dirigida Recomendação a Sua Excelência Ministro do Trabalho e da Solidariedade para que, através do Centro Nacional de Protecção contra os Riscos Profissionais, procedesse a uma avaliação rigorosa das incapacidades dos trabalhadores da Ford Electrónica Portuguesa Lda. e para que fosse considerada a redução da capacidade de ganho dos trabalhadores, sem excluir a hipótese de declaração de incapacidade permanente absoluta para o trabalho habitual com o pagamento das correspondentes indemnizações.

A forma pela qual esta Recomendação foi divulgada - integrando ordem de serviço a distribuir por todos os médicos que integram o serviço nacional de incapacidades daquele Centro - traduziu o seu acatamento.

Na mesma ocasião foi dirigida Recomendação ao Instituto para o Desenvolvimento e Inspecção das Condições de Trabalho, ao qual foi sugerida a apreciação das condições gerais de licitude da contratação a termo e temporários pela Ford Electrónica Portuguesa, Lda., bem como o estudo do impacto que este tipo de contratação teria no decréscimo estatístico do número de novos casos desta doença profissional. Foi ainda sugerido ao IDICT que se empenhasse na conciliação das partes em conflito – trabalhadores e entidade patronal – nomeadamente através da constituição de uma comissão de higiene e segurança no trabalho que contasse com a participação dos trabalhadores/operadores e seus representantes.

A resposta a esta Recomendação revelou a adopção de medidas inspectivas adequadas quer à resolução, quer à prevenção daquelas situações.

Em jeito de balanço é possível concluir que, tanto a atitude colaborante das entidades visadas e da própria Empresa com a Provedoria, como o contributo deste órgão do Estado no aprofundamento do estudo da questão, permitiram tornar mais eficaz a protecção devida aos trabalhadores nesta matéria.

16. Quanto à fiscalização de apoios nacionais e comunitários concedidos a empresas ou outras entidades nacionais[5], a questão foi trazida ao conhecimento da Provedoria a propósito de um caso concreto em que se constatou que, através de despacho ministerial, haviam sido atribuídas a um órgão da administração pública (concretamente um instituto público, o IAPMEI) funções de fiscalização de aplicação de apoios financeiros,

[5] Proc. R-4846/98 (A2)

sendo que aquele mesmo órgão tinha, simultaneamente, participação indirecta - podendo vir a ter participação directa - em entidade beneficiária desses fundos.

Por se entender que situações deste tipo colocavam em causa a imparcialidade da administração pública e que, independentemente da resolução do caso concreto que nos fora exposto, era essencial prevenir a repetição de casos idênticos, a intervenção do Provedor dirigiu-se, por um lado, aos Ministros co-autores do despacho supra mencionado, a fim de que instituíssem como órgão fiscalizador da aplicação dos apoios financeiros em causa outra entidade que não o IAPMEI ou, em alternativa, que fosse exigido como requisito de aceitação das candidaturas que aquele instituto público não tivesse participação directa nem indirecta nas entidades beneficiárias.

Simultaneamente, foi dirigida a Sua Excelência o Primeiro-Ministro recomendação visando a elaboração de legislação que permitisse obter este mesmo efeito em todos os casos de atribuição e fiscalização de apoios financeiros, nacionais ou comunitários.

O célere acatamento de ambas as Recomendações revelou não existirem dúvidas quanto à necessidade de melhorar as garantias de imparcialidade da administração pública nesta matéria.

17. Um outro caso que motivou a apresentação de um número elevado de queixas na Provedoria durante o ano de 1998 teve também o seu desfecho em 1999: trata-se das queixas dos investidores adquirentes de valores mobiliários representativos do capital social da EDP, S.A., no âmbito da oferta pública de venda (OPV) levada a cabo aquando da 3ª fase da sua reprivatização[6].

Alegavam os Reclamantes prejuízos decorridos de um abaixamento das tarifas da electricidade superior ao publicitado ao público em geral na referida OPV – traduzidos, concretamente, na desvalorização das acções e uma menor rendibilidade do Grupo.

Perante os documentos analisados, e ouvidas as entidades públicas reguladoras do sector eléctrico (ERSE) e do mercado de valores mobiliários (CMVM), foram dirigidas comunicações a cada uma delas apontando os motivos pelos quais se entendeu que a respectiva actuação não fora isenta de críticas, em especial a da ERSE, porquanto sabia e fora para tal insistentemente avisada pela CMVM que a aprovação de tarifas diferentes das garantidas e anunciadas à população na reprivatização da EDP era susceptível de afectar a confiança e a segurança dos investidores, princípios essenciais aos mercados bolsistas, e acarretar para o público investidor uma menor rendibilidade da empresa e consequente desvalorização das acções da empresa.

[6] Proc. R-5132/98 (A2)

Na chamada de atenção dirigida à ERSE procurou sensibilizar-se esta entidade para que, futuramente, não esquecesse o procedimento de concertação (e não de mera audição) com as entidades legalmente incumbidas da supervisão e regulamentação do mercado financeiro em geral (CMVM e Associações de Bolsa), conforme pugnado pelo regime jurídico do mercado de valores mobiliários.

À Comissão do Mercado de Valores Mobiliários foi solicitado que, atendendo às competências regulamentares conferidas àquele instituto no âmbito das ofertas públicas de transacção, fossem criadas normas que, à semelhança do que sucede para os prospectos internacionais, obriguem à inserção nos prospectos nacionais de uma secção especialmente destinada a destacar a informação sobre factos relevantes que afectem ou possam vir a afectar especialmente a actividade da emitente ou suas participadas, e assim comportar maior risco para o investimento.

Mais do que defender, sem mais, o pagamento, aos investidores queixosos, de indemnizações baseadas numa responsabilidade apenas aferível após diligências probatórias cuja complexidade aconselhava o recurso à via judicial – para a qual foram remetidos os interessados – optou-se antes por um tipo de intervenção que, sem deixar de lhes ser útil no caso concreto (desde logo porque lhes facultou um primeiro enquadramento do assunto, a partir do qual poderiam ponderar da viabilidade de avançar com uma acção judicial), aumentasse as suas garantias enquanto investidores em geral.

18. No âmbito da segurança social, entendo evidenciar a análise das mais de uma centena de reclamações que me foram dirigidas sobre o problema das pensões degradadas. Da aplicação do novo sistema retributivo resultou que as pensões dos funcionários públicos que foram fixadas em momento posterior ao mesmo situam-se, nalguns casos, em valores que correspondem ao dobro das pensões atribuídas no período anterior, para categorias idênticas e na base do mesmo tempo de serviço.

É certo que o Governo iniciou, a partir de 1991, uma tímida recuperação destas pensões, mediante a respectiva actualização anual superior à atribuída ao pessoal do activo. No entanto, as correcções efectuadas, para além de serem idênticas para todas as carreiras e categorias, estão longe de corrigir os desfasamentos verificados.

Por essa razão, entendi por bem recomendar uma recuperação pontual e extraordinária das pensões fixadas antes de 1 de Outubro de 1989, quer para as carreiras do regime geral, quer para os regimes especiais, tomando por base os diferentes aumentos de que beneficiaram cada carreira no curto período de Setembro 1989/ Outubro 1989, deduzindo-se deste valor a correcção já efectuada.

A Recomendação não foi acatada por razões estritamente orçamentais, o que me levou a comunicar o assunto à Assembleia da República.

Posteriormente, tendo sido aprovado um regime especial para os funcionários docentes, entendi recomendar ao Senhor Ministro das Finanças a extensão desse regime aos demais funcionários.

19. A contagem de tempo de serviço militar obrigatório foi matéria que mereceu a minha intervenção junto de Sua Excelência O Primeiro Ministro, por via da qual sugeri a adopção de uma medida legislativa que estabeleça a não incidência de descontos para qualquer dos regimes de segurança social relativamente ao tempo de serviço militar obrigatório e às bonificações de tempo atribuídas pelo exercício de serviço militar em condições especiais de dificuldade ou perigo.

Entendi que o actual quadro legal cria uma situação de injustiça social. Efectivamente, o serviço militar obrigatório decorre de um imperativo constitucional e legal e sempre foi um serviço público encarado como um dever exigível ao cidadão, sem se lhe reconhecer direito de opção. Entende-se que assim seja, mesmo numa sociedade democrática. Contudo, já não parece razoável e justo que, para além da exiguidade do vencimento atribuído durante o período em causa e da perturbação no seu percurso profissional, o cidadão se veja obrigado a pagar qualquer tipo de contribuições ou quotas para a Segurança Social ou para a CGA. O mesmo se diga, por maioria de razão, quanto às bonificações de tempo atribuídas no âmbito da prestação do serviço militar obrigatório. O mínimo que a sociedade civil deve a estes cidadãos é o reconhecimento do seu esforço para a causa pública.

A sugestão não foi acatada, seguindo-se a comunicação do assunto à Assembleia da República, tendo-me sido recentemente transmitida uma iniciativa legislativa nesta matéria.

20. Destaco que no ano de 1999 foi publicado o diploma legal que traduziu o acatamento da Recomendação n.º 19/B/97: foi então recomendada a emissão de medida legislativa que permitisse a contagem do tempo de serviço prestado pelos servidores do Estado Português nas ex-colónias, após a independência dos novos territórios até à data em que lhes foi permitido ingressarem no Quadro-Geral de Adidos ou prestarem serviço ao abrigo do Estatuto do Cooperação.

21. No âmbito do ensino, refiro o caso de um concurso para mudança de curso, na Universidade de Évora que procedeu à colocação de alunos, em vagas adicionais criadas para o efeito, em termos considerados ilegais e injustos: num dos casos, foi cometido um erro de apreciação acerca das condições de candidatura, tendo-se dado relevância a um facto que, de acordo com o regulamento, não constituía critério de selecção, mas sim de desempate; noutro, dois alunos foram colocados já depois de concluído o período de apresentação de candidaturas, com fundamento num critério que não constava do regulamento do concurso; num outro, foi determinado o acesso ao curso de forma pura e simplesmente discricionária.

Foi recomendada a revogação dos actos de colocação dos alunos e o reencaminhamento dos mesmos para os cursos em que estavam inicialmente inscritos.

22. Um outro tipo de intervenção ao nível dos assuntos sociais consiste na divulgação de direitos dos cidadãos. As principais deficiências verificadas neste domínio são de informação. A experiência tem mostrado que as maiores desigualdades e, por isso, injustiças sociais não resultam da dificuldade de acesso aos recursos económicos mas sim da falta de informação.

São recebidas muitas reclamações de pessoas a quem foi vedada uma prestação de segurança social porque a requereram fora do prazo, ou por exemplo que não viram contados, para efeitos de reforma, 20 anos de trabalho prestado no Ultramar porque não souberam que, entre 1989 e o fim de 1994, esteve em vigor um decreto-lei que o permitiu ou, ainda, que fizeram uma opção errada quanto ao regime da sua pensão, simplesmente por nada entenderem do assunto.

Ora, se é certo que este problema se revela de modo generalizado na nossa sociedade, também é verdade que ele afecta especialmente quem, como os reformados, está afastado dos centros de decisão e dos veículos da transmissão da informação e quem, por razões de ordem física, económica ou cultural, tem dificuldade de se deslocar, de se fazer ouvir ou de compreender as informações que lhe são prestadas.

Por essa razão, tenho pugnado pela divulgação pública de informação relativa ao exercício de direitos, sobretudo os sujeitos a prazo. Assim, foi divulgada a publicação do decreto-lei n.º 95/99, de 23 de Março, que reconheceu direitos em matéria de segurança social, igualmente sujeitos a prazo, aos trabalhadores dos ex-hospitais concelhios, pelos quais, aliás, o Provedor de Justiça já se vinha batendo há longos anos.

23. No atinente às matérias da Função Pública, devo notar a apreciável entrada de mais de quinhentas queixas motivadas pela reestruturação de carreiras, operada pelo decreto-lei n.º 404-A/98, de 18 de Dezembro.

24. Entendo ainda salientar um outro caso relativo ao Serviço Militar, concretamente sobre o reconhecimento de uma situação de assistência à família com vista à dispensa da prestação do serviço militar obrigatório, o qual foi resolvido através de meios informais.

O queixoso alegava, em traços gerais, que o seu pai se encontrava gravemente doente e necessitado de assistência domiciliária permanente e que só a dispensa do serviço militar lhe permitiria continuar a trabalhar de noite por forma a assistir o seu pai durante o dia, desta forma permitindo que a sua mãe e irmã menor pudessem estar ausentes durante aquele período para poderem trabalhar e estudar, respectivamente.

Apesar de o Exército ter deferido o adiamento da incorporação para o ano seguinte, recusou a concessão do estatuto de amparo, com base no facto de o rendimento *per capita*

do agregado familiar ser superior ao montante mínimo estabelecido na lei, pelo que me dirigi a Sua Excelência o Ministro da Defesa Nacional, fazendo notar que estava em causa o direito à protecção à família e chamando a atenção para o facto de ter sido preterida uma formalidade essencial no processo administrativo instruído nos Serviços do Exército, dado não ter sido concedido ao interessado o direito de audiência prévia.

Na sequência de um Parecer do Departamento de Assuntos Jurídicos do Ministério da Defesa Nacional, o qual acolhia parte da argumentação da Provedoria de Justiça, foi revogado o acto de indeferimento e concedido o pedido de qualificação como amparo de família.

25. Ainda em 1999 eliminou-se totalmente a acumulação verificada em sede de processos em que era pedida a fiscalização da constitucionalidade por acção ou por omissão, tendo sido a todos dada resposta, maioritariamente negativa, por razões de mérito ou de impossibilidade de actuação. Foi este ano aquele em que mais me dirigi ao Tribunal Constitucional, no total por dezoito vezes, uma das quais pedindo a verificação de uma inconstitucionalidade por omissão.

Permito-me desses dezoito casos salientar a tutela dos direitos dos estrangeiros, no que à extradição, expulsão e reconhecimento de alguns direitos de natureza social diz respeito, a saber a qualificação como deficiente das forças armadas e a possibilidade de aquisição ou manutenção da qualidade de aposentado, e a tutela dos direitos dos contribuintes, em dois casos relacionados com o princípio da legalidade tributária. De todos se fará transcrição no corpo deste relatório.

26. Foi igualmente no ano em referência que foram divulgados os relatórios das inspecções ao sistema prisional e ao serviço público de transporte aéreo de passageiros entre o continente e as regiões autónomas, a cargo da TAP-Air Portugal. Ambos tendo merecido em termos globais a concordância dos respectivos destinatários. Do primeiro foi elaborado um relatório especial já apresentado à Assembleia da República, do segundo se dando notícia no presente.

27. Apesar de já em 2000, não posso deixar de salientar a inauguração, no passado dia 22 de Fevereiro, da extensão da Provedoria de Justiça na Região Autónoma da Madeira, sita na cidade do Funchal. Preencheu-se, assim, a lacuna existente ao nível da representação efectiva deste órgão do Estado nos arquipélagos atlânticos, promovendo-se, consequentemente, a garantia dos direitos de cidadania dos madeirenses.

Auguro para esta extensão o mesmo sucesso que já obteve a dos Açores, patente não só na eficácia e prontidão demonstradas, como no grande aumento de queixas apresentadas por açorianos, ocupando o primeiro lugar a nível nacional, quer em 1998, quer em 1999.

28. Este relatório é o último que dirijo à Assembleia da República. É assim o momento oportuno para saudar e agradecer ao Parlamento, na pessoa do seu actual Presidente, Dr. António de Almeida Santos, na do seu predecessor, Dr. António Barbosa de Melo, nos presidentes das comissões parlamentares, em particular da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, dos presidentes dos grupos parlamentares e em geral de todos os deputados da VI, VII e VIII Legislaturas, não esquecendo a Secretária Geral, Conselheira Adelina de Sá Carvalho, o total apoio e a permanente disponibilidade que me foi concedida, contributo determinante para o cumprimento da atribuições que constitucional e legalmente são conferidas a este órgão do Estado e que se resumem, enfim, à defesa dos direitos dos cidadãos.

Investido duas vezes pela confiança parlamentar, é ao Parlamento que agradeço a honra que tive em servir.

I

Da Actividade Processual

1. Dados Estatísticos

Quadro I
Movimento geral de processos

I – Número de Processos organizados	
Queixas escritas	4839
Queixas verbais	1801
Total	**6640**
Iniciativas do Provedor	**24**
Total geral	**6664**
dos quais correspondem a processos de inconstitucionalidade	80

II – Número de processos reabertos	
de 1976 a 1993	164
de 1994	29
de 1995	34
de 1996	45
de 1997	52
de 1998	45
De 1999	43
Total	**402**

III – Número de processos movimentados e a movimentar	
Processos que transitaram de 1976 a 1993	714
Processos que transitaram de 1994	400
Processos que transitaram de 1995	487
Processos que transitaram de 1996	1061
Processos que transitaram de 1997	1598
Processos que transitaram de 1998	3082
Processos reabertos	402
Processos organizados em 1999	6664
Total	**14408**

IV – Processos arquivados em 1999	
transitados de:	
1976 a 1993	569
1994	262
1995	291
1996	603
1997	860
1998	1757
Soma dos anteriores a 1999	4342
organizados em 1999	2931
Total geral	**7273**

V – Resumo	
Processos organizados	6687
Processos movimentados	14408
Processos arquivados	7273
Processos organizados e definitivamente arquivados em 1999	2888*
* Representando 43,34 % do total de processos organizados	

Recomendações: 137, sendo 40 normativas/genéricas e 97 não normativas.
Pedidos de Declaração de Inconstitucionalidade: 18, sendo um de fiscalização de inconstitucionalidade por omissão.

Quadro 2
Motivos de arquivamento

A	Arquivamento liminar	158	2,17%
B	Improcedência	4043	55,59%
C	Não resolvidos	208	2,86%
D	Não resolvidos/Recomendação não acatada	173	2,38%
E	Resolvidos independentemente da intervenção do Provedor	1249	17,17%
F	Resolvidos pela instrução do processo	1314	18,07%
G	Resolvidos/Recomendação acatada	102	1,40%
H	Pedido de declaração de inconstitucionalidade	26	0,36%
Total		**7273**	100,00%

Quadro 3
Rácios de eficácia da intervenção do Provedor

Taxa de estudo	(Total - A)/(Total)	**98 %**
Taxa de resolução	(E+F+G+H)/Total - (A+B)	**88 %**
Taxa de sucesso	(F+G+H)/(Total - [A+B+E])	**79 %**

Evolução entre 1992 e 1999

	1992	**1993**	**1994**	**1995**	**1996**	**1997**	**1998**	**1999**
Taxa de estudo	80,62%	86,13%	86,12%	95,94%	89,63%	94,16%	93,90%	97,83%
Taxa de resolução	72,18%	84,41%	81,52%	78,12%	82,69%	89,86%	90,54%	87,60%
Taxa de sucesso	58,84%	75,21%	74,71%	71,16%	76,82%	82,89%	85,15%	79,10%

Quadro 4
Características das queixas

A) Situação sócio-profissional dos reclamantes

I – Queixas individuais	
Agricultor	23
Aposentado ou reformado	386
Comerciante	36
Desempregado	74
Doméstica	53
Estudante	123
Industrial	6
Militar	133
Profissão liberal	320
Profissão não declarada	2321
Proprietário	15
Recluso	255
Trabalhador da Administração Central, Regional ou Local	1873
Trabalhador de empresa pública ou nacionalizada	6
Trabalhador do sector privado	247
Outros	339
Total	**6210**

II – Queixas colectivas	
Associações profissionais	34
Comissões de residentes	88
Comissões de trabalhadores	5
Entidades públicas	42
Partidos políticos	10
Sindicatos e Associações Sindicais	108
Sociedades	122
Outros	21
Total	**430**
Total geral	**6640**

B) Origem geográfica das queixas

I- Distritos	
Aveiro	137
Beja	43
Braga	213
Bragança	60
Castelo Branco	93
Coimbra	232
Évora	48
Faro	153
Guarda	63
Leiria	176
Lisboa	1829
Portalegre	48
Porto	667
Santarém	187
Setúbal	329
Viana do Castelo	102
Vila Real	78
Viseu	91
Total	**4549**

II – Regiões Autónomas	
Açores	1867
Madeira	61
Total	**1928**

III – Território de Macau, estrangeiro e origem não identificada	
Macau	3
Estrangeiro	102
Não identificada	58
Total	**163**

C) Distribuição dos reclamantes por género

Sexo Feminino	2397
Sexo Masculino	3802
Não identificado	12
Total	**6640**

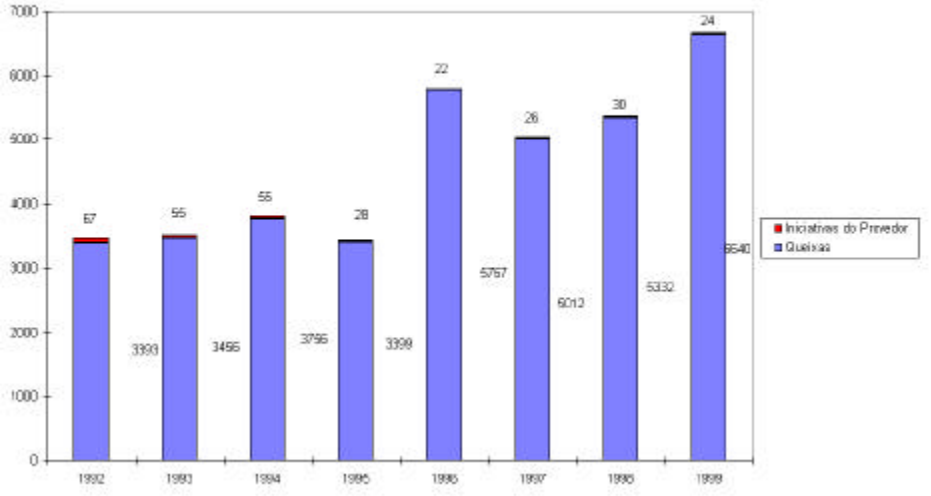
D) Queixas oriundas de intermediário

Assembleia da República	0
Ministério Público	46
Total	**46**

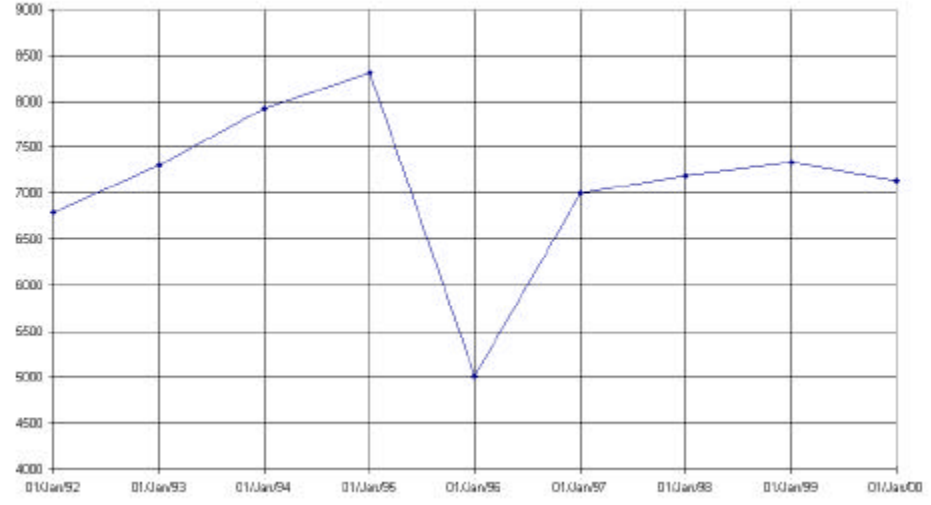
Quadro 5
N.º de queixas por 10 mil habitantes (1992-1999):
os cinco maiores valores

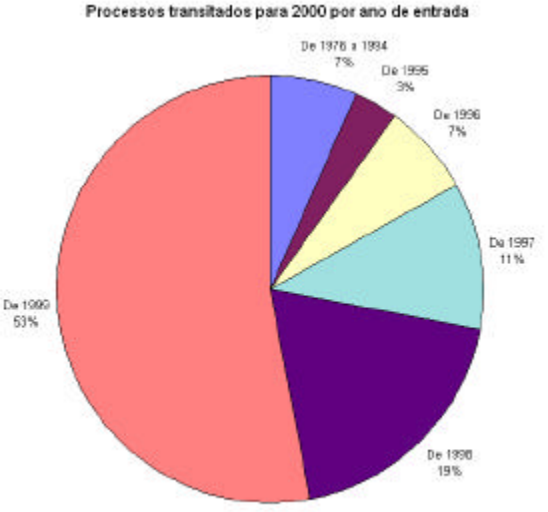
	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
1.º	Lisboa	Lisboa	Lisboa	Lisboa	Lisboa	Lisboa	Açores	Açores
2.º	Bragança	Coimbra	Setúbal	Vila Real	Setúbal	Coimbra	Portalegre	Lisboa
3.º	Coimbra	Setúbal	Coimbra	Coimbra	Coimbra	Açores	Lisboa	Coimbra
4.º	Porto	Vila Real	Vila Real	Santarém	Açores	Castelo Branco	Bragança	Setúbal
5.º	Santarém	Viana do Castelo	Porto	Setúbal	Leiria	Faro	Coimbra	Faro

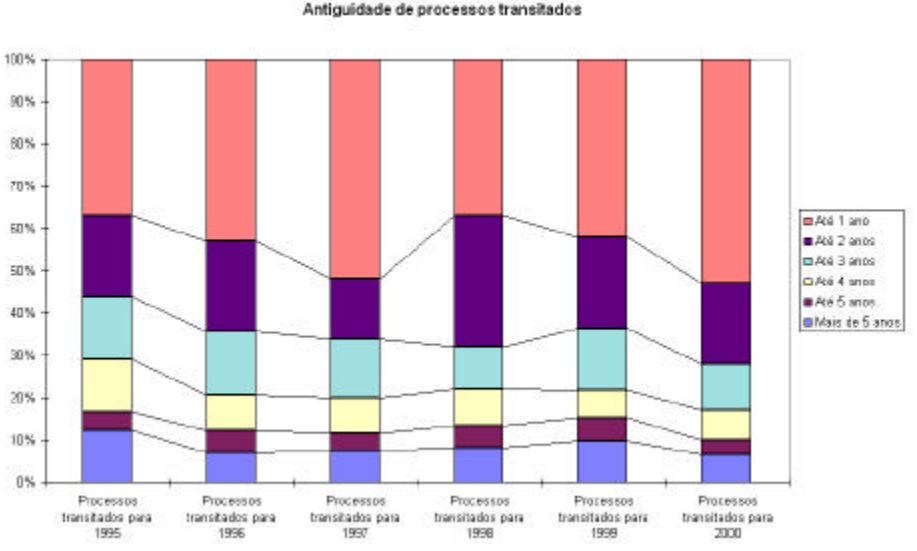
Processos abertos 1992-1999



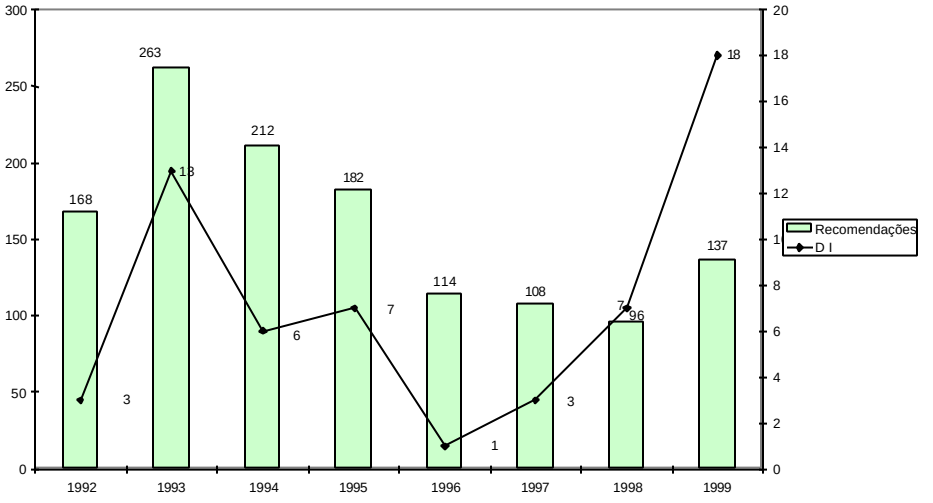
Evolução do n.º de processos pendentes



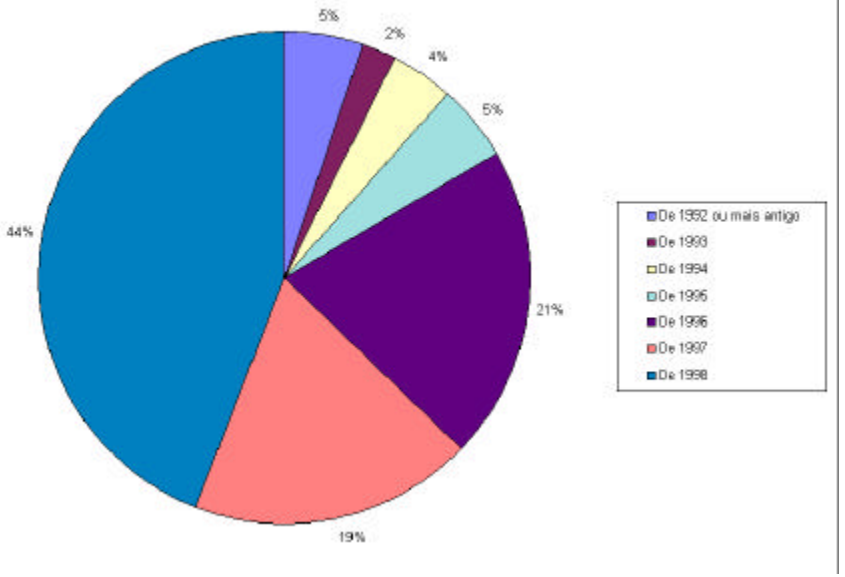

Processos transitados para 2000 por ano de entrada
De 1976 a 1994
7%
De 1995
3%
De 1996
7%
De 1997
11%
De 1998
19%
De 1999
53%

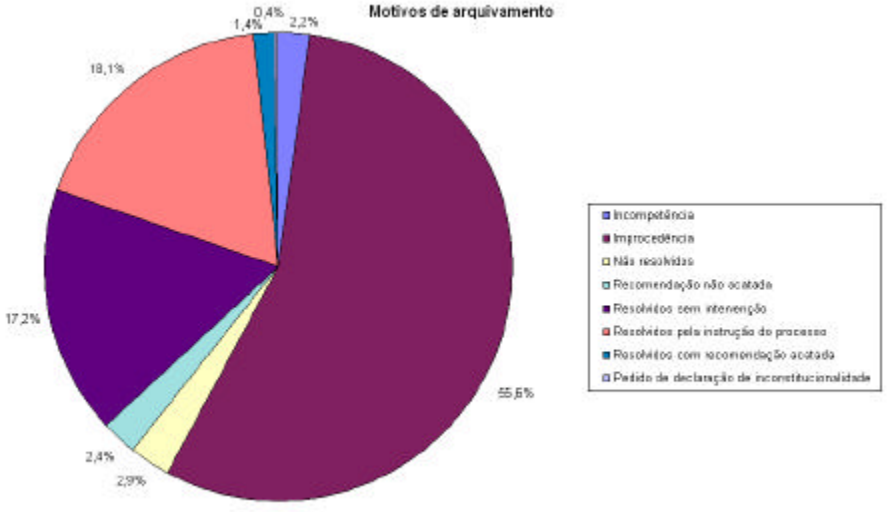

Antiguidade de processos transitados
100%
90%
80%
70%
60%
50%
40%
30%
20%
10%
0%
Até 1 ano
Até 2 anos
Até 3 anos
Até 4 anos
Até 5 anos
Mais de 5 anos
Processos transitados para 1995
Processos transitados para 1996
Processos transitados para 1997
Processos transitados para 1998
Processos transitados para 1999
Processos transitados para 2000

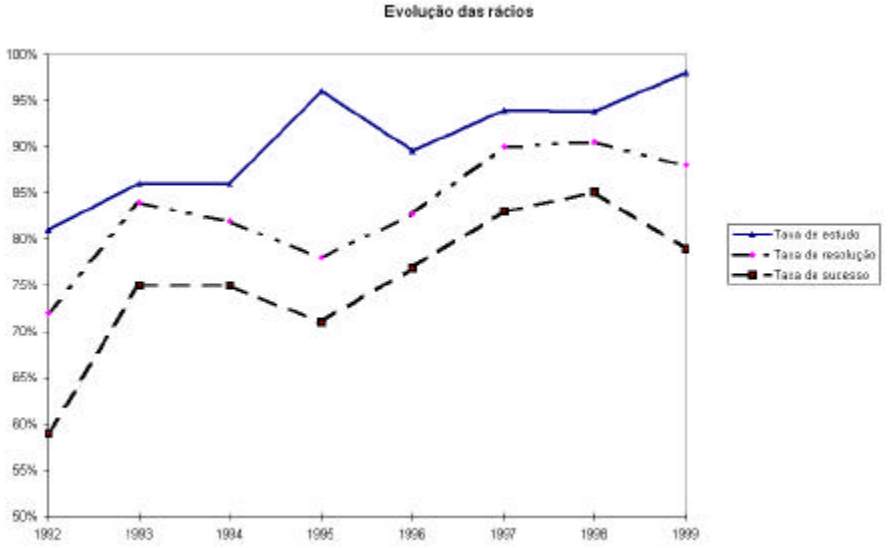
N.º de recomendações e pedidos de declaração de inconstitucionalidade 1992-99

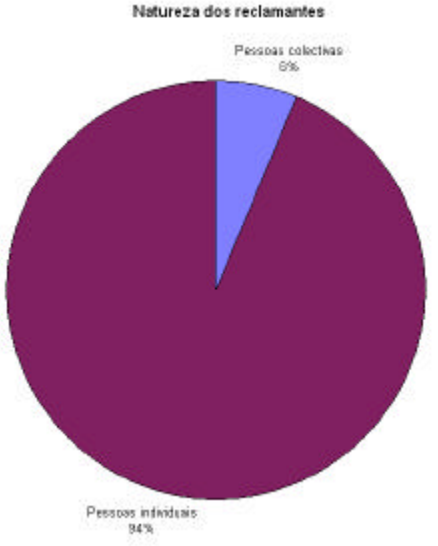


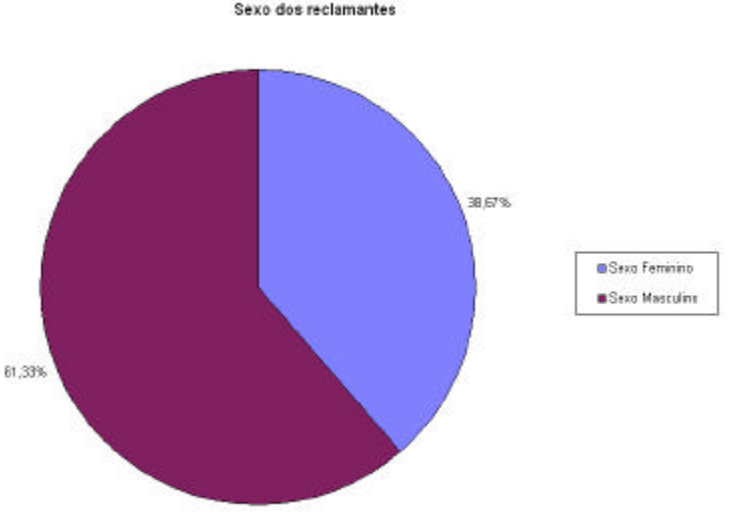
Processos arquivados em 1999 por ano de entrada

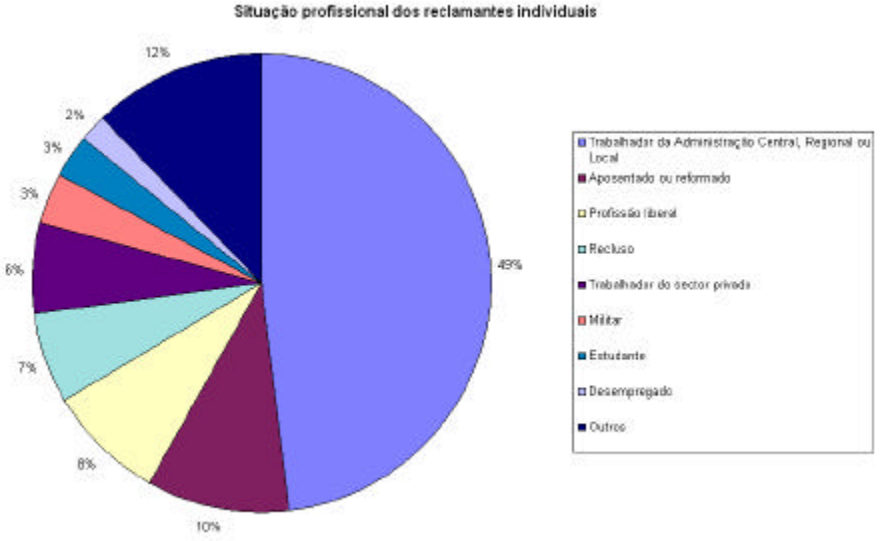


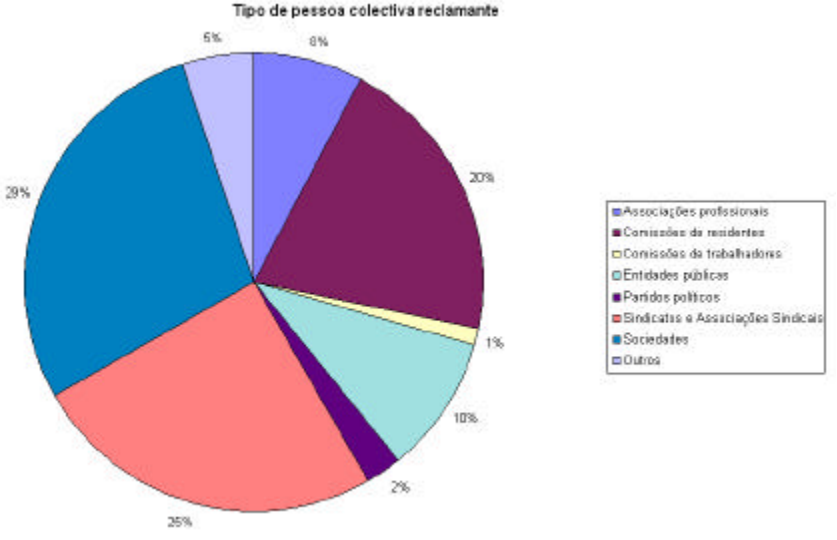

Motivos de arquivamento
0,4%
1,4%
2,2%
18,1%
17,2%
2,4%
2,9%
55,6%
Incompetância
Improcedência
Não resolvidos
Recomendação não acatada
Resolvidos sem intervenção
Resolvidos pela instrução do processo
Resolvidos com recomendação acatada
Pedido de declaração de inconstitucionalidade

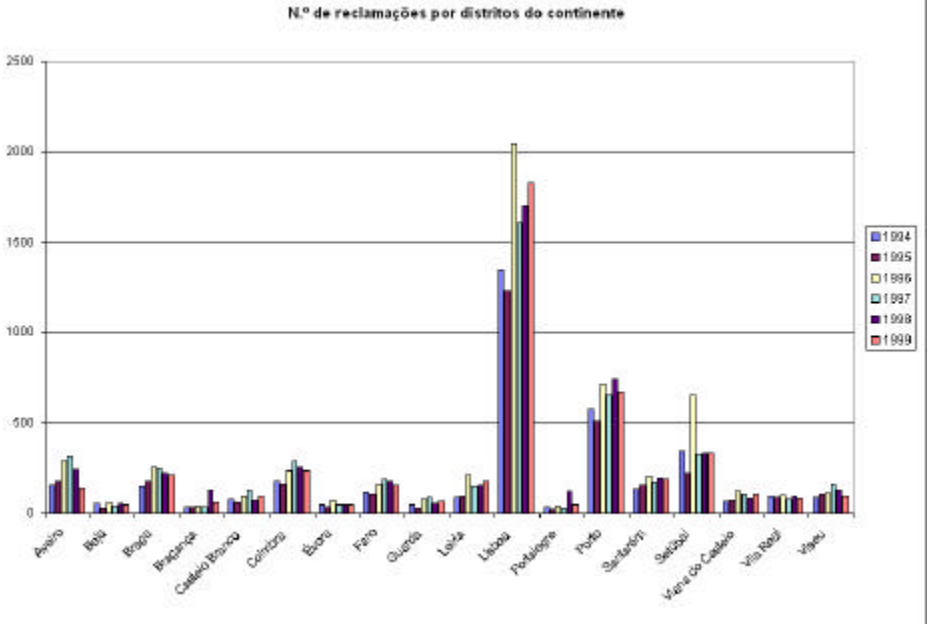

Evolução das rácios
100%
95%
90%
85%
80%
75%
70%
65%
60%
55%
50%
1992
1993
1994
1995
1996
1997
1998
1999
Taxa de estudo
Taxa de resolução
Taxa de sucesso

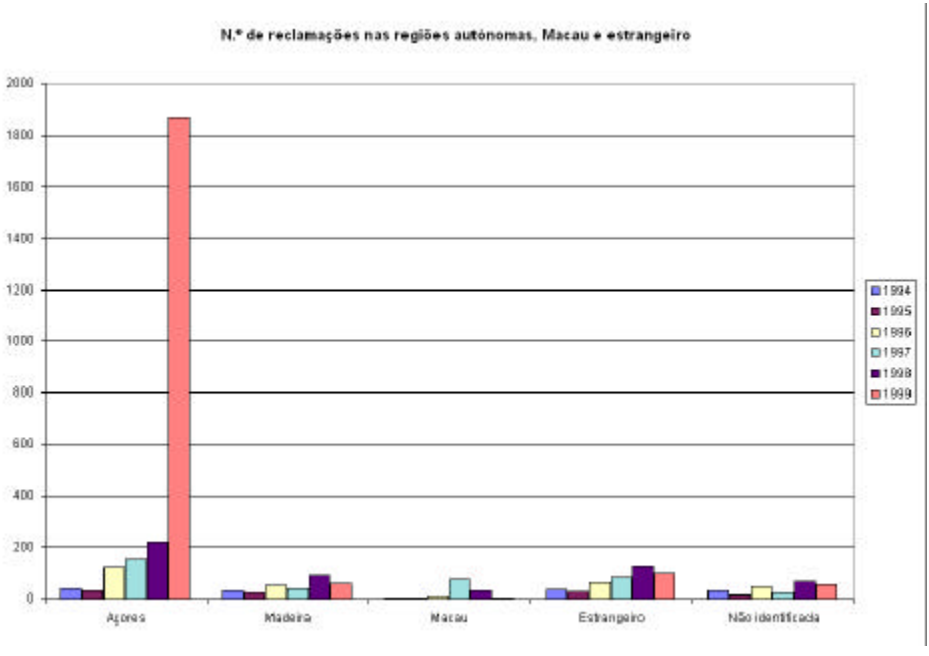

Natureza dos reclamantes
Pessoas colectivas
6%
Pessoas individuais
94%


Sexo dos reclamantes
38,67%
61,33%
Sexo Feminino
Sexo Masculino

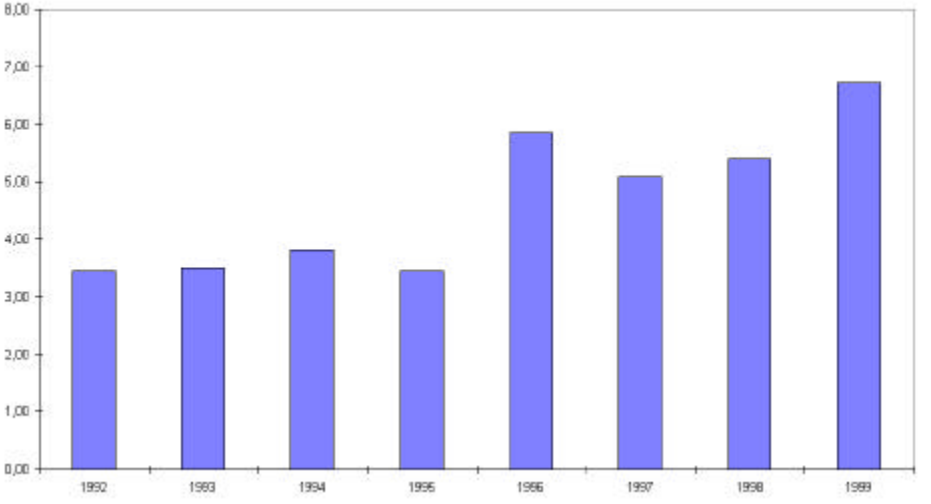

Situação profissional dos reclamantes individuais
12%
2%
3%
3%
6%
7%
8%
10%
49%
Trabalhador da Administração Central, Regional ou Local
Aposentado ou reformado
Profissão liberal
Recluso
Trabalhador do sector privado
Militar
Estudante
Desempregado
Outros


Tipo de pessoa colectiva reclamante
6%
8%
20%
1%
10%
2%
25%
29%
Associações profissionais
Comissões de residentes
Comissões de trabalhadores
Entidades públicas
Partidos políticos
Sindicatos e Associações Sindicais
Sociedades
Outros

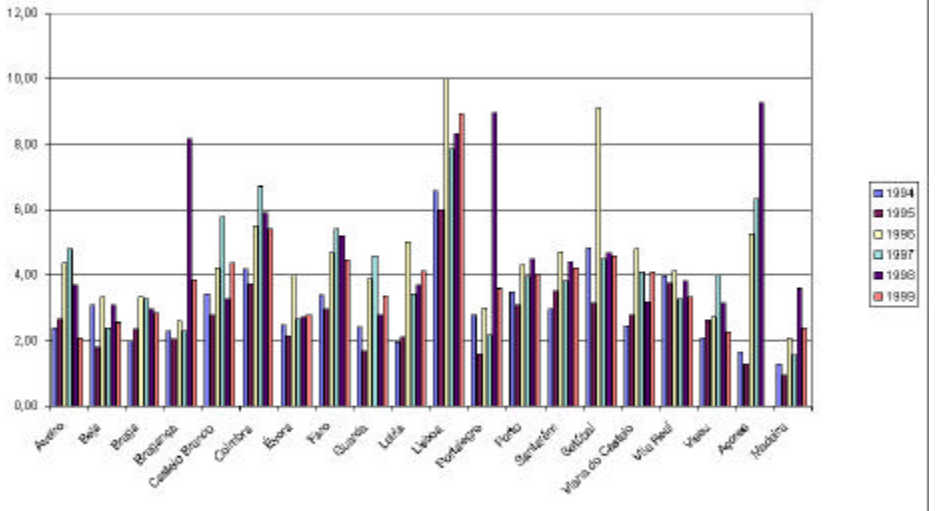

N.º de reclamações por distritos do continente
2500
2000
1500
1000
500
0
Aveiro
Beja
Braga
Bragança
Castelo Branco
Coimbra
Évora
Faro
Guarda
Leiria
Lisboa
Portalegre
Porto
Santarém
Setúbal
Viana do Castelo
Vila Real
Viseu
1994
1995
1996
1997
1998
1999


N.º de reclamações nas regiões autónomas, Macau e estrangeiro
2000
1800
1600
1400
1200
1000
800
600
400
200
0
Açores
Madeira
Macau
Estrangeiro
Não identificada
1994
1995
1996
1997
1998
1999

Queixas por 10 000 habitantes: evolução da média nacional 1992-1999



Queixas por 10 000 habitantes: distritos e regiões autónomas



Não foi incluído o valor respeitante aos Açores em 1999 (78,54), para permitir a legibilidade do gráfico e tendo presente a excepcionalidade da situação

1.1. Comentário aos Dados Estatísticos

1 - O número total de processos abertos no ano de 1999 foi de 6664, o que correspondeu a um aumento de 1302 processos em relação ao ano anterior (acréscimo de 24,3%).

Noto que este aumento de processos é imputável ao caso das "chamadas de valor acrescentado dos Açores", adiante referido.

2 - As queixas apresentadas por escrito foram 4839, as verbais 1801 e foram abertos 24 processos por iniciativa do Provedor de Justiça.

3 - Movimentaram-se ao todo 14408 processos (no ano anterior foram 12555), tendo o número de processos que transitaram de anos anteriores sido de: 714 de 1976 a 1993, 400 de 1994, 487 de 1995, 1061 de 1996, 1598 de 1997 e 3082 de 1998. Foram reabertos 402 processos.

4 - Foram arquivados 7273 processos (5881em 1997), sendo 569 processos de 1976 a 1993, 262 de 1994, 291 de 1995, 603 de 1996, 860 de 1997 e 1157 de 1998.

5 - Dos processos organizados em 1999, foram definitivamente arquivados 2888, o que representa 43,3% do total dos processos organizados (em 1998 essa percentagem foi de 48,4%, sendo esta variação explicável pelo elevado número de processos relativos ao citado caso das chamadas telefónicas, processo que não sendo arquivado em 1999 distorce, naturalmente, os valores).

6 - Nos processos em que o Provedor tomou posição sobre o mérito, foram formuladas 137 recomendações (mais 41 que em 1998), 40 normativas/genéricas e 97 não normativas.

7 - O Provedor apresentou 18 pedidos de declaração de inconstitucionalidade sendo um de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, mais 11 pedidos do que no ano anterior. Trata-se do valor mais elevado dos anos em que desempenhei estas funções, devendo-se tal facto às alterações orgânicas já mencionadas no relatório de 1998 (criação de área temática específica).

8 - Em 1999 alcançou-se solução favorável aos interessados, em virtude da intervenção do Provedor e durante a instrução do processo, em 1314 processos, o que corresponde a 18,1% do total dos processos arquivados. Somando a esses os resolvidos por via de Re-

comendação acatada (102), a percentagem foi de 19,5% dos arquivamentos no ano em análise.

9 - A taxa de estudo dos processos, superior à registada em 1998, foi de 98% - restando 2% que correspondem aos arquivamentos liminares - sendo a taxa de resolução de 87,6%, excluindo as improcedências e os arquivamentos liminares (incompetência e manifesta improcedência).
A taxa de sucesso verificada foi de 79,1%, correspondendo a uma quebra relativamente a 1998 de 6 pontos percentuais. Esta diminuição deve-se a um grande número de processos arquivados por não acatamento de recomendação, a maior parte dos quais ligados a um único processo – recuperação de pensões degradadas – cuja recomendação não foi acatada pelo Senhor Ministro das Finanças. Entretanto, após publicação da Lei 39/99, de 26 de Maio, relativa à recuperação da pensão dos professores, foi aberto novo processo e formulada nova recomendação, à qual ainda se aguarda resposta.
É útil fazer notar que em 1995, ano em que como no presente ocorreu grande número de arquivamentos, a taxa de sucesso também registou uma quebra ligeira.
De todo o modo, desde 1996, a taxa de sucesso manteve-se sempre acima dos 75% (76,8% em 1996, 82,9% em 1997, 85,2% em 1998).

10 - A caracterização sócio-profissional predominante dos que se queixaram ao Provedor de Justiça e que declararam essa qualidade, não sofreu alterações de relevo, continuando a predominar o número dos trabalhadores da Administração Pública (1873), sendo seguidos dos aposentados e reformados (386), dos profissionais liberais (320), dos reclusos (255), dos trabalhadores do sector privado (247).

11 - De entre as 430 queixas formuladas por entidades colectivas, destacam-se, agora, as sociedades com 122 queixas, os sindicatos e associações sindicais com 108 e as comissões de residentes com 88.

12 - A repartição geográfica das queixas, segundo os distritos de origem, mostra algumas alterações em relação aos valores do ano anterior. Assim, os Distritos/Regiões de que se receberam mais queixas foram: Açores com 1867, Lisboa com 1829, Porto com 667, Setúbal com 329, Coimbra com 232 e Braga com 213. Em contraposição, os Distritos que deram origem a menos queixas foram: Beja com 43 e Évora e Portalegre com 48.
Da Região Autónoma da Madeira provieram 61 queixas, uma diminuição face a 1998 de menos 30, o que reforça a razão da agora concretizada inauguração da extensão da Provedoria de Justiça no Funchal.
De Macau apenas foram recebidas 3 queixas (34 em 1998), o que é compatível com o fim da Administração portuguesa no território. Foram recebidas ainda 102 queixas do e 127 do estrangeiro (127).

Em termos de queixas por cada dez mil habitantes (considerando-se como população residente a constante no Anuário Estatístico de Portugal de 1993, ed. INE), a Região Autónoma dos Açores, mantém-se com o valor mais elevado com o espantoso valor de 78,5 (9,3 em 1998), seguida de Lisboa com 8,9 (8,3), Coimbra com 5,4 (5,9), Setúbal com 4,6 (4,7) e Faro com 4,5 (5,2).
Em sentido contrário assinalam-se os Distritos/Regiões de Évora com 2,8, Beja com 2,6, Madeira com 2,4, Viseu com 2,3 e Aveiro com 2,1.

13 – Os valores relativos à Região Autónoma dos Açores mostram-se bastante inflacionados pela existência de um número avultado de processos relacionados com a mesma questão das "chamadas de valor acrescentado" (1445), que, no entanto, não representam menos o exercício do direito de queixa por parte de um número notável de cidadãos. Admitindo a sua não existência, o número de processos sobrantes (445), seria por si só suficiente para colocar a Região Autónoma dos Açores em terceiro lugar em termos absolutos, logo atrás de Lisboa e Porto, mantendo a primazia incontestada em termos relativos, com um valor de 18,7 queixas por 10.000 habitantes – mais do dobro do valor que se segue relativo a Lisboa.
Os casos de Portalegre e Bragança focados especialmente no Relatório de 1998, mostram uma natural diminuição do número de queixas, mantendo-se, no entanto, os dois distritos a meio da tabela em termos relativos.

Julgo que os números apresentados demonstram à saciedade a justeza da minha aposta na instalação da Provedoria de Justiça na Região Autónoma dos Açores.

Espero que a extensão, nesta data já inaugurada, na Região Autónoma da Madeira possa apresentar os mesmos frutos.

14 - De entre as queixas individuais apresentadas 3802 provieram do sexo masculino e 2397 do sexo feminino, subindo este em termos relativos.

15- Em 1999, em continuação da tendência para atenuar o número de pendências, estas baixaram de 7342 para 7135, representando uma diminuição de 3% nas pendências.
Se o caso das "chamadas de valor acrescentado dos Açores" não tivesse ocorrido, assim se obtendo um número de processos entrados similar ao de 1998, a quebra teria sido de 22,5%.

A quebra de pendências em si mesma não é um objectivo. No entanto, quanto menor for o seu número mais rapidamente é possível responder ao cidadão com a desejada eficácia.

16 – Mais uma vez se verifica que uma grande percentagem de processos foram termi-

nados no próprio ano em que foram iniciados (mais de metade, caso desconsiderássemos os originados pelas “chamadas de valor acrescentado”), sendo ainda de frisar que 666 (10,3% do total de processos não arquivados liminarmente), foram solucionados através da modalidade mais expedita, introduzida no art.º 13.º da ordem de serviço 1/PJ/96 (publicada no meu relatório de 1996 a pp. 849 s).

2.

Casos significativos

2.1.

Assuntos político-constitucionais: direitos, liberdades e garantias; ambiente, urbanismo e ordenamento do território; cultura e comunicação social; caça e pesca; turismo e jogo.

2.1.1. Recomendações

Ao
Exmo. Senhor
Presidente da Câmara Municipal da Amadora

R-605/98
Rec. n.º 11/A/99
1999.02.11

I
Dos Factos

1. Foi solicitada a intervenção do Provedor de Justiça junto de V. Exa., a propósito da aparente desconformidade que se verificaria entre as imposições constantes do alvará de loteamento nº 13/79 (Alfragide) e a licença de construção nº 405/97, de 20 de Fevereiro, em que se sustenta a obra promovida no lote 12.

2. Através do ofício nº 7485, de 30 de Abril p.p., foi V. Exa. instado a informar das possibilidades para a construção naquele espaço, designadamente, quanto à área de construção e número de pisos previstos no alvará de loteamento, e a esclarecer se o alvará de licença de construção se conformava com o prescrito naquele instrumento de planeamento territorial.

3. Por ofício de 9 de Julho p.p. (nº 11972), veio V. Exa. informar que o alvará de loteamento nº 13/79 previa a implantação, no lote 12, de um edifício de 17 pisos + 3 caves, com uma área de construção de 5.554,81 m², respeitando a obra em desenvolvimento "o nº de pisos acima da cota de soleira prescritos no Alvará de Loteamento".

4. No entanto, em visita efectuada ao local, em 20 de Agosto p.p., observar-se–ia que na placa afixada na zona onde se desenvolviam os trabalhos constavam, e entre outras, as seguintes indicações:

- Pisos: 18 + 5 caves

- Área de construção: 7.729,32 m²

5. Confrontada a Câmara Municipal a que V. Exa. preside com tal facto, vieram a ser prestados os esclarecimentos que constam de ofício nº 15410, de 16 de Setembro p.p., através dos quais se pretendia justificar a desconformidade detectada.

II
Dos Fundamentos

Da análise dos elementos carreados no decurso da instrução do processo, resulta:

A
Quanto ao número de pisos:

6. É facto assente que o alvará de loteamento prevê a construção de 17 pisos acima do solo, mais 3 pisos em cave, destinados a habitação e comércio.

7. Dúvidas também não restam que o alvará de licença de construção prevê a edificação de 18 pisos acima do solo, mais 5 pisos em cave, sendo o 18º piso destinado a instalações de apoio ao condomínio (constituídas por casa das máquinas, sala de condóminos e habitação da porteira) e as 2ª a 5ª caves destinadas a estacionamento.

8. Pretende essa Câmara Municipal justificar a construção de mais um piso acima do solo (o 18º), em desrespeito do previsto no alvará de loteamento, pelo facto de a sua destinação vir a dar cumprimento à exigência de instalações de apoio ao condomínio (prevista no regulamento municipal de edificações urbanas).

9. No entanto, não se vê que tal motivação seja susceptível de vir a alcançar o fim que se pretende.

10. Isto porque, datando o edital municipal que publicita aquela exigência de 20 de Dezembro de 1979 (a alteração ao referido regulamento municipal foi objecto de deliberação da Câmara Municipal de 7 de Novembro de 1979, e de aprovação da Assembleia Municipal de 4 de Dezembro de 1979), nunca foram avançadas quaisquer justificações para o facto de, o projecto de arquitectura apresentado no âmbito do processo de licença de obra, não prever a construção daquelas instalações dentro do número de pisos autorizado pelo alvará de loteamento.

11. Por seu turno, não colhe, por falta de motivação legalmente atendível, a justificação avançada no sentido de, porque aquele espaço constitui "áreas não comercializáveis", não dever entrar no cômputo do número de pisos.

12. No que concerne à inclusão de mais duas caves para além das previstas no alvará de loteamento, também não parece de aceitar a justificação avançada no sentido de o desrespeito pelo prescrito neste alvará ter sido motivado pela preocupação em dotar o prédio em apreço de uma área acrescida de estacionamento.

13. Efectivamente, não vislumbro razão que obstasse a que o projecto de arquitectura objecto do processo de licenciamento de construção previsse uma unidade funcional do prédio que servisse aqueles objectivos, em respeito dos parâmetros definidos pelo alvará de loteamento.

14. Aliás, acrescente-se que, não definindo o alvará de loteamento o número de fogos a implantar naquele lote 12, sempre se poderia ter previsto, no projecto de arquitectura, número consentâneo com os lugares de estacionamento a desenvolver nas 3 caves autorizadas pelo alvará de loteamento.

15. Conclui-se, assim, pelo desrespeito da licença de construção ao prescrito no alvará de loteamento, quanto ao número de pisos permitido.

B
Quanto à área de construção:

16. Prevê o alvará de loteamento que a área de construção a desenvolver seja de 5.584,81 m².

17. Por seu turno, o alvará de licença de obra prevê a construção de 7.729,32 m².

18. Alega V. Exa. que tal desconformidade será meramente aparente, já que as áreas relativas a parqueamento (que constituem 4 das 5 caves) e a área afecta às instalações de apoio ao condomínio (que constitui o 18º piso), não deverão ser contabilizadas para efeitos de cálculo da área de construção.

19. Conclui, ainda, V. Exa., que a área efectivamente destinada a habitação e comércio, porque se traduz num acréscimo que não alcança 3%, deverá considerar-se como constituindo uma alteração de pormenor.

20. Para o efeito, bastaria, portanto, a autorização tomada por simples deliberação fundamentada da Câmara Municipal, com dispensa de quaisquer outras formalidades (art. 36º, nºs 4 e 5 do Decreto-Lei nº 448/91, de 29 de Novembro, que aprovou o regime jurídico do licenciamento das operações de loteamento e das obras de urbanização, com as alterações que lhe foram introduzidas pelo Decreto-Lei nº 334/95, de 28 de Dezembro, e Lei nº 26/96, de 1 de Agosto).

21. São conhecidas as vantagens do parqueamento subterrâneo, por tal solução se mostrar adequada a assegurar o estacionamento em boas condições, minorando, assim, o impacto decorrente do parqueamento e da circulação de um maior número de veículos para os futuros residentes do prédio em construção e daqueles que residem na sua área de influência, contribuindo-se, deste modo, para o acréscimo da segurança e comodidade públicas.

22. Sufragando este entendimento, tem vindo a moderna doutrina urbanística a defender a construção em cave, pelas inúmeras vantagens ao nível do aproveitamento de espaço, com a comodidade daí inerente, e do menor impacto visual que essa opção propicia.

23. Nesta esteira, veio o legislador a considerar no art. 7º, al. c), do Decreto-Regulamentar nº 63/91, de 29 de Novembro, que para efeitos do cálculo do índice de construção não será utilizado o valor da área a construir abaixo da cota de soleira, se esta se destinar exclusivamente a estacionamento e o contrário não esteja previsto em plano municipal de ordenamento do território.

24. Acolhendo esta tendência, veio o Regulamento do Plano Director Municipal da Amadora (ratificado pela Resolução do Conselho de Ministros nº 44/94, de 22 de Junho) a exceptuar, para efeitos do cálculo do índice de construção, designadamente, as áreas de estacionamento coberto para utilização do condomínio - art. 9º, secção II, al. 40.

25. Entendo, assim, razoável defender que não deverão ser contabilizadas as áreas dos pisos abaixo da cota de soleira destinados a garagens.

26. No entanto, o mesmo já não direi relativamente à área destinada às instalações de apoio ao condomínio.

27. É que não se vislumbra qualquer apoio legal à tese defendida por essa edilidade.

28. Nestes termos, entendo que o valor dessa área deverá ser contabilizado.

29. Concluo, então, que no âmbito do processo de licenciamento da obra veio essa Câmara Municipal a autorizar a construção de um edifício com a área contabilizável de 5.877,92 m², que corresponde ao valor encontrado quando se deduz da área total do edifício (7.729,32 m²) a que se encontra destinada a garagens em cave (1.851,40 m²).

30. Ora, este valor ultrapassa o encontrado através da aplicação do coeficiente de aumento de 3% (art. 36º, nºs 4 e 5 do supra mencionado Decreto-Lei nº 448/91, de

29 de Novembro) sobre o valor da área de construção prevista no alvará de loteamento (sendo que o valor encontrado é de 5.721,45 m²).

31. Assim sendo, necessário é concluir que o alvará de licença de construção viola o imposto pelo alvará de loteamento quanto à área de construção permitida.

32. O facto de a referida licença de construção contender com o disposto no alvará de loteamento acarreta a nulidade do acto administrativo que decidiu do pedido de licenciamento da construção - art. 52º, nº 2, al. b), do regime de licenciamento municipal de obras particulares aprovado pelo Decreto-Lei nº 445/91, de 20 de Novembro, com as alterações que lhe foram introduzidas pelo Decreto-Lei nº 250/94, de 15 de Outubro).

33. Assim sendo, o acto em causa é insusceptível de produzir qualquer efeito jurídico, podendo ser declarado nulo a todo o tempo (art. 134º, nºs 1 e 2 do Código do Procedimento Administrativo).

34. Por seu turno, as obras já realizadas ao abrigo da licença de construção, irremediavelmente ferida de nulidade (note-se que o acto nulo é insusceptível de ser ratificado, sanado, convertido ou revogado), sujeitam-se ao regime das obras ilegais.

35. Nestes termos, deverá ser imediatamente ordenado o embargo das obras, sem prejuízo da sua futura legalização através de processo de licença de construção cuja decisão final venha a obedecer às prescrições impostas pelo alvará de loteamento.

36. Faço notar a V. Exa. que a situação em apreço faz incorrer o município na obrigação de indemnizar os lesados pelo prejuízo que lhes causou em consequência da decisão impugnada.

37. E quanto mais dilatado venha a ser o momento em que se decida pela declaração da nulidade da licença de construção, mais avultados serão os prejuízos dos terceiros afectados e, consequentemente, maior será o quantitativo indemnizatório a pagar.

38. Efectivamente, o art. 52º, nº 5, do supra mencionado Decreto-Lei nº 445/91, de 20 de Novembro, manda ao município assumir a obrigação de indemnizar pelos prejuízos causados aos interessados em consequência de actos administrativos nulos, por decidirem pedido de licenciamento de obras particulares em violação do disposto em alvará de loteamento em vigor.

III
Conclusões

Senhor Presidente da Câmara Municipal da Amadora, ao abrigo do disposto no art. 20º, nº 1 al. a) da Lei nº 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

I) Seja declarada a nulidade do acto administrativo que decidiu o pedido de licenciamento de construção em violação do prescrito no alvará de loteamento em vigor.
II) Seja ordenado o embargo da obra promovida a coberto daquela licença de construção ferida de nulidade.
III) Assuma o município a responsabilidade pelos prejuízos causados aos terceiros lesados em consequência daquele acto.

Recomendação não acatada

Ao
Exmº Senhor
Presidente da Câmara Municipal de Viana do Castelo

R-217/96
Rec. n.º 14/A/99
1999.02.19

I
Exposição de Motivos

1. Através do ofício nº 594, de 31 de Julho p.p., comunicou V. Exa. a posição da Câmara Municipal de Viana do Castelo quanto ao que havia sido preconizado na Recomendação nº 18/A/98 relativa à nulidade do acto de licenciamento de obras efectuadas no logradouro do prédio sito na Travessa da Srª da Ajuda, freguesia da Meadela.

2. Não acatou essa Câmara Municipal a recomendação formulada por se revelarem divergentes as suas conclusões com as alcançadas pela Inspecção-Geral da Administração do Território na inspecção efectuada em Outubro de 1997.

3. Concluiu aquela entidade que o acto de legalização se tornou inatacável, quanto a eventuais violações do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, por efeito do decurso do prazo de impugnação contenciosa, "e que, a nível do PDM, não há elementos concludentes quanto a uma eventual violação " (ponto 20, a fls. 71, do Relatório

da IGAT), porquanto "nada constava do processo quanto à legalização das edificações anexas já existentes" (fls. 56 do mesmo Relatório).

4. De forma diversa concluí quanto ao desvalor jurídico do despacho de 20.07.1994, do Exmo. Vereador da Área de Planeamento e Gestão Urbanística, por desrespeito da disciplina contida no Regulamento do Plano Director Municipal de Viana do Castelo.

5 Com efeito, resulta dos elementos do processo camarário de licenciamento que o acto de legalização das obras contestadas permitiu que a área ocupada por anexos excedesse largamente o índice de ocupação de logradouros fixado no art. 16º nº 7, daquele instrumento de planeamento territorial, infringindo, em simultâneo, a proibição de ocupação sistemática e integral de logradouros com edificação, contida no nº 8 daquele artigo, atenta a área total do lote. Por certo, que tal disciplina não tolera uma situação em que a área da construção principal, tal como resulta da planta junta ao processo, parece ser inferior à área total ocupada por anexos.

6. Idêntico entendimento havia sido subscrito por essa Câmara Municipal na fundamentação do despacho de indeferimento do primeiro pedido de legalização apresentado pelo dono da obra. Refere expressamente o Exmo. Vereador de Planeamento e Gestão Urbanística que a área dos anexos existentes e construídos antes da entrada em vigor do Plano Director Municipal de Viana do Castelo excedia largamente os índices previstos no respectivo regulamento. Idêntica posição assumiu V. Exa. em resposta a um pedido de informações formulado pela Inspecção-Geral da Administração do Território.

7. Alicerçam-se tais conclusões na análise da planta junta ao processo camarário. Desta constam os anexos já construídos e que terão sido objecto de licenciamento e legalização em processos deferidos por essa Câmara Municipal em Outubro de 1987 e Janeiro de 1995.

8. Não obstante, mesmo que assim não sucedesse, o que não se concede, ao proceder à legalização das obras contestadas a Câmara Municipal teria de ter em consideração as construções já existentes, com vista a concluir sobre o respeito do índice de ocupação de logradouros permitido. Se nada constasse dos registos camarários, tratar-se-ia, por certo, de construções ilegais por ausência de licença municipal de obras, cuja legalização se encontraria inviabilizada, uma vez que a área total das construções existentes excede, em cerca de 20 m2, a área máxima de ocupação permitida (50 m2). Assim sendo, sempre seria necessário proceder à demolição parcial do conjunto edificado,

por forma a reduzir a área de construção.

9. Assim, sendo nulo tal acto por efeito do disposto no art. 52º, nº 2, alínea b), do regime aprovado pelo Decreto-Lei nº 445/91, de 20 de Novembro, com a redacção conferida pelo Decreto-Lei nº 250/94, de 15 de Outubro, deverá a Câmara Municipal proceder à correspondente declaração (art. 134º, nº 2, do Código do Procedimento Administrativo) e instaurar o procedimento de demolição das construções regulado no Decreto-Lei nº 92/95, de 9 de Maio.

10. Objecta V. Exa. que tal procedimento contende com o princípio da segurança jurídica e que "ponderados os prejuízos decorrentes da revogação do licenciamento e consequente demolição da obra e os eventualmente resultantes da sua manutenção, conclui-se serem aqueles superiores e de todo injustificados".

11. Não procede, porém, tal argumentação, atentas as razões que levaram o legislador a cominar com a sanção da nulidade os actos de licenciamento municipal de obras, *ex ante ou ex post*, que violem o disposto em instrumento de planeamento territorial. A este propósito, reitero a V. Exa as considerações já expendidas quanto ao fundamento de tal grau de invalidade jurídica no que se refere aos actos administrativos ofensivos da disciplina de ocupação, uso e transformação dos solos contida em plano de ordenamento do território (cfr. nºs 21 a 23 da Recomendação nº 18/A/98).

12. Entendeu o legislador, de forma clara, privilegiar a tutela da legalidade urbanística em detrimento da tutela da confiança dos administrados em tais actos de licenciamento, com preterição do princípio da segurança jurídica relativamente ao princípio da legalidade. Foi o legislador que realizou tal ponderação, não cabendo às câmaras municipais derrogá-la. É o princípio da legalidade, de resto, o fundamento e limite de toda a actividade administrativa (arts 3º, nº 3, e 266º, nº 2, da CRP). Não procede, pois, a invocação do princípio da segurança quando se trata de proceder à reconstituição da situação material afectada por obras realizadas com base numa licença afectada pelo desvalor da nulidade. Por outro lado, não é possível descurar a segurança que o ordenamento jurídico deve conferir à comunidade reagindo contra as infracções perpetradas contra a ordem urbana edificada.

13. Já quanto à ponderação dos prejuízos resultantes da demolição das obras em face dos que resultam da sua manutenção, não parece que o legislador autorize a Administração a efectuar tal prognose sempre que se trate de exercer um poder de forma vinculada. De nada serve invocar a eventual desproporcionalidade da medida de

demolição, para mais não sendo indicados os prejuízos que resultam da demolição, em favor da manutenção de uma situação de ilegalidade. Por outras palavras, não há proporcionalidade relevante dentro das fronteiras da ilegalidade, uma vez que a obra não se mostra susceptível de legalização. Desproporcionado parece, ao invés, deixar subsistir uma construção clandestina sem que se demonstre a necessidade de assim ser.

14. Não deixa, por certo, a posição do particular que edificou ao abrigo de uma licença nula de encontrar protecção em sede do regime da responsabilidade civil extracontratual da Administração. Acontece, porém, no caso em presença, que a obrigação de indemnizar não tem lugar, uma vez que o facto ilícito não causou qualquer dano ao reclamado particular, ao passo que a demolição constitui facto lícito do qual não se descortina a anormalidade ou especialidade de um dano devido ao lesado e à culpa com que agiu (arts. 8º e 9º do Decreto-Lei nº 48051, de 21 de Novembro de 1967).

15. Pelas razões expostas, reitero a V. Exa. a motivação de quanto recomendei à Câmara Municipal de Viana do Castelo, uma vez que no exercício da atribuição constitucional de reparação de ilegalidades, não posso deixar de insistir para que sejam tomadas as medidas necessárias à eliminação de uma situação de clara ofensa à disciplina urbanística municipal.

II
Conclusões

De acordo com o exposto ,

Recomendo

1º) Que seja declarada a nulidade do despacho de 20 de Julho de 1994, do Exmo Vereador da Área de Planeamento e Gestão Urbanística que legalizou as construções, nos termos do disposto no art. 134º, nº 2, do Código do Procedimento Administrativo.
2º) Que V. Exa. ordene a demolição da edificação conforme estabelece o art. 58º, nº 1, do regime jurídico do licenciamento municipal de obras particulares, e do art. 53º, nº 2, al. l), do Decreto-Lei nº 100/84, de 29 de Março, cumprindo o procedimento estabelecido no Decreto-Lei nº 92/95, de 9 de Maio.

Recomendação não acatada (situação ultrapassada)

A
Sua Excelência
o Ministro da Administração Interna

R-1358/98
Rec. n.º 15/A/99
1999.02.19

A
Exposição de Motivos

§ 1
Dos Factos

1. Foi-me exposta a situação do cidadão paquistanês S. A., na sequência da decisão desfavorável do pedido de asilo pelo mesmo formulado, apreciado no âmbito do Processo de Asilo nº 75C/96 do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras.

2. Mais se conheceu o teor do Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 25 de Fevereiro de 1998 (Processo nº 41953, 1ª Secção-3ª Subsecção), que negou provimento ao recurso de impugnação do despacho de Sua Excelência o Secretário de Estado Adjunto do Ministro da Administração Interna, datado de 4 de Fevereiro de 1997 (que consubstancia a citada decisão de recusa de asilo).

3. Os fundamentos dessa decisão são revelados nos seguintes termos:

"No uso da competência que me foi delegada pelo despacho nº 14/95, do Ministro da Administração Interna publicado no D.R. nº 291 - II Série de 95/12/19, com base no parecer do Senhor Comissário Nacional para os Refugiados e nos termos do art. 16º, nº 3 da Lei nº 70/93, de 29 de Setembro, não é concedido o direito de asilo ao cidadão S. A., de nacionalidade paquistanesa, por não haver prova nos autos que ele preencha os requisitos do art. 2º da mesma Lei.

Nos termos do art. 18º da mesma Lei, o cidadão pode permanecer no território nacional durante um período transitório, até 30 dias, para o efeito de procurar asilo noutro país, findo o qual fica sujeito à legislação geral sobre estrangeiros".

4. Foi então requerida autorização de residência, ao abrigo do disposto no art. 64º, nº 1, do Decreto-Lei nº 59/93, de 3 de Março, segundo o qual *"em casos excepcionais de reconhecido interesse nacional verificados por despacho do Ministro da Admi-*

nistração Interna pode ser concedida ou renovada autorização de residência a estrangeiros com dispensa dos requisitos exigidos no presente diploma".

5. A entrada em vigor do Decreto-Lei nº 244/98, de 8 de Agosto, determinou a apreciação do pedido formulado de acordo com o disposto no art. 88º, do citado diploma legal. Assim, "*em casos excepcionais de reconhecido interesse nacional ou por razões humanitárias, o Ministro da Administração Interna pode conceder a autorização de residência a cidadãos estrangeiros que não preencham os requisitos exigidos no presente diploma"*.

6. Por ofício datado de 22 de Janeiro de 1999, foi informado o requerente que, tendo solicitado "Autorização de Residência ao abrigo do art. 88º, do Decreto-Lei nº 244/98, de 8 de Agosto, após a análise do processo verificou-se não estar preenchido nenhum dos requisitos previstos no art. 88º, do referido diploma, ou seja, o reconhecido interesse nacional e/ou razões humanitárias.

(...) Os factos descritos demostram que se está perante interesses meramente individuais, não podendo beneficiar do regime excepcional previsto no art. 88º, do D.L. nº 244/98, de 8 de Agosto".

7. Notificando-se, do mesmo passo, o interessado para, no prazo de dez dias, e por escrito, dizer o que se lhe oferecer, nos termos do direito de audiência prévia previsto e regulado no artigo 100º (e 101º), do Código do Procedimento Administrativo, direito esse que foi oportunamente exercido pelo Senhor S. A..

8. Aguarda-se a decisão final sobre o pedido de autorização de residência, a qual deverá ser tomada após ponderação das razões e argumentos aduzidos pelo interessado.

§ 2
Do Direito

9. Descrita sumariamente a situação que motivou o pedido de intervenção do Provedor de Justiça, cumpre apreciar o projecto de decisão de indeferimento do pedido de autorização de residência por motivos humanitários formulado pelo cidadão paquistanês S. A..

10. Os motivos que baseiam o projecto de decisão - os quais, recorde-se, apontam como factor determinante da não concessão da autorização excepcional de residência o facto de se considerar que os interesses aduzidos revestem natureza individual, sem mais - não se mostram conclusivos.

11. Com efeito, numa primeira análise, parece resultar que se procedeu, tão só, a uma contraposição entre o interesse nacional (constante da norma que habilita a autorização requerida) e os interesses individuais, que, alegadamente, baseiam a pretensão do requerente.

12. Mas o que sejam interesses individuais também fica por esclarecer. Dificilmente se imagina uma situação em que o requerente formula o pedido com vista a prosseguir tarefas do Estado, iluminadas pelo interesse nacional (interesse de toda a comunidade política que funda o Estado). O que pode suceder é que se reconheça que a permanência do indivíduo no território português vai também ao encontro do interesse nacional, o que deverá ser ponderado em concreto.

13. De todo o modo, não pode bastar-se a fundamentação do acto a emitir nas breves considerações levadas ao conhecimento do interessado, para que o mesmo se pronunciasse.

14. Isto, por duas ordens de razões. Em primeiro lugar, a fundamentação aduzida é manifestamente insuficiente, não esclarecendo as razões de facto nem de direito que permitem a formulação de tal conclusão. Em segundo lugar, mostra-se postergada a aplicação da norma na parte em que, em sede de previsão, aduz motivos humanitários para a concessão da autorização requerida, quando, ao fim e ao resto, é disso que aqui se trata. Ainda aqui se mostra insuficiente a argumentação expendida no projecto de decisão. Veja-se porquê:

15. A mera referência a interesses individuais, sem sequer dar a conhecer os factos que permitem tal conclusão, não pode ter-se como fundamentação clara, adequada e suficiente, pois não permite conhecer as razões que, no caso concreto, determinam a denegação do pedido de permanência em território nacional (o qual consubstancia um pedido de protecção do Estado português).

16. Uma fundamentação constitucionalmente adequada (art. 268º, nº 4, CRP) sempre observará três princípios essenciais:"(a) *princípio da suficiência*, devendo a fundamentação estender-se a todos os elementos em relação aos quais a Administração dispõe de poder discricionário de escolher (e o exerce), de forma a poder reconstituir-se o íter lógico e jurídico do procedimento que terminou com a decisão final ("motivação ou fundamentação de todo suficiente"); (b) *princípio da clareza*, de modo que a fundamentação seja inteligível, sem ambiguidades nem obscuridades, tendo em conta a figura do destinatário normal ou razoável que, na situação concreta, tenha de compreender as

razões decisivas e justificativas da decisão; (c) *princípio da congruência*, de tal modo que se verifique existir uma relação de adequação e consonância entre os pressupostos normativos do acto (de facto e de direito) e os motivos do mesmo, devendo, por isso, considerar-se como equivalente à falta de fundamentação a adopção de fundamentos que, por contradição, não esclareçam concretamente a motivação do acto"[7].

17. É doutrina assente que a obscuridade ou insuficiência dos fundamentos corresponde à falta de fundamentação, como aliás se conclui da leitura do art. 125º, nº 2, do Código do Procedimento Administrativo (aprovado pelo Decreto-Lei nº 442/91, de 15 de Novembro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 6/96, de 31 de Janeiro).

18. Assim, mostra-se desde logo postergada a função garantística indissociavelmente ligada ao dever de fundamentação dos actos administrativos que afectem direitos ou interesses legalmente protegidos dos particulares, assinalando-se que "em relação aos actos praticados no exercício de poderes discricionários a fundamentação é mesmo um requisito essencial, visto que sem ela ficaria substancialmente frustrada a possibilidade de impugnar com êxito os seus vícios mais típicos. Nesse domínio, a fundamentação é mesmo um requisito essencial, visto que sem ela ficaria substancialmente frustrada a possibilidade de impugnar com êxito os seus vícios mais típicos. Nesse domínio, a fundamentação é uma garantia do próprio direito ao recurso contencioso"[8].

19. Além de que à fundamentação dos actos administrativos é ainda assinalada uma importante função objectiva , como regra essencial do dever de boa administração, ou "norma de acção administrativa (...) que visa assegurar uma correcta e ponderada realização dos interesses públicos (legalidade, imparcialidade, justiça, eficiência)" [9].

20. Nem se diga que o dever de fundamentação cede por motivo de a concessão da autorização de residência nos termos do art. 88º, do Decreto-Lei nº 244/98, de 8 de Agosto, se enquadrar no exercício de um poder discricionário. É que o exercício de um poder discricionário não isenta a Administração do dever de fundamentação dos seus actos; pelo contrário, antes o "exige especialmente", nas palavras de VIEIRA DE

[7] GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada, 3ª edição, Coimbra, 1993, p. 936.
[8] GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada, cit., p. 936.
[9] Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, ob. cit., loc. cit.

ANDRADE.[10]

21. Estas são as linhas gerais que disciplinam o dever de fundamentação dos actos administrativos que decidam desfavoravelmente pretensões. Considero, porém, que no presente caso, como em geral nas autorizações de residência que sejam pedidas por motivos humanitários, a fundamentação deve revelar clara, suficiente e adequadamente a ponderação de quais sejam as razões que possam impelir um estrangeiro perseguido por motivos religiosos a regressar ao seu território, ao invés do que sugere a Recomendação do Comité de Ministros do Conselho da Europa nº R (84)1.

21. É que deverá ter-se presente que a norma constante do art. 88º, do Decreto-Lei nº 244/98, procura acautelar a situação dos que, por razões humanitárias, não possam ou não queiram voltar ao Estado da sua nacionalidade ou residência.

22. O que, no presente caso, não pode deixar de ser ponderado, pois não será descabido atentar no facto de que ao Senhor S. A. foi recusado o estatuto legal de refugiado (com a denegação do pedido de asilo) por razões que se prenderam apenas com a prova dos factos inerentes à perseguição ou receio de perseguição pelas autoridades oficiais e pelos seus concidadãos.

23. Foram também as questões probatórias que mereceram revisão judicial, pois foi essa a base da argumentação que sustentou a decisão desfavorável impugnada. Por outras palavras, a concessão de asilo foi-lhe recusada por alegada falta de provas que abonassem o preenchimento dos requisitos legais.

24. Não sendo, neste domínio, rara a dificuldade de apresentação de provas que permitam, sem margem de dúvida, concluir pela justeza dos receios dos requerentes de asilo[11], certo é que a prova é requerida para afastar os pedidos manifestamente infundados, nomeadamente, quando se trata de distinguir entre o asilo (político) e a imigração (económica).

25. Mas tal não significa que um pedido de asilo mal sucedido (por insuficiência de provas, como no presente caso se decidiu, ou por não se configurar, como em outros casos, uma situação subsumível em todos os requisitos enunciados no art. 1º, da

[10] Cfr. O Dever de Fundamentação Expressa de Actos Administrativos, Coimbra, 1991, p. 136.

[11] A prova é, para HÉLÈNE LAMBERT, um dos elementos cruciais no procedimento de admissão dos pedidos de asilo (Cfr. SEEKING ASYLUM, Comparative Law and Practice in Selected European Countries, Dordrecht, 1995, p. 72 e ss.).

Convenção de Genebra de 1951[12]) represente necessariamente uma tentativa encapotada de emigração (por motivos económicos) para o Estado cuja protecção foi requerida. É que também o princípio de não-reenvio (*non-refoulement*) consagrado no art. 33º, da citada Convenção, deve estar presente na ponderação da decisão a tomar.

26. É nesta linha que não se poderá ignorar a já citada Recomendação nº R(84)1, adoptada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa, em 25 de Janeiro de 1984, nos termos da qual se *"recomenda aos governos dos Estados membros que assegurem, sem prejuízo das excepções previstas no art. 33º, parágrafo 2, da Convenção de Genebra, o princípio segundo o qual nenhuma pessoa deve ser sujeita a recusa de admissão na fronteira, a extradição, a expulsão ou a qualquer outra medida que tenha por efeito obrigá-la a regressar ou a permanecer num território onde ela crê com razão ser perseguida em função da sua raça, religião, nacionalidade, pertença a um certo grupo social ou das suas convicções políticas, seja aplicado independentemente do facto de determinada pessoa ser ou não reconhecida como refugiada conforme a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 28 de Julho de 1951 e o Protocolo de 31 de Janeiro de 1967"*.

27. A questão da protecção dos refugiados de facto ou por razões humanitárias, não obstante a tanto apontar a letra e o espírito da Lei[13] não transparece do projecto de decisão em análise.

28. Chegados a este ponto, e não havendo ainda sido proferida decisão final sobre o pedido formulado pelo Senhor S. A., motivado pelas razões pelo mesmo explicitadas e reafirmadas na exposição apresentada em sede de audiência prévia dos interessados, trata-se, sobretudo, de conhecer a ponderação dada aos factores de ordem humanitária que devem enquadrar a decisão de autorização de residência temporária, o que, pelo que fica exposto, não mereceu a atenção devida no projecto de decisão em análise.

29. Tanto mais que o requerente, reconhecido como crente da religião ahmadia do Islão, encontra-se, no seu país de nacionalidade, sujeito a pena de prisão pelo sim-

[12] Portugal aderiu aos dois instrumentos de Direito Internacional mais relevantes sobre o estatuto dos refugiados: a Convenção de Genebra de 28 de Julho de 1951 (aprovada para adesão pelo Decreto-Lei nº 43201, de 1 de Outubro de 1960) e o Protocolo Adicional de Nova Iorque de 31 de Janeiro de 1967 (aprovado para adesão sem reservas pelo Decreto-Lei nº 207/75, de 17 de Abril).

[13] Refiro-me quer ao disposto no art. 88º, do Decreto-Lei nº 244/98, de 8 de Agosto , quer à norma constante do art. 8º, da Lei nº 15/98, de 26 de Março, diploma que veio estabelecer o novo regime jurídico-legal em matéria de asilo e refugiados.

ples facto de afirmar junto de outros o seu credo religioso, ou de se referir ao mesmo credo como islâmico ou de se referir a si próprio como muçulmano.

30. Ao que acresce o estabelecimento da pena de morte para quem, por palavras ditas ou escritas, ou por qualquer outro meio, directa ou indirectamente, desrespeitar o sagrado nome do profeta Maomé (crime de blasfémia).

31. É que, de acordo com os relatórios da Amnistia Internacional, a detenção e prisão dos fiéis ahmadi, em obediência a normas de direito criminal, tem sido verificado reiteradamente, não se podendo reputar caídas em desuso[14].

32. Sendo, pois, proibido o culto da religião em causa e vedado aos seus seguidores a afirmação dos princípios corânicos que os inspiram.

33. Sendo estes factos públicos, sem prejuízo de outros elementos que instruam o processo de concessão de autorização de residência, não posso deixar de insistir na necessidade de o projecto de decisão se lhes referir.

34. Em face do mesmo devo concluir que a apontada insuficiência da fundamentação parece revelar a falta de ponderação dos elementos contidos na previsão da norma que incluem, a par do interesse nacional, razões humanitárias em sede de autorização de permanência no território nacional daqueles que carecem da protecção do Estado português e tanto invocam, mesmo que ao poder de concessão da autorização de residência a título excepcional não corresponda formalmente o reconhecimento do estatuto de refugiado (de direito ou, sequer, de facto) ao beneficiário da autorização.

Senhor Secretário de Estado Adjunto da Administração Interna,
Excelência,

De acordo com o que ficou exposto, e em nome da atribuição constitucional que me é conferida no sentido da prevenção de injustiças (art. 23º, nº 1, da Constituição da República Portuguesa), entendo fazer uso dos poderes que me são confiados pelo Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei nº 9/91, de 9 de Abril, no seu art. 20º, nº 1, alínea a), e, como tal,

[14] Como, aliás, como foi reconhecido no parecer do Comissário Nacional para os Refugiados, de 3 de Outubro de 1995, proferido no âmbito do Processo 255-F/95-SEF, no qual se decidiu (favoravelmente) o pedido de asilo formulado por um outro cidadão paquistanês seguidor do mesmo culto religioso.

Recomendo

A revisão do procedimento reclamado, por forma a que Vossa Excelência pondere de forma suficiente as razões de ordem humanitária

a) abstraindo do facto de ao requerente ter sido indeferido o pedido de concessão de asilo, pois de outro modo a autorização de residência por motivos humanitários seria entendida como um expediente redundante, se não mesmo superabundante, e

b) reflectindo na avaliação dos factos e do direito a consideração da Recomendação do Comité de Ministros do Conselho da Europa nº R (84)1.

Recomendação substancialmente acatada (com diferente fundamentação)

Ao
Exmo Senhor
Presidente da Câmara Municipal de Lisboa

R-903/97
Rec. n.º 16/A/99
1999.03.02

1. Pela Srª…, proprietária do prédio sito na Rua dos Ferreiros, a Stª Catarina, nº ..., foi-me apresentada uma queixa na qual contestava a validade da intimação camarária nº 386, de 10 de Janeiro de 1997, proferida no âmbito do processo de intimação de obras nº 497/I/79.

2. Fundamenta-se a queixa no facto de a intimação se reportar às conclusões da vistoria efectuada ao imóvel em 8 de Junho de 1988, e que havia motivado a ordem de realização de obras de beneficiação de 2.12.1988.

3. Na sequência desta intimação foram realizadas obras de conservação e beneficiação nos anos de 1988 e 1989, inclusivamente com apoio financeiro concedido ao abrigo do Regime Especial de Comparticipação na Recuperação de Imóveis Arrendados (RECRIA)(Proc. nº 95/R/88).

4. A fim de habilitar a instrução do processo e em obediência ao estatuído pelo art. 34º do Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei nº 9/91, de 9 de Abril, foram solicitados esclarecimentos ao Gabinete Local do Bairro Alto e Bica, tendo em vista conhecer da regularidade do procedimento camarário que culminou na citada intimação.

5. Foi possível apurar que em 10 de Novembro de 1996, havia sido efectuada pelos agentes de fiscalização dessa Câmara Municipal, uma deslocação ao imóvel na qual teria sido verificada a manutenção das deficiências de conservação que constituíram fundamento da intimação efectuada em Dezembro de 1988.

6. Na sequência desta verificação, é proposta a renovação da intimação. Refere-se na Informação nº 1782/BA/96: "verificou-se que a intimação não se encontra cumprida. Sendo assim, julga-se de propor nova intimação com base na anterior, dado que a última foi em 1988 e o imóvel se encontra a degradar". Nestes termos, por despacho do Director Municipal de Reabilitação Urbana é ordenada a renovação da intimação, a qual vem a ser notificada à munícipe em 20 de Janeiro do ano findo.

7. Em síntese, as informações obtidas permitiram concluir que a vistoria realizada ao imóvel em Junho de 1988 constituiu o fundamento da notificação efectuada em Janeiro de 1997, não obstante terem sido realizadas obras de conservação em 1988 e 1989.

8. Sem prejuízo de reconhecer o mérito e conveniência da actuação do Gabinete Local do Bairro Alto e Bica tendo em vista a recuperação do prédio em causa, não posso deixar de assinalar e reprovar que a prossecução das atribuições municipais em matéria de conservação do parque habitacional e de reabilitação urbana se faça com preterição das regras procedimentais aplicáveis.

9. Nos termos do art. 10º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, aprovado pelo Decreto-Lei nº 38.382, de 7 de Agosto de 1951, pode a Câmara Municipal determinar, em qualquer altura, precedendo vistoria, a execução das obras necessárias para corrigir más condições de salubridade, solidez ou segurança contra o risco de incêndio, notificando o proprietário nos três dias seguintes à aprovação da acta que se refira à deliberação camarária em matéria de beneficiação extraordinária (§ 2º, do artigo citado).

10. Reflecte este preceito um dos poderes cometidos às câmaras municipais em matéria de conservação do parque habitacional local, aos quais, de forma genérica, faz referência o art. 51º, nº 2, alínea d), da Lei das Autarquias Locais: "à câmara municipal compete ordenar, precedendo vistoria, a demolição, total ou parcial, ou a beneficiação de construções que ameacem ruína ou constituam perigo para a saúde e segurança das pessoas".

11. Às câmaras municipais compete, assim, no exercício de poderes de polícia

das edificações garantir a segurança de pessoas e bens, bem como a preservação de adequadas condições de habitabilidade.

12. A actuação municipal, neste, como em qualquer outro domínio, encontra-se sujeita ao princípio da legalidade, fundamento e limite de toda a actividade administrativa (arts. 3º, nº 3, e 266º, nº 2, da Constituição, e art. 3º do Código do Procedimento Administrativo). No que ao caso interessa, a observância da legalidade procedimental, ou seja, do conjunto dos princípios e regras do procedimento, implica que a "Administração actue de acordo com os trâmites e regras fixados pela Lei (ou, secundariamente, por regulamento) para prossecução dos fins estabelecidos pela norma" (OLIVEIRA, Mário Esteves de, et al, Código do Procedimento Administrativo, Comentado, Vol. I, Coimbra, 1993, p. 141).

13. No exercício dos poderes atribuídos pelo art. 10º do RGEU, a Lei exige que a decisão camarária de beneficiação ou de demolição, seja precedida de vistoria realizada nos termos do art. 51º, 1º, do Código Administrativo (§ 1º, do art. 10º do RGEU). Realizada a vistoria, a câmara municipal delibera sobre a necessidade de serem realizadas obras de beneficiação necessárias à correcção das más condições de salubridade, solidez ou segurança contra o risco de incêndio, ou, sendo o imóvel irrecuperável e verificando-se perigo de ruína ou para a saúde pública, ordena a respectiva demolição.

14. Em qualquer dos casos, é a vistoria que habilita a decisão camarária. É em face dos respectivos resultados que a câmara municipal afere da existência dos pressupostos de facto que permitem a dinamização dos poderes em questão, que opta entre ordenar a beneficiação do imóvel ou a sua demolição, fixa a natureza e as condições das obras a realizar, especifica as medidas provisória e cautelares que o estado do edifício impõe, as condições de ocupação da via pública e outros aspectos relativos à execução dos trabalhos de construção civil que o caso reclame, bem como o prazo para a respectiva execução.

15. A avaliação ocular da situação do imóvel para determinação do estado em que o mesmo se encontra constitui, não só, pressuposto essencial da decisão camarária, como se integra no acto final do procedimento, porquanto os resultados respectivos constituem o conjunto das imposições dirigidas ao particular em matéria de beneficiação e reparação do imóvel.

16. No caso em apreço a intimação camarária para a realização de obras de beneficiação baseou-se nos resultados de uma vistoria realizada nove anos antes, o que não permitiu, por certo, aferir dos pressupostos do exercício da competência camarária

nos termos acima descritos. As obras de reparação realizadas e a degradação que o imóvel entretanto sofreu terão alterado, de forma radical, a situação existente, pelo que só a verificação das condições actuais do edifício permitiria o correcto exercício da competência camarária.

17. A norma habilitadora do exercício dos poderes camarários elege a realização de uma vistoria como pressuposto essencial da imposição ao particular da obrigação de proceder à realização de obras. Do ponto de vista da regulação legal trata-se de um procedimento administrativo necessário, objecto de uma pré-ordenação de tipo vinculativo, no qual a observância da sequência de actos e formalidades normativamente estabelecidos condiciona a legitimidade do exercício da competência administrativa (LOUREIRO, João C. Simões Gonçalves, O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares, in STUDIA IURIDICA, 13, Coimbra, 1995, p.p. 57 e 119).

18. No caso, a decisão administrativa encontra-se inquinada pela falta da verificação dos elementos de facto que legitimam o exercício da competência, podendo considerar-se que a decisão é nula por falta de um dos seus elementos essenciais (art. 133º do Código do Procedimento Administrativo). Neste sentido são elementos essenciais - cuja falta determina a nulidade do acto administrativo -, todos aqueles que se ligam a momentos ou aspectos legalmente decisivos e graves dos actos administrativos; assim, é elemento essencial de um acto que impõe encargos aos particulares em virtude da existência de uma determinada situação de facto, a verificação, com carácter constitutivo, de tais pressupostos de facto (OLIVEIRA, Mário Esteves de, *et al*., Código do Procedimento Administrativo, 2ª ed., Coimbra, 1997, p. 642).

19. Só a vistoria poderia reconhecer a existência do circunstancialismo fáctico - falta de condições de salubridade, solidez e segurança -, de que a lei faz derivar certas consequências: a prolação de um acto administrativo de conteúdo impositivo.

20. Como refere Sérvulo Correia, os actos de verificação inovam no ordenamento jurídico ao tornarem certa, incontestável e revestida de autoridade a situação que enunciam, e revestem natureza constitutiva já que nasce para o seu autor a vinculação de emitir um comando com um certo conteúdo, uma vez concluído o juízo de existência da situação (Noções de Direito Administrativo, I, Lisboa, 1982, pp. 475 e 458).

21. Um acto de verificação constitutiva cria uma nova situação jurídico-administrativa e esgota os seus efeitos no acto consequente - no comando legal cuja

prática é imposta por Lei como sua consequência -, não pode, por isso, constituir pressuposto de uma outra ordem administrativa com o mesmo conteúdo.

22. Pelo exposto, cumpre reconhecer a invalidade de que padece a intimação camarária contestada e renovar o procedimento com audiência prévia da proprietária e por forma a legitimar-se o exercício dos poderes de polícia das edificações em vistoria camarária que ateste o estado de degradação do imóvel e as obras de beneficiação que eventualmente careça.

II
Conclusões

Em face do exposto e no exercício da atribuição constitucional que me é confiada para prevenção e reparação das injustiças e ilegalidades (artº 23º, nº 1, da CRP),

Recomendo

1º Que, nos termos do disposto no art. 134º, nº 2, do Código do Procedimento Administrativo, seja declarada a nulidade da intimação camarária nº 386, de 10 de Janeiro de 1997, proferida no âmbito do processo de intimação de obras nº 497/I/79.

2º Que seja realizada vistoria ao imóvel, conforme impõe o art. 10º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas por forma a determinar as obras de beneficiação adequadas a repor as condições de habitabilidade exigíveis.

Recomendação acatada

Ao
Exmº Senhor
Presidente da Câmara Municipal de Ribeira de Pena

R-4358/96
Rec. n.º 22/A/99
1999.04.15

I
Exposição de Motivos

1. Em queixa que me foi apresentada em Outubro de 1996, contestava-se a posição de tolerância dessa Câmara Municipal relativamente à situação de insalubridade e perigo para a saúde pública ocasionada pela construção e funcionamento de um capril

confinando com a habitação do Sr…, no lugar de Vilarinho, freguesia de Salvador, nesse concelho.

2. Volvidos quase três anos e a despeito das inúmeras diligências promovidas, a situação mantém-se inalterada. Os animais permanecem na construção contígua à habitação do queixoso, sem que se mostrem reunidas as mínimas condições de higiene e salubridade, tendo sido proferido, inclusive, parecer da Autoridade de Saúde Concelhia segundo o qual, os casos de brucelose detectados na família, provavelmente, estarão relacionados com a proximidade do capril (ofício nº 25/98, de 12/05/1998).

3. V. Exa. ordenou o despejo sumário das edificações em 12 de Maio de 1995; em 9 de Janeiro de 1997, foi efectuada nova intimação a tanto destinada; em 30 de Abril do mesmo ano, o proprietário comprometeu-se a retirar os animais no prazo de 30 dias; em 22 de Junho do ano findo, foi proferida nova ordem de retirada dos animais que veio a ser confirmada por deliberação camarária de 25/11/1998, a qual ordenou, a instauração de processo de contra-ordenação ao infractor.

4. Foram, deste modo, sendo concedidas sucessivas prorrogações do prazo fixado para que o proprietário desse cumprimento à ordem de despejo das edificações, sem que nada justifique a não adopção das medidas tendentes a conferir exequibilidade ao acto administrativo em questão, verificada a atitude de reiterado incumprimento, numa posição de tolerância por parte dessa Câmara Municipal que se pode fazer equivaler à renúncia tácita das respectivas competências em matéria de saúde pública - o que, como V. Exa., por certo reconhecerá, a Lei não permite (art. 29º, nº 1, do Código do Procedimento Administrativo).

5. Dir-se-á, no caso em apreço, que V. Exa. não renunciou às respectivas competências, apenas tem vindo a diferir no tempo, transitoriamente, o respectivo exercício. Não me parece colher tal entendimento em face de quanto impõe o princípio da prossecução do interesse público, o qual não se compadece com motivações não contempladas pela lei como condicionantes do exercício da competência respectiva. A lei atributiva da competência não admite que o respectivo titular abdique ou desista, ainda que transitoriamente, de exercer os poderes respectivos.

6. As edificações reclamadas não possuem licença de utilização que habilite o uso que lhes é conferido e as instalações não reúnem condições para que o funcionamento do curral seja legitimado pela emissão de alvará de licença sanitária (Instruções aprovadas pela Portaria nº 6065, de 30.III.1929), e a respectiva construção não observa

os requisitos fixados nos arts. 115º a 119º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, aprovado pelo Decreto-Lei nº 38.382, de 7 de Agosto de 1951, quanto às edificações destinadas a alojamento de animais.

7. Por seu turno, a Autoridade de Saúde Concelhia em vistorias realizadas ao local, considerou inviável a exploração do capril sem risco para a saúde e comodidade dos moradores locais (art. 115º, § único, do Regulamento Geral das Edificações Urbanas), pelo que não se oferece outra possibilidade para a resolução do problema que a execução coactiva da ordem de despejo. Com efeito, nos termos do § único do citado art. 115º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, cabe às câmaras municipais interditar a utilização de edificações para alojamento de animais quando não seja possível a sua exploração sem risco para a saúde e comodidade dos habitantes locais.

8. Assim, urge exercer os poderes que a Lei faculta para conferir exequibilidade aos actos administrativos sempre que o respectivo destinatário se furte ao seu cumprimento, dando por isso início ao procedimento de execução coactiva (arts 149º e segs. do Código do Procedimento Administrativo).

9. Com efeito, a reposição dos níveis ambientais e de salubridade exigíveis apenas será possível através do despejo das edificações e encerramento do estabelecimento pecuário, pelo que a resolução da questão se encontra pendente da plena operatividade do acto administrativo que tais consequências determinou.

10. A observação das fotografias e de filme efectuado no local deixam-me sem compreender as motivações de V. Exa. ao permitir que a situação se mantenha indefinidamente. Por certo, só por desconhecimento das reais condições em que habita a família do Sr…, V. Exa. não terá promovido a adopção dos meios ao alcance dessa Câmara Municipal para fazer cessar uma situação, não só de clara ilegalidade, como da mais flagrante injustiça para com um agregado familiar carenciado e sem possibilidade de expedito recurso aos meios judiciais.

11. Dificilmente serão aceitáveis, em face das ameaças, se não dos danos consumados na saúde de quem ali habita, que se tolere a manutenção da situação por motivos de índole económica, ou outros, atinentes ao proprietário dos animais. É este um caso em que não se pode falar de conflito de valores, pois simplesmente, não pode haver conflito em situação de ilegalidade e de flagrante postergação das atribuições municipais em matéria de ambiente e salubridade pública.

12. Não se argumente, pois, que o carácter rural do meio justifica a tolerância municipal relativamente a estas situações, porquanto não será pela preocupação de sal-

vaguardar a viabilidade das actividades tradicionais que se podem legitimar tais atentados à saúde pública.

13. Cumpre-me, pois, exortar V. Exa. a que proceda, com a urgência que a gravidade da situação descrita impõe, à execução coactiva da ordem de despejo sumário das edificações, pois não se vislumbram quais as razões que possam obstar a que se faça cessar, de imediato, a situação de risco para a saúde do aglomerado populacional local, o atentado ilícito ao ambiente e a lesão contínua e reiterada, dos direitos dos vizinhos à saúde e à qualidade de vida.

II
Conclusões

De acordo com o exposto, entendo, no uso dos poderes que me são conferidos pelo art. 20º, nº 1, al. a), do Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei nº 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

1º) Que promova a Câmara Municipal de Ribeira de Pena a execução coactiva da decisão camarária que ordenou o despejo sumário das edificações reclamadas, com fundamento no disposto nos arts. 149º, nº 2, e 157º, nºs 1 e 2 do Código do Procedimento Administrativo.

2º) Que para tal fim, seja notificado o proprietário das instalações, nos termos e para efeitos do disposto no art. 152º do Código do Procedimento Administrativo, da decisão de se proceder à execução da ordem de despejo, com indicação das condições em que as medidas de execução irão ser realizadas (art. 157º, nº 2, do CPA).

Recomendação acatada

Ao
Exmº Senhor
Presidente do Conselho Directivo
da Faculdade de Direito de Coimbra

R-2721/94
Rec. n.º 23/A/99
1999.04.15

I
Exposição de Motivos

§ 1º
Considerações Gerais

1. Em queixa que me foi dirigida é contestada a impossibilidade, nesse estabelecimento de ensino superior, de acesso às provas escritas através de consulta presencial ou obtenção de fotocópias das mesmas, e do exercício do direito de reclamação e recurso gracioso da classificação obtida.

2. Questionado o Magnífico Reitor da Universidade de Coimbra sobre o assunto, foi esclarecido através da Faculdade de Direito que "o Regulamento da Faculdade prevê o acesso à prova para consulta. Não prevê reclamação, a não ser para reclamação administrativa ou contenciosa, mesmo se diga da fotocópia".

3. Compulsadas as "Normas sobre aulas, avaliação de conhecimentos e cálculo da média final" da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, verifica-se que o art. 59º, nº 2, estabelece que as notas publicadas são inalteráveis, salvo se tiver sido detectado erro no apuramento ou lançamento das mesmas.

4. Por seu turno, o art. 61º admite a consulta dos pontos, a fim de os alunos se inteirarem do critério de correcção.

§ 2º
Da Reclamação e do Recurso Gracioso

5. O art. 52º, nº 1, da Constituição confere aos cidadãos o direito de petição individual perante as autoridades públicas, devendo considerar-se o direito dos particulares solicitarem a revogação ou a modificação das decisões administrativas como seu corolário (cfr. OTERO, Paulo, *"As garantias impugnatórias dos particulares no Código*

de Procedimento administrativo", in Scientia Iuridica, nºs 235-237, Jan.-Jun, 1992, p. 54).

6. A concretização legal do princípio constitucional mencionado encontra-se no art. 158º do Código do Procedimento Administrativo, em cujo nº 2 se estabelece que esse direito pode ser exercido mediante reclamação para o autor do acto [alínea a)], ou mediante recurso para o superior hierárquico do autor do acto, para o órgão colegial de que este seja membro, ou para o delegante ou subdelegante [alínea b)], ou mediante recurso para o órgão que exerça poderes de tutela ou superintendência sobre o autor do acto [alínea c)].

7. Sendo as universidades unanimemente reconhecidas como estabelecimentos públicos (cfr. AMARAL, Diogo Freitas do, Curso de Direito Administrativo, 2ª ed., Coimbra, 1994, p. 352), encontram-se sujeitas à disciplina normativa contida no Código do Procedimento Administrativo, porquanto as disposições respectivas se aplicam a todos os órgãos da Administração Pública - consequentemente, aos dos institutos públicos -, que, no desempenho da actividade administrativa de gestão pública, estabeleçam relações com os particulares [art. 2º, nºs 1 e 2, alínea b)].

8. A actividade de classificação dos exames realizados pelos alunos é uma actividade administrativa de gestão pública, que se consubstancia na prática de actos administrativos; encontra-se regulada por normas de direito público que conferem poderes de autoridade para prossecução do interesse público e disciplinam o seu exercício, emanadas dos órgãos respectivos ao abrigo da autonomia estatutária concedida às universidades públicas.

9. As classificações são, assim, os actos derivados do exercício daquela actividade administrativa de gestão pública, revestindo, por isso, a natureza de actos administrativos, em tudo sujeitos ao regime das garantias impugnatórias graciosas contido no Código do Procedimento Administrativo.

10. O art. 59º, nº 2 das "Normas sobre aulas, avaliação de conhecimentos e cálculo da média final" da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, apenas admite a alteração das notas publicadas, em caso de detecção de erro no apuramento ou lançamento das mesmas, excluindo, em absoluto, a possibilidade de alteração em resultado de reapreciação da classificação por via de reclamação ou recurso gracioso.

11. A norma citada, ao referir-se às situações de erro no apuramento ou lançamento das notas, permite, exclusivamente, a rectificação dos actos administrativos em

causa. Nos termos previstos pelo art. 148º do Código do Procedimento Administrativo, podem ser rectificados os erros de cálculo e os erros materiais na expressão da vontade do órgão administrativo, quando manifestos.

12. A inalterabilidade das notas publicadas, estabelecida no acima citado art. 59º, nº 2, do regulamento acima identificado, contende, por isso, com a garantia de reclamação e recurso gracioso prevista no art. 158º do Código do Procedimento Administrativo.

§ 3º
Da Obtenção de Fotocópias da Prova Escrita

13. O exercício efectivo do direito de reclamação e recurso impõe o adequado conhecimento do conteúdo do exame realizado, por forma a permitir fundamentar adequadamente o pedido de reapreciação.

14. A mera consulta presencial da prova, admitida pelo art. 61º das Normas citadas, não permite tal conhecimento, porquanto ao aluno não é dada a oportunidade de apreender, de forma completa, os critérios de correcção e o modo como foram aplicados às respostas prestadas. Não é legítimo exigir que o aluno se recorde fielmente da prova produzida por forma a poder arguir motivos substanciais de discordância relativamente à forma de aplicação dos critérios de correcção. Vedar a obtenção de cópias da prova, a quem a realizou, restringe, de forma acentuada, as garantias de objectividade e homogeneidade na avaliação e atribuição de classificações.

15. Em termos gerais, o direito à obtenção de reproduções dos documentos que façam parte de processos administrativos configura-se como direito instrumental relativamente ao direito à informação (art. 268º, nºs 1e 2, da C.R.P., e arts. 61º e ss., do Código do Procedimento Administrativo). Daí a sua previsão expressa pelo art. 62º, nº 3, do Código do Procedimento Administrativo, que estabelece que os interessados têm o direito, mediante o pagamento das importâncias que forem devidas, de obter certidão, reprodução ou declaração autenticada dos documentos que constem dos processos a que tenham acesso.

16. Por outro lado, o art. 7º, nº 3, da Lei nº 65/93, de 26 de Agosto, prevê que o direito de acesso aos documentos administrativos compreende o direito de obter a sua reprodução, por fotocópia ou outro meio técnico [art. 12º, nº 1, alínea b)].

17. Dúvidas não levantará a aplicação do diploma citado ao caso presente, uma vez que estamos perante um suporte de informação detido pela Administração Pública e

referente a um procedimento já concluído [art. 4º, nº 1, alínea a), e art. 7º, nº 5, *a contrario,* da Lei nº 65/93].

18. Por estas razões, a faculdade contida no art. 61º das "Normas sobre aulas, avaliação de conhecimentos e cálculo da média final" da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra" deve ser adaptada aos normativos legais citados, por forma a abranger a possibilidade de obtenção de reprodução por fotocópia das provas classificadas.

II
Conclusões

De acordo com o exposto, no uso dos poderes que me são conferidos pelo art. 20º, nº 1, al. a), do Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei nº 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

1. A previsão, nas "Normas sobre aulas, avaliação de conhecimentos e cálculo da média final" da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra", do direito de reclamação e recurso gracioso das classificações das provas escritas, alterando-se, em conformidade, o disposto pelo art. 59º, nº 2.
2. A alteração do art. 61º das referidas Normas, por forma a ser estabelecida a possibilidade de obtenção de fotocópias das provas escritas realizadas.

Recomendação não acatada

Ao
Exm.º Senhor
Presidente da Câmara Municipal do Funchal

R-3657/98
Rec. n.º 24/A/99
1999.04.15

I
Dos Factos

1. Foi solicitada a intervenção do Provedor de Justiça junto de V. Exa., a propósito das obras de construção de uma churrascaria e instalações sanitárias, promovidas

sem licença municipal pelo Sr…, na Travessa do Pina, ..., Santa Luzia.

2. Invocava a impetrante que a obra reclamada, pela sua proximidade, comprometia irremediavelmente as condições de ventilação e salubridade do compartimento de cozinha do edifício vizinho, situado na Travessa do Pina, ...

3. Apontava, ainda, a reclamante o facto de a obra se ter desenvolvido perante a passividade dessa edilidade, já que não obstante a reiterada desobediência por parte do promotor da obra às sucessivas notificações de que foi alvo, com vista ao embargo da construção, nunca foi promovido processo de demolição coerciva, nem participada criminalmente a conduta do infractor.

4. Através do ofício nº 599, de 13 de Janeiro p.p., foi V. Exa. instado a pronunciar–se quanto aos factos objecto de denúncia.

5. Por ofício de 24 de Fevereiro p.p. (nº 1559/DU/DAO/RAO), veio V. Exa. a tomar posição sobre o assunto, informando que a obra reclamada havia sido objecto de legalização (alvará de licença de construção nº 424/98, de 14 de Maio de 1998, emitido na sequência da deliberação da Câmara Municipal de 23 de Abril de 1998).

6. Mais esclareceu V. Exa. no ofício em apreço, que verificada a desobediência ao embargo "não foram tomadas quaisquer sanções sobre a construção clandestina, uma vez que desde logo foi considerada a construção como legalizável, notificando–se o reclamado a apresentar projecto das obras pretendidas".

II
Dos Fundamentos

Da análise dos elementos carreados no decurso da instrução do processo, resulta:

7. Em 21 de Novembro de 1996, o Sr…, residente na Travessa do Pina, ..., informou V. Exa. que no prédio vizinho se promovia a construção de um muro, a tardoz da sua habitação, a distância que prejudicava "toda a vista e luz natural que esta possui".

8. Nessa sequência, em 22 de Novembro de 1996, informam os Serviços de Fiscalização de Obras Particulares que as obras reclamadas (construção de uma churrascaria com cerca de 24m^2, e instalação sanitária) "são já do conhecimento desta câmara, são clandestinas. Por tal facto estes serviços fizeram participação das mesmas (...). A referida obra prejudica a ventilação de um compartimento localizado igualmente à partilha da reclamada, tal como já fora informado anteriormente" (S332/FOPS). Note–se

que esta informação repete, no essencial, o teor da que já havia sido prestada em 21 de Novembro de 1996 (S239/FOPS).

9. Em 10 de Dezembro de 1996 (ofício nº 9661/DU/DAO/RAO), foi o munícipe faltoso notificado do embargo da obra e informado da cominação penal para a desobediência a tal decisão.

10. Nessa mesma data (ofício nº 9660/DU/DAO/RAO), foi também informado das possibilidades de legalização da obra em apreço "na condição de apresentar declaração de anuência dos proprietários onde não são respeitados os afastamentos regulamentares".

11. Em 4 de Fevereiro de 1997, informam os Serviços de Fiscalização de Obras Particulares (650/FOPS) que em deslocação ao local se verificou a desobediência à ordem de embargo encontrado–se, à data, a obra em fase de "acabamentos finais, faltando as pinturas". Propunha–se, entre outras, na informação em análise, a instauração de processo contra-ordenacional. O que se desconhece ter acontecido.

12. Dado o incumprimento da ordem de embargo, e verificado que o munícipe faltoso não havia apresentado projecto que contemplasse a construção impugnada, em 18 de Abril de 1997 foi expedido novo mandato de notificação impondo o prazo de 30 dias para a sua apresentação e alertando–o, uma vez mais, para a cominação penal prevista para a desobediência (ofício nº 3150/DU/DAO/RAO).

13. Por despacho de 7 de Julho de 1997, exarado sobre a Informação nº 3230/FOPS, de 4 de Julho de 1997, vem condicionar–se a legalização do compartimento reclamado à "apresentação de uma alternativa que assegure a iluminação e a ventilação da cozinha da reclamante".

14. Em 31 de Julho de 1997, M. P., em reunião pública da câmara municipal denuncia, uma vez mais, a clandestinidade da construção impugnada e a passividade dos serviços camarários em face do comportamento do munícipe faltoso.

15. Em 2 de Março de 1998, foi a reclamante informada que em cumprimento do despacho de 19 de Fevereiro de 1998, tinha sido o promotor da obra clandestina novamente "oficiado a apresentar projecto das obras efectuadas" (ofício nº 1595/DU/DAO/RAO).

16. Vem, agora, V. Exa., através do ofício nº 1559/DU/DAO/RAO, de 24 de Fevereiro de 1999, informar este Órgão do Estado, que por deliberação da Câmara Municipal de 23 de Abril de 1998, foi autorizada a legalização da obra questionada (churrascaria e garagem) tendo por base uma informação dos serviços técnicos camarários que consideraram que encontrando–se a construção reclamada afastada da "partilha", no ponto menos favorável de 1 metro, tal facto não prejudica a ventilação do compartimento da impetrante.

17. Constitui, esta, uma posição inovadora que não me parece isenta de reparo.

18. Efectivamente, manda o Regulamento Geral das Edificações Urbanas, aprovado pelo Decreto–Lei nº 38382, de 7 de Agosto de 1951 (RGEU), que a construção de qualquer edifício se execute por forma a que fiquem assegurados o arejamento e iluminação naturais, não podendo as câmaras municipais consentir qualquer tolerância, a não ser que reconhecidamente se justifiquem por condições excepcionais e irremediáveis, criadas antes da publicação daquele regulamento (art. 58º e art. 63º).

19. Nesta esteira, vem o art. 73º do RGEU fixar o distanciamento mínimo a observar entre as janelas dos compartimentos de habitação e qualquer muro ou fachada fronteiro.

20. Constituindo a norma em apreço uma imposição de ordem pública, dado que pretende assegurar as condições de salubridade dos compartimentos de habitação, os limites de afastamento que impõe não poderão ser postergados.

21. E tais limites terão de ser respeitados pela construção nova relativamente àquelas que se encontram na sua área de influência, quer para salvaguarda das condições de arejamento e iluminação naturais dos seus próprios compartimentos de habitação, quer para salvaguarda das condições de salubridade dos daquelas que com ela confinam.

22. Ora, as condições de salubridade do compartimento de habitação da reclamante resultam claramente prejudicadas pela construção objecto de legalização, dado o incumprimento dos limites legais de afastamento.

23. E nem se diga que porque de cozinha se trata, esse compartimento não deverá ser considerado, para os efeitos que se pretendem, como de habitação.

24. É que, ao referir–se aos compartimentos de habitação, veio o art. 66º do RGEU remeter para a descrição constante do quadro elaborado a propósito do artigo que lhe sucede – onde se inclui o de cozinha –, exceptuando, tão somente, os vestíbulos, instalações sanitárias, arrumos e outros de funções similares.

25. Assim, a deliberação camarária que decidiu no sentido do deferimento do pedido de legalização da construção reclamada encontra–se ferida do vício de violação de Lei, por não se verificar, no caso em apreço, o cumprimento do disposto no supra referido art. 73º do RGEU.

26. É que, muito embora o art. 167º do RGEU confira às câmaras municipais o poder de decidir pela legalização de obra promovida clandestinamente, também impõe que para tal, a obra objecto dessa decisão satisfaça os requisitos legais e regulamentares de urbanização, de estética, de segurança e de salubridade

27. No caso em apreço, a obra não satisfazia os requisitos legais de salubridade.

28. Em resultado, e porque de deliberação ilegal se trata, deverá a mesma ser revogada nos termos e nos prazos previstos nos art. 77º, al. b), do Decreto–Lei nº 100/84, de 29 de Março e art. 141º do Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto–Lei nº 442/91, de 15 de Novembro.

29. Não posso, ainda, deixar de notar a inércia demonstrada pela Câmara Municipal a que V. Exa. preside em face do reiterado incumprimento, por parte do munícipe faltoso, das sucessivas notificações de que foi alvo, através das quais se impunha a adopção de medidas com vista ao cumprimento da legalidade.

30. Entendo que tal atitude não deverá ficar isenta de reparo.

É que comportamentos desta natureza inculcam nos munícipes a convicção generalizada de impunidade e de irresponsabilidade, o que será de evitar.

Ainda a este propósito, entendo dever recordar a V. Exa. que o princípio da subordinação da Administração à Lei comporta a necessidade de esta conformar a sua actuação com os quadros legais existentes, adoptando, com presteza, as medidas adequadas à reposição da legalidade e à prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legítimos dos cidadãos (art. 266º da Constituição da República Portuguesa e arts. 3º e 4º do Código do Procedimento Administrativo).

De acordo com o exposto

Recomendo

1. Seja revogado, com fundamento na sua invalidade, o acto administrativo que decidiu pela legalização da construção reclamada.

2- Doravante, e verificada a promoção de uma construção sem licença municipal, sejam, com a maior celeridade, praticados os actos necessários à reposição da legalidade

violada.

Não acatada por impossibilidade (prazo de revogação expirado);
Situação resolvida para o futuro.

Ao
Exmº Senhor
Presidente da Câmara Municipal do Porto

R-583/97
Rec. n.º 25/A/99
1999.04.21

I
Exposição de Motivos

§1º

1. Em queixa que me foi apresentada contesta-se a validade do acto de licenciamento municipal das obras de construção de um edifício sito na Rua Pero de Alenquer, nessa cidade, a que se reporta o projecto nº 473/94, com fundamento na inobservância das prescrições contidas no Regulamento do Plano Director Municipal do Porto quanto à cércea e volumetria autorizadas para a área em causa.

2. O desrespeito das prescrições regulamentares em vigor quanto a estes aspectos ocasionou uma acentuada desproporção entre as dimensões do edifício contestado e a cércea e volumetria dominantes na zona, apresentando-se questionável a respectiva inserção no conjunto arquitectónico local.

3. As informações prestadas pela Direcção Municipal de Planeamento e Gestão Urbanística dessa Câmara Municipal permitiram concluir ter sido a obra licenciada por não se considerar aplicável ao respectivo procedimento o Regulamento do Plano Director Municipal do Porto (in Diário da República, II série, nº 27, de 2/2/1993), uma vez encontrar-se a Câmara Municipal vinculada ao conteúdo da decisão de anterior pedido de viabilidade de construção.

4. Formulado um pedido de informação prévia, veio este a ser deferido em 28.12.1992. Em 6 de Janeiro de 1994, foi deduzido o pedido de licenciamento das obras, registado sob o nº 473/94, e instruído com a planta topográfica nº 348/93, fornecida à requerente em 21 de Maio de 1993.

5. O projecto foi indeferido em 24.02.1994, por não respeitar os alinhamentos definidos no pedido de informação prévia. Apresentada alteração tendente a colmatar a

discordância entre os projectos, o pedido de licenciamento foi novamente indeferido por despacho de 29.09.1994, do Exmo Vereador do Pelouro do Urbanismo e Reabilitação Urbana, por não respeitar os condicionamentos fixados pelo Regulamento do Plano Director Municipal do Porto quanto ao coeficiente de ocupação do solo. A volumetria projectada para o edifício resultava num coeficiente de 4,7 m^3 por m^2, apenas admitindo o citado instrumento de planeamento territorial o coeficiente máximo de ocupação de 2 m^3 por 1 m^2.

6. Inconformada com o novo indeferimento, a requerente solicita a reapreciação do pedido, com fundamento no carácter constitutivo de direitos da decisão favorável do pedido de informação prévia, objecto de posterior confirmação através do fornecimento da planta topográfica nº 348/93.

7. Com base em informação de 7 de Dezembro de 1994, da Divisão de Edificações Urbanas, o Exmo Vereador do Pelouro de Urbanismo e Reabilitação Urbana revoga em 29 de Dezembro de 1994, com fundamento em ilegalidade, o despacho de indeferimento proferido em 29 de Setembro do mesmo ano, deferindo o pedido de licenciamento.

8. Na citada informação da Divisão de Edificações Urbanas entende-se não ser aplicável à apreciação do projecto de obras as prescrições contidas no Regulamento do Plano Director Municipal do Porto, porquanto a Câmara Municipal se acharia vinculada ao conteúdo favorável de anterior decisão de pedido de informação prévia, certificado pela emissão da já referida planta topográfica.

§ 2º

9. Não posso, em face do regime jurídico atinente ao licenciamento municipal de obras particulares, aprovado pelo Decreto-Lei nº 445/91, de 20 de Novembro, perfilhar o citado entendimento, antes considerando que o mesmo deu lugar a um acto ilegal.

10. Nos termos do disposto no art. 12º, nº 3, do regime jurídico citado, a deliberação camarária que decida um pedido de informação prévia é constitutiva de direitos, o que significa que não pode ser invalidada por qualquer alteração legislativa superveniente impeditiva da pretensão urbanística sujeita a apreciação camarária. Não obstante, o direito a ser deferido o pedido de licenciamento das obras de construção caduca se não for apresentado pedido a tanto destinado no prazo de um ano a contar da data da comunicação ao requerente da deliberação que aprovou a informação prévia fa-

vorável (art. 13º do regime aprovado pelo Decreto-Lei nº 445/91, de 20 de Novembro).

11. Por outras palavras, o conteúdo da informação prévia perde o seu carácter vinculativo, se, no prazo de um ano, não for apresentado pedido de licenciamento. Caducando os efeitos da deliberação camarária , esta perde o seu carácter constitutivo de direitos, o que significa que qualquer alteração dos condicionamentos urbanísticos materiais susceptíveis de obstar ao aproveitamento urbanístico pretendido impõe o indeferimento do pedido de licenciamento (art. 63º, nº 1, do regime jurídico citado).

12. No caso em apreço, e como se refere de forma expressa na informação de 25.10.1994, do Director dos Serviços de Urbanização, a fls. 20 e 21 do processo camarário, o pedido de licenciamento deu entrada a 6 de Janeiro de 1994, "9 dias após o termo de validade da informação prévia".

13. Assim sendo, a Câmara Municipal do Porto não se achava vinculada na apreciação do projecto, ao conteúdo da decisão do pedido de viabilidade de construção, já caducado, mas antes, aos condicionamentos fixados no Regulamento do Plano Director Municipal do Porto, entretanto em vigor, e que não permitem o coeficiente de ocupação do solo pretendido.

14. Bem decidiu o Exmo Vereador do Pelouro de Urbanismo e Reabilitação Urbana em 29 de Setembro de 1994, ao indeferir com fundamento em violação do citado instrumento de planeamento territorial o pedido de licenciamento, pelo que o acto de revogação praticado em 29 de Dezembro do mesmo ano, violando as disposições de plano urbanístico vigente acarreta a nulidade da decisão, por força de quanto dispõe o art. 52º, nº 2, alínea b), do regime aprovado pelo Decreto-Lei nº 445/91, de 20 de Novembro, com a redacção conferida pelo Decreto-Lei nº 250/94, de 15 de Outubro.

15. Nem se diga, como se refere no ponto 16 da informação de 7.12.1994, que fundamentou o contestado acto de deferimento, que a tal conclusão obsta a emissão em 21.05.1993, da designada planta topográfica, que alegadamente confirma o conteúdo favorável da decisão do pedido de informação prévia.

16. Mesmo que se entenda que a emissão da planta topográfica prevendo a pretensão urbanística em questão é um acto confirmativo do deferimento do pedido de viabilidade de construção, e que por isso dá início a um novo prazo de um ano durante o qual é vinculativa a decisão camarária, sempre se dirá que o mesmo é inválido por contrariar o regulamento do Plano Director Municipal do Porto, entretanto em vigor.

17. Mesmo que se admita, o que não se concede, tratar-se de uma decisão confirmativa de um pedido de informação prévia relativamente ao licenciamento da cons-

trução, a conclusão não pode ser diversa. É aplicável a disciplina contida no citado art. 63º do regime aprovado pelo Decreto-Lei nº 445/91 aos pedidos de informação prévia, pelo que uma decisão favorável a um pedido desta natureza em desrespeito das disposições de plano urbanístico vigente acarreta, como acima referi, a nulidade da decisão (art. 52º, nº 2, alínea b), do mesmo diploma). O acto em questão é nulo, não produz quaisquer efeitos jurídicos, podendo a Câmara Municipal declarar a nulidade a todo o tempo (art. 134º do Código de Procedimento Administrativo).

18. Por este motivo, é nulo e de nenhum efeito o acto de emissão de planta topográfica que contempla uma pretensão urbanística inviabilizada por instrumento de planeamento territorial vigente, no caso, por inadmissibilidade regulamentar do coeficiente de ocupação do solo pretendido.

19. Mais se refira, não atribuir o regime procedimental relativo ao licenciamento municipal de obras particulares qualquer relevo jurídico à emissão da designada planta topográfica, pelo que não é lícito pretender que a mesma seja susceptível de criar expectativas jurídicas na requerente. A tal efeito, opõe-se, de forma clara, o princípio da legalidade administrativa (art. 3º, nº 1, do Código de Procedimento Administrativo).

20. Não se objecte às conclusões enunciadas com a circunstância de no processo "não constar qualquer comunicação à requerente, pelo que esta ainda hoje poderia sustentar, se quisesse, que nunca foi notificada do deferimento do pedido de informação prévia" (cfr. Informação da Divisão Municipal de Edificações Urbanas, de 14.04.1997). A ser assim, nunca a decisão teria sido eficaz, pelo que careceria de vinculatividade relativamente a futuro pedido de licenciamento.

21. O que aqui se encontra em causa não importa apenas para o estrito plano da legalidade urbanística. A disciplina contida no Plano Director Municipal do Porto deve ser aplicada por igual a todos os seus destinatários ou, de outro modo, criaria manifesta injustiça no tratamento dispensado aos munícipes.

II
Conclusões

De acordo com o exposto, no uso dos poderes que me são conferidos pelo art. 20º, nº 1, al. a), do Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei nº 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

1º Que seja declarada a nulidade do despacho de 29 de Dezembro de 1994, do Exmo Vereador do Pelouro de Urbanismo e Reabilitação Urbana que licenciou as obras contestadas, e em consequência, da licença de obras de construção nº 335/95, de 16 de Outubro de 1995 (art. 52º, nº 2, alínea b), do regime aprovado pelo Decreto-Lei nº 445/91, de 20 de Novembro, e art. 134º do Código do Procedimento Administrativo).

2º Por forma a serem satisfeitos os requisitos de urbanização que condicionam a legalização das obras, que seja notificado o dono da obra a demolir o edifício edificado a ponto de ser obtida conformidade com o índice máximo de ocupação do solo permitido pelo Regulamento do Plano Director Municipal do Porto (art. 167º, § 2º, do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, aprovado pelo Decreto-Lei nº 38.382, de 7 de Agosto de 1951, art. 58º, do regime aprovado pelo Decreto-Lei nº 445/91, de 20 de Novembro, e Decreto-Lei nº 92/95, de 9 de Maio)

Recomendação não acatada

Ao
Exmº Senhor
Presidente da Câmara Municipal da Nazaré

R-740/98
Rec. n.º 28/A/99
1999.04.21

I
Exposição de Motivos

Em queixa que me foi apresentada contestava-se a exigência por parte dessa Câmara Municipal do pagamento de uma taxa relativa ao registo e apreciação de requerimento de interesse particular.

No decurso da instrução do processo, concluiu-se que a liquidação e cobrança daquela receita se fundamenta em quanto dispõe o "Regulamento para cobrança de Taxas e Licenças e a Tabela de Taxas e Licenças", aprovados pela Assembleia Municipal da Nazaré, em 28/9/1990.

Questionado V. Exa. sobre os fundamentos legais da mencionada exigência, foi informado que a taxa desempenha um efeito moderador, "face à ligeireza do acto de

requerer gratuitamente", permitindo responder com maior celeridade ao solicitado por munícipes verdadeiramente interessados (cfr. Inf. Nº 41/TAX/152/98, de 11/05/1998).

A cobrança desta taxa no momento da apresentação do requerimento permite assegurar a incerteza inerente à decisão que recairá sobre o requerimento apresentado. "A partir do momento em que o requerimento após o registo de entrada e despacho inicial é entregue ao serviço, desenvolvem-se todas as tarefas necessárias à satisfação do que nele se pede, no desconhecimento se o documento final é ou não procurado pelo suposto interessado, e como tal, se o preço do serviço executado vai ou não ser pago".

Não posso, em face das regras legais aplicáveis, concordar com a citada exigência, a qual se vem a traduzir, pelos motivos a seguir enunciados, numa receita com finalidades não exclusivamente financeiras mas também de política administrativa, porquanto destinada a demover requerimentos com menor pertinência ou oportunidade.

Compete à Assembleia Municipal, sob proposta ou pedido de autorização da Câmara, estabelecer nos termos da Lei, taxas municipais e fixar os respectivos quantitativos (art. 39º, nº 2, alínea l), da Lei das Autarquias Locais). Para além deste dispositivo, apenas se encontra regulamentação atinente à matéria na Lei das Finanças Locais (Lei nº 42/98, de 6 de Agosto), que fixa os domínios em que as taxas podem ser criadas e estabelece limites a essa criação ou à fixação dos respectivos quantitativos.

Contam-se entre as receitas municipais o produto da cobrança de taxas por licenças concedidas pelo município e o produto da cobrança de taxas ou tarifas resultantes da prestação de serviços pelo município (art. 16º, alíneas c) e d), da Lei das Finanças Locais). São estes os únicos domínios em que os municípios podem lançar taxas, distinguindo-se no âmbito dos serviços prestados pelo município, as tarifas e os preços, que podem ser fixados pela câmara municipal como contrapartida das actividades municipais de abastecimento de água e drenagem de águas residuais, recolha de lixo e tratamento de esgotos e transportes urbanos colectivos e fornecimento de energia eléctrica (art. 20º, da Lei nº 42/98).

No domínio genérico dos serviços municipais que podem ocasionar o lançamento de taxas, o art. 19º da Lei das Finanças Locais procede a uma enumeração das actividades municipais que, proporcionando benefícios ou utilidades aos particulares, podem justificar o lançamento de uma taxa, por força de um serviço prestado. Entre estas conta-se a prestação de serviços ao público por parte das unidades orgânicas ou dos funcionários municipais (art. 19º, alínea d), do mencionado diploma).

Da mesma forma, a anterior Lei das Finanças Locais, diploma que habilitou a aprovação do regulamento ora contestado, dispunha que os municípios poderiam cobrar taxa pela prestação de serviços ao público por parte das repartições ou dos funcionários municipais (art. 11º, alínea d), da Lei nº 1/87, de 6 de Janeiro).

Esta taxa pretende, pela sua incidência, ser uma contrapartida de um certo benefício ou utilidade concreta extraída pelo munícipe de uma actividade de carácter procedimental levada a cabo pelo serviço público municipal. É, assim, uma prestação pressuposta por uma contraprestação pública específica, resultante de uma relação concreta, que pode ou não resultar em benefício para o particular, entre este e um serviço público [15].

Em princípio, o procedimento administrativo é gratuito, salvo na parte em que leis especiais impuserem o pagamento de taxas ou de despesas efectuadas pela Administração (art. 11º, nº 1, do Código do Procedimento Administrativo). Apenas sendo lícito às câmaras municipais cobrarem taxas pela prestação de serviços ao público, estes, no âmbito do procedimento, devem configurar-se como prestações específicas desenvolvidas pela Administração com vista à satisfação da pretensão apresentada, não como uma contrapartida da actividade procedimental em geral.

Está, pois, previsto o pagamento de taxas ou encargos procedimentais devidos por actos praticados pela Administração. A título exemplificativo refiram-se as taxas devidas pela emissão de autorizações e declarações, pela realização de peritagens e de averbamentos, pela realização de buscas nos livros, registos e arquivos, pela emissão de segundas vias de documentos, de certidões, atestados, fotocópias e pela reprodução de desenhos ou plantas.

Em todos estes casos, a Administração realiza em favor do particular uma actividade concreta, no âmbito de determinado procedimento administrativo, a qual se corporiza em actos destacáveis, por regra sujeitos a um regime específico. São prestações que se distinguem da actividade procedimental de análise, instrução do processo e prolação de uma decisão, a qual constitui a essência da actividade administrativa de carácter gracioso.

Encontra-se esta actividade sujeita à disciplina jurídica contida nos arts 74º a 113º do Código do Procedimento Administrativo, em cuja sequência é facilmente per-

ceptível a diferença entre o plano da actividade procedimental em sentido estrito e todos os outros actos que se enxertam no procedimento e que se consubstanciam em serviços de carácter específico e particular, impostos por aquela pretensão em concreto e levados a cabo em benefício do particular, ainda que a decisão final não lhe seja favorável.

Em face do que antecede, será de concluir que não pode ser cobrada uma taxa por aquilo que constitui a essência da actividade administrativa. A Administração Pública encontra-se obrigada a decidir quanto lhe seja sujeito a apreciação pelos particulares (art. 9º, do Código do Procedimento Administrativo), pelo que ao apreciar um requerimento a câmara municipal não se encontra a prestar uma utilidade particular, antes a cumprir um dever. Apresentado um requerimento, a Administração encontra-se constituída na obrigação de verificar se àquela pretensão corresponde o dever de decidir e, se assim suceder, a decidir efectivamente, não sendo possível que a apreciação, pronúncia ou decisão sobre os assuntos da sua competência dê origem ao pagamento de taxas, que mais não seriam que formas de financiamento dos encargos gerais de manutenção e funcionamento dos serviços administrativos.

Admitir que se possam cobrar taxas pela apreciação e decisão de pedidos formulados pelos particulares, prescindindo de uma qualquer contraprestação específica ou de uma utilidade concreta, equivaleria a subsidiar, de uma forma genérica, o funcionamento da Administração Pública, em moldes equivalentes ao financiamento público por via fiscal.

Mais se diga quanto ao fundamento da taxa contestada radicar na actividade de registo do requerimento. O registo da apresentação ou de entrada de requerimentos constitui uma formalidade obrigatória no momento da recepção do documento (art. 80º do Código do Procedimento Administrativo), não podendo dar origem ao pagamento de uma taxa.

O registo do requerimento realiza-se para garantia de prova da entrada do suporte material da pretensão nos serviços camarários. É uma operação realizada no interesse da Câmara Municipal, pois é esta, e os seus serviços, em especial, que devem zelar pelo não extravio e pela regular sequência do requerimento. Mal se compreende que seja o munícipe a ter de suportar os custos da organização funcional dos serviços públi-

[15] V., por todos, quanto ao conceito de taxa, J.J. TEIXEIRA RIBEIRO, *"Noção jurídica de Taxa"*, Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 117º, nº 3727, e o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 10/2/1983, Acórdãos Doutrinais, nº 257.

cos.

No caso presente, o registo e a apreciação de requerimento particular não configuram a prestação de um serviço ao público susceptível de justificar a imposição e cobrança de uma taxa municipal, ao abrigo do já mencionado art. 19º, alínea d), da Lei das Finanças Locais.

Acompanhando ROBIN DE ANDRADE[16], refira-se que são aceites de forma unânime pela doutrina e jurisprudência nacionais como elementos definidores do conceito de taxa, a utilidade ou benefício concreto, de que a taxa é contrapartida, proporcionado em termos individualizados, pela entidade pública que lança a taxa. A falta de qualquer um destes elementos, significa que estamos perante um imposto, que apenas por Lei pode ser criado.

Em face da definição consensual de taxa como "o preço autoritariamente estabelecido, pago pela utilização individual de bens semipúblicos, tendo a sua contrapartida numa actividade do Estado ou de outro ente público, especialmente dirigida ao obrigado ao pagamento"[17], ter-se-á que reconhecer que a sinalagmaticidade que subjaz ao conceito de taxa não se contenta com uma qualquer contraprestação por parte do ente público. A despeito dos benefícios ou desvantagens em que esta se traduza, a prestação pública terá que apresentar uma natureza material, traduzida na identificação na esfera do cidadão da utilização de um bem semipúblico"[18].

Ora, qual é o bem semipúblico ou, em sentido amplo, o serviço público de carácter individualizado que o município presta ao particular ao proceder à entrada e apreciação de um requerimento? Não se divisa, de facto, que o particular accione mais que a actividade administrativa de carácter genérico que satisfaz necessidades colectivas.

Apreciado o requerimento, o particular terá que suportar o pagamento das taxas que a sua pretensão suscitar. Assim, tratando-se de um pedido de busca nos registos camarários ou de emissão de certidões, serão lançadas e liquidadas as taxas correspondentes, em virtude da concreta actividade desempenhada, a qual satisfaz, em simultâneo

---

16 *"Taxas municipais – Limites à sua fixação"*, Revista Jurídica do Urbanismo e Ambiente, nº 8, Dezembro de 1997, pp. 66 e 67.

17 Acórdão do STA cit.

18 J. J. TEIXEIRA RIBEIRO, ob. cit., p. 289, e PAULO PITTA E CUNHA, JOSÉ XAVIER DE BASTO E ANTÓNIO LOBO XAVIER, *"Os conceitos de taxa e imposto a propósito de licenças municipais"*, Fisco, nº 51/52, Fev/Mar, 1993, p. 6.

a necessidade individual do particular e as necessidades colectivas de manutenção e conservação dos registos administrativos e de certificação de documentos.

Não se descortina, assim, que outra actividade seja desenvolvida que não se encontre consumida pelas quantias exigidas pela prestação daqueles serviços. E não objecte a Câmara Municipal da Nazaré que a taxa por registo e apreciação de documento particular se destina a salvaguardar financeiramente o Município nos casos em que os particulares não levantem os elementos solicitados. Outra solução não se antevê para estes casos se não cobrar no início do procedimento a taxa respectiva, nunca, porém, criar uma taxa com uma finalidade exclusivamente financeira, cuja receita que lhe está associada não corresponde a qualquer custo individualizável de uma actividade ou serviço empreendido pela administração camarária.

A ser assim, estamos perante um imposto, com finalidades extrafiscais, destinado a regular o acesso aos serviços camarários, através do aumento do custo da utilização respectiva, cuja criação é interdita às assembleias municipais, porquanto se encontra reservada a acto legislativo parlamentar, ou do Governo, precedido de autorização. Trata-se, ao fim e ao cabo, de uma taxa por activação de serviços camarários.

Por tudo o que antecede, não posso deixar de assinalar a ilegalidade de que padece o preceito regulamentar em que se funda a exigência, a título de taxa, de uma quantia por registo e apreciação de requerimentos apresentados pelos particulares, pelo que me cumpre exortar V. Exa. a fazer cessar tal situação.

II
Conclusões

De acordo com o exposto, no uso dos poderes que me são conferidos pelo art. 20º, nº 1, al. a), do Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei nº 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

Que seja proposta à Assembleia Municipal da Nazaré a alteração do "Regulamento para cobrança de Taxas e Licenças e a Tabela de Taxas e Licenças", aprovado em 28/9/1990, com vista à eliminação do preceito regulamentar que prevê a cobrança de taxa por registo e apreciação de requerimento particular.

Recomendação acatada

Ao
Exmo Senhor
Governador Civil do Distrito de Lisboa

R-3091/98
Rec. n.º 36/A/99
1999.05.10

I
Exposição de Motivos

Pedida a intervenção deste Órgão do Estado a respeito de situação de poluição sonora associada aos espectáculos promovidos pela Junta do Turismo da Costa do Estoril, no recinto da Feira Internacional de Artesanato da Costa do Estoril, passo a expor a V.Exa. os factos que apurei em resultado da instrução desencadeada junto das autoridades administrativa e policial.

1. A Feira Internacional de Artesanato da Costa do Estoril realiza-se anualmente, nos meses de Julho e de Agosto, com promoção de espectáculos musicais em recinto licenciado pela Câmara Municipal de Cascais.

Tais eventos têm lugar diariamente, ao ar livre, habitualmente à noite, com a duração de 1h 30m a 2h 00m, sendo os espectáculos executados por bandas e conjuntos musicais e, ainda, por ranchos folclóricos.

2. No ano de 1995 foi interdita, por despacho do Exmo Governador Civil do Distrito de Lisboa, a realização de espectáculos no recinto da Feira, por ter sido apurado que as exibições levadas a cabo não se conformavam com os parâmetros legalmente prescritos em matéria de emissões ruidosas (cfr. art. 14º do Regulamento Geral sobre o Ruído, aprovado pelo Decreto-Lei nº 251/74 de 24 de Junho).

3. Em 28 de Agosto de 1997 foi realizada acção de fiscalização do cumprimento do Regulamento Geral sobre o Ruído, na habitação de queixoso, entre as 21 horas e as 23 h45m, sita na Av. Portugal, nº ..., nas imediações da feira, tendo as medições acústicas logrado concluir pela preterição dos limites fixados pelo art. 14º do citado diploma.

No juízo formulado pelo técnico que subscreveu o respectivo relatório a situação é caracterizada como "situação grave, que afecta o bem-estar dos moradores que se inserem na vizinhança da FIARTIL, pelo que se considera que deverão ser tomadas medidas tendo em vista encontrar uma solução de modo a serem respeitadas as disposições constantes na legislação sobre esta matéria".

4. No ano de 1998 a Junta de Turismo da Costa de Estoril dirigiu ao Governo

Civil do Distrito de Lisboa pedido tendo por objecto a realização de tais espectáculos de Domingo a Quinta-Feira, no período nocturno, até às 23 horas, tendo sido denegada a autorização, nos termos de fundamentação que se enuncia:

> "Seria violado o disposto no Regulamento Geral sobre o Ruído e no Anexo ao Decreto-Lei nº 316/95, de 28 de Novembro, uma vez que se trata de actividades ruidosas, junto a habitações, ultrapassando os limites legais definidos entre o ruído perturbador e o ruído de fundo, as quais deverão ser suspensas entre as 22 horas e as 8 horas de Domingo a Quinta-Feira.
>
> Por fim e mais importante para afastar a competência do Governador Civil na matéria, é o facto de o recinto estar licenciado pela Câmara Municipal de Cascais e, portanto, nos termos do nº 1 do art. 27º do Decreto-Lei nº 316/95, de 28 de Novembro, não lhe caber licenciar os divertimentos ai realizados ao ar livre, nem em consequência, fiscalizar o cumprimento dos horários e níveis sonoros, cabendo, assim, àquela autarquia como entidade licenciadora intervir no processo, já que só ela poderá impor as condições que considere adequadas ao cumprimento do Regulamento Geral sobre o Ruído"(cfr. ofício nº 7032, de 26/6/1998).

5. Veio o pedido em causa a ser deferido pela Câmara Municipal de Cascais, por despacho de 30 de Junho de 1998, da Exma. Vereadora…, cujo teor se reproduz:

> "Atendendo a que já foram tomadas medidas com vista à minimização do impacto sonoro, nomeadamente pela instalação do equipamento envolvente do palco (recomendado pelo Instituto de Soldadura e Qualidade no seu Relatório de Controlo de Ruído de 27.4.98) e do compromisso assumido pela JTCE de que os níveis legais de ruído sonoro serão respeitados, autorizo, no âmbito dos meus poderes delegados e ao abrigo do art. 27º, nº 1, do Decreto-Lei nº 316/95, a realização de espectáculos durante a Feira do Artesanato de 1998, até às 23 horas de Domingo a Quinta".

6. Foram realizadas medições acústicas em 7 de Julho p.p. e em 31 de Julho p.p., sem que tenha sido apurada a prática de infracção ao disposto no art. 21º do Regulamento Geral sobre o Ruído.

6.1. No relato da acção de fiscalização promovida em 7 de Julho, é apontado que "a situação que origina maiores reclamações é a de espectáculos com música ao vivo, os quais não foi possível medir por não estar nenhum programado para as primei-

ras semanas de feira. Assim foi analisada a situação com música de espectáculo de rancho, a qual é inferior à de música ao vivo.

Esta medição não constitui uma avaliação rigorosa nem final da situação acústica, já que estão a decorrer diversas intervenções com vista à minimização do ruído proveniente da feira. Essas intervenções foram definidas no âmbito de um estudo para controlo do ruído no local e consistem principalmente na instalação de barreiras acústicas junto aos amplificadores sonoros, cobertura acústica na zona do palco e reposicionamento de amplificadores. Nesta fase apenas se encontram instaladas as barreiras laterais.

Assim, o presente ensaio deve ser repetido logo que se considerem concluídas as intervenções preconizadas, o que se prevê ocorra antes do fim do corrente mês."

6.2. O ensaio levado a cabo pelo Instituto de Soldadura e Qualidade, em 31 de Julho, destinou-se a analisar o acréscimo de ruído traduzido pela ocorrência dos espectáculos com música ao vivo, tendo tido lugar entre as 21h 45m e as 23 horas, período de exibição do fadista António Pinto Basto, sendo de relevar algumas das considerações tecidas na parte conclusiva do relatório:

> "O facto de o ruído medido com música ao vivo se encontrar sobre os limites admissíveis (9.7 dB (A) em 10), e dado que a fonte em causa não é estacionária (mesmo dentro dos espectáculos de música ao vivo o ruído pode variar alguns dB) leva a prever a possibilidade de com outros espectáculos ligeiros acréscimos de ruído originem diferenças superiores a 10 dB(A), remetendo já para uma situação acústica acima dos limites admissíveis.
>
> O facto de o espectáculo durar apenas 1 hora e trinta minutos obriga a correcções acústicas que conduzem a reduções de ruído significativas, pelo que se os espectáculos tiverem duração superior essas reduções serão menores, podendo remeter novamente para situação de ruído acima dos limites admissíveis".

6.3. Preconizaram os técnicos acústicos, em 19 de Agosto de 1998, data de emissão do citado relatório, o aumento da barreira acústica lateral e a redução do palco de forma a posicionar os amplificadores em local acusticamente isolado relativamente à propagação sonora. Do mesmo passo, foi apontada a necessidade de serem realizadas novas medições, após a execução daquelas obras, a fim de obter a caracterização da situação acústica final.

II
Apreciação

1. Não posso deixar de discordar com o entendimento manifestado pela Câmara Municipal de Cascais ao comunicar-me que o licenciamento obedeceu ao disposto no Regulamento Geral sobre o Ruído.

1.1. O licenciamento dos espectáculos foi concedido sem a prévia verificação da eficácia das medidas paliativas adoptadas, sendo que, nos meses de Julho e de Agosto do ano transacto me foram dirigidas diversas queixas denotando a subsistência de forte incomodidade sonora.

1.2. Conquanto haja a Câmara Municipal de Cascais informado terem sido executadas novas acções de caracterização do ruído perturbador, as quais acusaram valores regulamentares, nomeadamente em 7 de Julho de 1998 e em 31 de Julho de 1998, não posso deixar de observar não ter sido suficientemente acautelada a preservação da tranquilidade e do sossego dos moradores.

1.3. Os resultados dos ensaios acústicos efectuados em 7 de Julho apenas são válidos para a situação caracterizada, a qual não se confunde com a que motivou as queixas apresentadas.

1.4. Quanto às conclusões das medições subsequentes, devo notar que o fado, de entre os espectáculos musicais, não atinge particular intensidade na sua expressão sonora, o que me leva a crer que outras exibições, com utilização de outros instrumentos musicais, originam situações de incomodidade, tendo presente os critérios estabelecidos pelo legislador.

Acresce que a feira encerrou alguns dias após a elaboração do relatório do exame acústico, o que, tendo em conta o disposto supra (ponto 6.3.), e a circunstância de não me ter sido facultado conhecimento de ulterior acção de fiscalização, me induz a concluir não terem sido cumpridos os condicionalismos fixados no acto de licenciamento.

1.5. O compromisso assumido pela Junta de Turismo não terá, pois, sido respeitado.

2. À ordem da consideração exposta, a qual radica, fundamentalmente, na inobservância dos pertinentes parâmetros acústicos, acresce o incumprimento das restrições horárias aplicáveis às actividades ruidosas nas imediações de habitações.

2.1. O art. 20º do Regulamento Geral sobre o Ruído, integrado no capítulo re-

lativo às actividades ruidosas, definia, na sua versão inicial, os requisitos a observar no licenciamento dos locais destinados a espectáculos, diversões e outras actividades ruidosas. Por outro lado, a realização de espectáculos ao ar livre, em tendas ou instalações provisórias, fixas ou móveis, deveria, nos termos do artigo 21º, obedecer ao disposto no artigo 20º.

O Decreto-Lei nº 292/89, de 2 de Setembro, veio alterar a redacção, entre outros, dos artigos 20º e 21º, deixando inalterado o limite de 10 dB (A) como *"diferença entre o valor do nível sonoro contínuo equivalente, corrigido do ruído proveniente dos locais em questão, e o valor do nível sonoro do ruído de fundo, que é excedido num período de referência , em 95% da duração deste (L95) "*.

Não obstante, a nova redacção do nº 2 do artigo 20º introduziu uma presunção nos termos da qual a licença ou a imposição de condicionalismos para a realização de espectáculos, diversões ou quaisquer actividades ruidosas se presume concedida sob condição de respeito por aquele limite.

2.2. O artigo 21º, dispondo, como na anterior redacção, sobre espectáculos nas proximidades de edifícios de habitação, escolares, hospitalares ou similares e de estabelecimentos hoteleiros e meios complementares de alojamento, alargou, no entanto, a natureza dos seus condicionamentos. Nestes termos, só deve ser autorizada a realização de tais espectáculos quando se mostre assegurado o cumprimento dos seguintes requisitos:

Seja respeitado o limite sonoro máximo de 10 dB (A);

Ocorra a sua suspensão entre as 22,00 e as 8,00 horas do dia seguinte, de domingo a quinta-feira; entre as 24,00 e as 8,00 horas do dia seguinte, à sexta-feira, ao sábado e nas vésperas de dias feriados.

2.3. Excepcionalmente, pode ser autorizado, pelo Governador Civil, o funcionamento ou o exercício contínuo dos espectáculos ou das actividades ruidosas, por ocasião dos festejos tradicionais das localidades, salvo se na proximidade de edifícios hospitalares ou similares.

A competência para a concessão da autorização é confiada, em exclusivo, à autoridade policial.

2.4. O nº 3 do art. 20º - a que correspondia o anterior nº 2 – determina que incumbe às entidades competentes para o licenciamento ou autorização, ouvidas as entidades fiscalizadoras, a imposição, expressamente e a título excepcional, dos condicionalismos tendentes ao cumprimento das imposições do Regulamento Geral sobre o

Ruído.

2.5. A competência de fiscalização encontra-se atribuída às autoridades policiais, às entidades com superintendência técnica em cada sector e ao director regional do ambiente da comissão de coordenação regional respectiva (cfr. art. 33º do citado Regulamento, na redacção actual).

2.6. O nº 3 do art. 21º - totalmente inovador em relação à redacção originária do Decreto-Lei nº 251/87 – impõe a suspensão imediata, pela intervenção da autoridade policial, oficiosamente ou a pedido de qualquer interessado, dos espectáculos ou das actividades que produzam ruído a níveis superiores a 10 dB (A), ou dos que se realizem entre as 22,00 e as 8,00 horas, nos domingos, segundas-feiras, terças-feiras, quartas-feiras e quintas-feiras, ou depois das 24,00, às sextas-feiras, sábados e vésperas dos dias feriados.

2.7. Há-de a Câmara Municipal, em consonância com o regime previsto no art. 20º, nº3, proceder à audição do Governador Civil competente, no âmbito do licenciamento de espectáculos em recintos.

3. Devo lembrar a V.Exa. que as disposições que estabelecem restrições horárias ao exercício de actividades ruidosas, são normas subtraídas à discricionaridade administrativa, de aplicação imediata e independente de eventuais reclamações.

4. Com efeito, aquelas normas visam, na sua génese, a ordem e a segurança públicas, cabendo a V.Exa., no exercício das funções de polícia que lhe estão cometidas, tomar as providências necessárias à sua salvaguarda.

O facto de competir à Câmara Municipal o licenciamento do recinto, em nada prejudica a aplicação do regime apreciado, nem, tão pouco, o exercício da competência fiscalizadora pela autoridade policial.

5. O Regulamento Geral sobre o Ruído aplica-se ao exercício dos espectáculos, independentemente de os mesmos serem exibidos em recinto ou noutro local.

As motivações que subjazem ao regime estabelecido prendem-se com os especiais riscos que tais actividades, em função das suas características e da respectiva localização geográfica, acarretam para a preservação da tranquilidade. Mostra-se difícil assegurar a prévia contenção dos níveis sonoros emitidos por diversos espectáculos programados, em ordem à sua conformação com os parâmetros acústicos. Isto, seja por força da diversidade da natureza dos espectáculos, e dos instrumentos musicais utilizados, seja por motivo da variação dos níveis sonoros emitidos durante o período de exi-

bição de cada espectáculo, individualmente considerado.

6. A interpretação perfilhada pela Câmara Municipal de Cascais ao afastar a aplicação, em sede de licenciamento de recinto, das restrições horárias assinaladas, compromete ainda a estrita observância do princípio da igualdade, o qual impõe que a situações materialmente idênticas seja dispensado idêntico tratamento.

7. Devo, pois então, concluir que, sem prejuízo da competência atribuída à Câmara Municipal no que tange ao licenciamento do recinto, não pode o Governo Civil alhear-se da questão, porquanto lhe incumbe assegurar o respeito pelas limitações fixadas à promoção dos espectáculos, devendo, nessa medida, pronunciar-se sobre o pedido de licenciamento formulado, e, em sede de fiscalização, determinar a suspensão das exibições musicais que não se conformem com os condicionalismos apontados.

A não actuação do Governo Civil pode implicar a renúncia ao exercício dos poderes de fiscalização de que dispõe, e compromete a regular prossecução do interesse na preservação da tranquilidade pública.

A irrenunciabilidade, seja por forma expressa, seja por forma tácita, à titularidade e ao exercício da competência constitui corolário do princípio da legalidade da competência. Acresce que a competência é imodificável, não podendo a Administração alterar o conteúdo ou a repartição da competência estabelecidas por Lei[19].

8. Por fim, devo chamar a atenção de V.Exa. para a circunstância de determinados espectáculos ruidosos implicarem a realização de outras actividades (igualmente ruidosas) mas não licenciáveis. É o caso da montagem e desmontagem de palcos e instalações de amplificação de som.

As licenças concedidas (para os espectáculos) devem tomar em consideração este condicionalismo por forma a que o limite horário estipulado respeite a todas as acções, principais e instrumentais, relacionadas com a actividade licenciada.

[19] Vd. DIOGO FREITAS DO AMARAL, Curso de Direito Administrativo, Vol. I, 2ª edição, Lisboa, 1987, p.610.

III
Conclusão

De acordo com a motivação exposta,

Recomendo

a V.Exa. que se digne rever a posição assumida, expressa no ofício nº 7032, de 23/6/1998, e encete diligências por forma a assegurar a estrita observância dos condicionalismos previstos no art. 21º do Regulamento Geral sobre o Ruído, aprovado pelo Decreto-Lei nº 251/87, de 24 de Junho, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei nº 292/89, de 2 de Setembro.

Recomendação sem resposta.
Situação resolvida por intervenção da Câmara Municipal de Cascais.

À
Exm.ª Senhora
Presidente da Câmara Municipal de Sintra

R-4943/96
Rec. n.º 44/A/99
1999.05.26

I
Exposição de Motivos

A
Da Situação Reclamada

1. A Associação de Proprietários de… solicitou a intervenção deste Órgão do Estado, invocando, fundamentalmente, a violação do dever legal de actuar, por parte da Câmara Municipal de Sintra, no âmbito da legalização da área de construção clandestina de Vale dos Cavaquinhos ou dos Castanheiros.

2. Alegou a reclamante que, após a Câmara Municipal de Sintra ter aprovado o plano para legalização da área de construção clandestina em causa, ao abrigo do Decreto-Lei nº 804/76, de 6 de Novembro, a referida Associação iniciou a execução das obras de urbanização projectadas.

3. O plano de legalização estabelecia, além das obras de urbanização a exe-

cutar, as comparticipações a assumir pelos proprietários e possuidores dos terrenos e construções existentes na área de construção clandestina, nas despesas com as obras de instalação ou melhoria de infra-estruturas e com equipamentos sociais.

4. Acontece que alguns proprietários e possuidores não procederam ao pagamento das respectivas comparticipações, o que impede a reclamante de continuar a execução das obras de infra-estruturas e de cumprir os compromissos assumidos com o empreiteiro que contratou para o efeito.

5. Na realidade, a Câmara Municipal de Sintra informou que as obras de infra-estruturação iniciadas pela Associação de Proprietários se encontram suspensas, assistindo-se à degradação de parte dos trabalhos já realizados.

6. A este propósito, encontra-se pendente, no Tribunal Administrativo do Círculo de Lisboa, uma acção para reconhecimento de direito, intentada pela reclamante contra a Câmara Municipal de Sintra, com vista à tutela dos direitos invocados na reclamação que me foi dirigida.

7. A posição assumida pela Câmara Municipal de Sintra, quer no citado processo judicial, quer nos esclarecimentos prestados à Provedoria de Justiça, pelo ofício nº 24361, é a de que, não sendo a autarquia parte na relação jurídica estabelecida entre a Associação de Proprietários e os proprietários ou possuidores de lotes ou construções daquela área de construção clandestina, só àquela Associação cabe tomar as providências adequadas para garantir o pagamento das quantias em dívida.

8. Em suma, na perspectiva da Câmara Municipal de Sintra apenas lhe compete custear cerca de 30% do valor global das obras de urbanização, conforme compromisso que assumiu. Tendo cumprido esta obrigação, não tem, nos termos da lei, que adoptar qualquer outra actuação no sentido da reconversão daquela área de construção clandestina.

9. Impõe-se, assim, analisar se, em face da descrita situação, estão cometidos poderes à Câmara Municipal de Sintra que devam ser por esta actuados com vista à conclusão do processo de legalização da área de construção clandestina em causa.

B
Do Direito

10. A análise jurídica dos poderes em que está investida a Câmara Municipal de Sintra, no âmbito da reconversão do Bairro do Vale de Cavaquinhos, impõe que se apure, antes de mais, o regime jurídico aplicável, considerando a sucessão no tempo das

disciplinas previstas no Decreto-Lei nº 804/76, de 6 de Novembro, e na Lei nº 91/95, de 2 de Setembro.

11.A reconversão da área de construção clandestina em causa iniciou-se na vigência do Decreto-Lei nº 804/76, de 6 de Novembro. Desta forma, atento que o processo já se encontrava pendente à data da entrada em vigor da Lei nº 91/95, este diploma só seria aplicável ao caso sub judice a requerimento dos interessados, o que não teve lugar.

12. Informou V. Exa. que não havia sido localizado qualquer requerimento apresentado pelos interessados, ao abrigo do art. 55º, nº 1, da Lei nº 91/95, de 2 de Setembro.

13. Assim, o processo de reconversão ora em análise, porque iniciado à luz do regime definido pelo Decreto-Lei nº 804/76, mantém-se subordinado à disciplina fixada por este diploma.

14. Esta questão torna-se tão mais relevante quanto foi informado pela Câmara Municipal de Sintra que havia sido deliberada a delimitação de uma área urbana de génese ilegal, ao abrigo do art. 1º da Lei nº 91/95, de 2 de Setembro (a qual terá sido publicitada pelo Edital nº 146/96, de 26 de Março).

15. Importa salientar, ainda, que, à luz do exposto, a Câmara Municipal de Sintra não pode lançar mão dos meios colocados ao seu dispor pelo art. 3º, nº 5 da Lei nº 91/95, face a situações de falta de cumprimento do dever de reconversão, designadamente a faculdade de suspensão da ligação à rede de infra-estruturas já em funcionamento e que sirvam os proprietários relapsos, como parece que chegou a ser ponderado pelos serviços municipais.

16. Uma vez apurado o regime jurídico aplicável, cumpre apreciar se a actuação da Câmara Municipal de Sintra ao longo do processo de legalização do Vale dos Cavaquinhos se conformou, efectivamente, com as pertinentes normas legais.

17. Com vista à legalização da área de construção clandestina em causa, a Câmara Municipal de Sintra aprovou o designado "Plano de Pormenor e Loteamento do Bairro Clandestino de Vale de Cavaquinhos", nas suas diferentes fases - levantamento da situação existente, proposta de ordenamento e fase de execução -, as quais foram objecto, respectivamente, da deliberação de 07.03.91 e das deliberações publicitadas pelo Edital nº 58/92, de 9 de Março de 1992 e Edital nº 417/93, de 29 de Dezembro de 1993.

18. Pelos citados Editais a Câmara Municipal de Sintra pretendia obter a concordância dos proprietários e possuidores dos terrenos e construções abrangidos pelo projecto quanto ao reordenamento dos lotes e às comparticipações devidas nas despesas com a instalação ou melhoria das infra-estruturas e equipamento social, nos termos previstos no art. 9º do Decreto-Lei nº 804/76, como resulta do seu próprio teor.

19. Com efeito, após elaboração do projecto de legalização de uma área de construção clandestina, as Câmaras Municipais devem procurar o acordo dos interessados, por força do disposto no citado art. 9º do Decreto-Lei nº 804/76.

20. Só na hipótese de ser obtido o acordo de parte significativa dos interessados, poderá prosseguir o processo de legalização, prevendo-se, no art. 10º, nº 1 do Decreto-Lei nº 804/76, que serão expropriados os terrenos e construções dos proprietários ou possuidores que não tenham dado a sua concordância.

21. Nos termos do mesmo preceito, e por remissão deste para o Capítulo V da Lei dos Solos, aprovada pelo Decreto-Lei nº 794/76, de 5 de Novembro, o processo de legalização prossegue com a constituição de uma Associação entre a Administração e os proprietários e possuidores que tenham concordado com o projecto de legalização.

22. A referida Associação é constituída por auto lavrado pelo notário ou chefe de secretaria da Câmara Municipal e tem por finalidade a realização dos trabalhos de urbanização projectados e a partilha entre os associados dos lotes ou do produto da cedência desses lotes (cfr. artºs. 24º, nº 3 e 25º da Lei dos Solos).

23. A constituição da referida associação confere à Administração o direito de realizar os trabalhos de urbanização projectados, de proceder ao loteamento e à partilha entre os associados, na proporção das suas participações, dos lotes ou do produto da cedência dos lotes (cfr. art. 25º, nº 1 da Lei dos Solos).

24. Aliás, a constituição e funcionamento das associações a que se refere o Capítulo V da Lei dos Solos veio a ser regulamentada pelo Decreto nº 15/77, de 18 de Fevereiro, no qual se estabelece, expressamente, que as mesmas associações não têm personalidade jurídica e que será a Administração a assumir a direcção e execução das operações urbanísticas (cfr. art. 4º, 8º e 9º do Decreto nº 15/77).

25. A Administração participa na associação com o valor dos imóveis que possua na área e com o capital que invista nas infra-estruturas urbanísticas, participando os interessados com o valor dos respectivos imóveis e direitos a eles inerentes (cfr. art. 24º, nºs. 1 e 2 da Lei dos Solos).

26. De acordo com o regime em análise, cabe exclusivamente à Administração

a gestão do empreendimento e a execução das operações urbanísticas. Para o efeito, a propriedade de todos os imóveis abrangidos é transferida para a Administração, a qual pode deles dispor para os fins da associação, mediante uma retribuição proporcional ao preço da construção e das infra-estruturas (cfr. artigos 6º a 9º do Decreto nº 15/77, de 18 de Fevereiro).

27. Ora, no processo de legalização da área de construção clandestina do Bairro dos Cavaquinhos não foi observado o regime legal supra descrito.

28. Na verdade, a Câmara Municipal de Sintra não promoveu a constituição de uma associação com os particulares e nem sequer assumiu a direcção das operações urbanísticas, nos termos a que estava obrigada por força das citadas disposições legais.

29. Pelo contrário, a Câmara Municipal de Sintra sempre atribuiu à Associação de Proprietários do ... o dever de realizar as tarefas inerentes à legalização, nos termos e de acordo com as deliberações dos órgãos autárquicos.

30. Esta situação evidenciou-se ao longo de todo o processo de legalização em análise. Assim, na sequência de pedido apresentado pela Associação de Proprietários de ..., a autarquia determinou que os proprietários de terrenos na área de construção clandestina fizessem prova da sua qualidade perante a mesma Associação de Proprietários e Moradores (Edital nº 33/90, de 14 de Fevereiro).

31. Acresce que a Câmara Municipal de Sintra exigiu que os proprietários procedessem ao pagamento de determinadas quantias, a título de despesas de legalização, à respectiva Associação de Proprietários e Moradores. Exigência que foi acompanhada, as mais das vezes, da ameaça de aplicação por parte da autarquia do regime previsto no art. 10º, nº 1, da Lei dos Solos, ou seja, de expropriação dos proprietários que não dessem o seu acordo ao projecto de legalização (cfr. Edital da Câmara Municipal de Sintra nº 160/90, de 22 de Agosto).

32. Neste contexto, recorde-se que o projecto de legalização foi objecto de aprovação, nas suas diversas fases, por parte dos órgãos municipais, o que também se verificou relativamente à decisão da Associação de Proprietários de adjudicação das obras.

33. Assim, a Câmara Municipal de Sintra não só se eximiu ao exercício das competências em que estava legalmente investida, como determinou que as operações inerentes à reconversão fossem levadas a cabo por uma entidade privada - a Associação de Proprietários de... -, impondo aos proprietários de terrenos ou construções da área

abrangida, o pagamento à associação de determinadas quantias a título de despesas de legalização.

34. Sem deixar de ter em consideração as dificuldades com se defronta um município como o de Sintra, em cuja área se situam múltiplas áreas de construção clandestina, cuja legalização envolve a utilização de avultados meios e a realização de vultuosos investimentos, a actuação da Câmara Municipal de Sintra no âmbito da legalização do Bairro do Vale dos Cavaquinhos não pode deixar de merecer censura à luz do parâmetro legal.

35. Em face do que ficou dito, não é aceitável que a Câmara Municipal de Sintra invoque, actualmente, que não é parte na relação jurídica constituída entre a Associação de Proprietários de... e os proprietários de terrenos ou construções da área de construção clandestina e que, face à existência de proprietários relapsos e consequente suspensão das obras em curso, não lhe cabe tomar quaisquer medidas com vista à conclusão das obras de urbanização e do processo de legalização daquele Bairro.

36. A recusa por parte dessa Câmara Municipal em adoptar medidas com vista à conclusão do processo de legalização, além de desconforme com as normas legais aplicáveis, revelar-se-ia lesiva do princípio da protecção da confiança, já que frustraria as expectativas criadas em todos os que, ao abrigo de deliberações dos órgãos camarários, procederam ao pagamento das quantias investidas nos trabalhos de urbanização agora suspensos e em degradação.

37. Impõe-se, pois, que a Câmara Municipal de Sintra assuma a direcção do empreendimento, nos termos, aliás, em que o devia ter feito desde o início do processo de legalização, e execute os trabalhos de urbanização ainda por concluir.

38. Para a execução destes trabalhos, a lei determina que a Câmara Municipal de Sintra deve constituir uma Associação com os particulares, nos termos que já referi, e na qual poderão participar todos os proprietários que manifestem o seu acordo com o projecto de legalização, sob pena de expropriação, ao abrigo do art. 10º, nº 1, do Decreto-Lei nº 804/76, de 6 de Novembro.

39. Devo salientar que, contrariamente ao que parece ser entendimento da autarquia, a mera apresentação de uma lista de sócios, por parte da Associação de Proprietários de... não permite considerar cumpridas as normas legais aplicáveis, porquanto estas não se limitavam a prever a associação entre particulares, mas determinavam a necessidade de constituir uma associação entre estes e a Administração.

40. A constituição da associação determinará a transferência automática da

propriedade dos imóveis existentes na área de construção clandestina para a Administração (artigos 6º e 7º do Decreto nº 15/77).

41. Assim, seguidos os trâmites previstos no Decreto-Lei nº 804/76, de 6 de Novembro, no Capítulo V da Lei dos Solos e no Decreto nº 15/77, de 18 de Fevereiro, à Câmara Municipal de Sintra assistirá o direito de registar o terreno e as construções existentes em nome do município, realizar as obras de infra-estruturas e proceder à cedência dos lotes aos associados mediante o pagamento do quanto por estes for devido, o que sempre assegurará à autarquia o ressarcimento do valor das despesas realizadas.

42. O exercício pela Câmara Municipal de Sintra dos deveres legais que lhe estão cometidos torna-se tão mais imperioso quanto se traduz na única forma de solucionar a situação de impasse resultante da falta de pagamento de comparticipações por parte de alguns proprietários ou possuidores do Bairro Vale de Cavaquinhos.

43. E só o exercício dessas competências públicas permitirá salvaguardar as preocupações sociais evidenciadas no art. 7º do Decreto-Lei nº 804/76, de 6 de Novembro, garantindo a tutela do direito à habitação dos agregados familiares de menores recursos, e do mesmo passo, dar resposta às expectativas dos proprietários que procederam ao pagamento das comparticipações que lhe eram devidas.

II
Conclusões

De acordo com o que ficou exposto, e em nome da atribuição constitucional que me é conferida no sentido da prevenção e reparação de injustiças (art. 23º, nº 1, CRP), entendo fazer uso dos poderes que me são conferidos pelo art. 20º, nº 1, alínea a), da Lei nº 9/91, de 9 de Abril (Estatuto do Provedor de Justiça), e, como tal,

Recomendo

Que a Câmara Municipal de Sintra exerça as competências que a lei colocou a seu cargo, para efeitos da prossecução do interesse público da reconversão das áreas de construção clandestina, assumindo a realização das obras de infra-estruturas projectadas para o Vale dos Cavaquinhos ou Vale dos Castanheiros, nos termos previstos no Decreto-Lei nº 804/76, de 6 de Novembro, no Capítulo V da Lei dos Solos, aprovada pelo Decreto-Lei nº 794/76, de 5 de Novembro e no Decreto nº 15/77, de 18 de Fevereiro.

Não tendo esta recomendação sido acatada, em 1999.09.22 foi remetida a seguinte reiteração à sua destinatária.

Tendo presente o teor da Recomendação referenciada em epígrafe, bem como a posição assumida pela Câmara Municipal de Sintra quanto ao que foi recomendado, permito-me reiterar junto de V. Exa. a necessidade de ponderação da situação que, em concreto, motivou a intervenção deste Órgão do Estado.

Afirma V. Exa., no ofício acima identificado, que "perante tantas e tão vastas necessidades de intervenção no domínio dos «bairros clandestinos» (cerca de 102) não estavam reunidas as condições objectivas para um estrito cumprimento das regras contidas no citado Dec. Lei nº 804/76", invocando o princípio da igualdade para justificar a não adopção da disciplina legal invocada na situação do Bairro do Vale dos Cavaquinhos.

Não se ignoram as dificuldades sentidas pelos municípios, e pelo município de Sintra em especial, face à proliferação de bairros de construção clandestina, não precedidos do necessário licenciamento e execução das operações de loteamento e das obras de urbanização destinadas a dotar o prédio das infra-estruturas urbanísticas adequadas à ocupação habitacional do mesmo. A meu ver, o problema assumiu proporções de nível nacional, pela sua gravidade e extensão.

Aliás, os diversos problemas suscitados pela aplicação (e pela não aplicação) dos sucessivos regimes legais publicados motivaram a realização de um estudo sobre as designadas "áreas urbanas de génese ilegal", com base no qual formulei vinte e cinco Recomendações legislativas, dirigidas à Assembleia da República, com vista à revisão da Lei nº 91/95, de 2 de Setembro, de que aproveito para remeter cópia, em anexo, para conhecimento de V. Exa.

De todo o modo, mesmo que possa verificar-se que alguns dos processos de reconversão (objecto ou não do citado estudo) chegam a bom termo, pelo menos no que concerne à execução das obras de infra-estruturas urbanísticas essenciais à vivência urbana, não foi isso que ocorreu na situação em análise.

No caso vertente, a operada devolução dos poderes legalmente cometidos à Administração Pública Local para os particulares interessados nos processos de legalização e reconversão urbanística das áreas de construção clandestina não tem qualquer apoio na letra ou no espírito do Decreto-Lei nº 804/76, de 6 de Novembro, antes se fundando na insuficiência dos meios logísticos e financeiros disponíveis.

Por seu turno, a aplicabilidade do regime fixado na Lei nº 91/95, de 2 de Setembro mostra-se afastada quando, relativamente aos processos pendentes, não tenha

havido requerimento dos interessados nesse sentido, pelo que a citada lei não pode aqui ser invocada. Deste modo, não parece possível o recurso às medidas nela previstas para fazer face às situações de falta de cumprimento dos deveres de reconversão, nomeadamente os poderes de suspensão da ligação à rede ou do abastecimento de água ou energia eléctrica (art. 3º, nº 5, da Lei nº 91/95).

Assim sendo, o problema objecto de análise - qual seja o da impossibilidade de prosseguimento das obras de urbanização projectadas (e já iniciadas) por falta de meios financeiros, atento o elevado número de relapsos no pagamento das comparticipações devidas - assume especial acuidade.

Faço notar que o prejuízo dos interesses privados e públicos em presença não é despiciendo.

Por um lado, estão defraudadas as expectativas criadas aos proprietários e possuidores dos terrenos e construções que, na sequência da aprovação municipal do projecto de reconversão, procederam ao pagamento das comparticipações exigidas. Acresce que, na falta das obras de urbanização necessárias, carecem as construções das condições mínimas de habitabilidade, designadamente no que concerne à salubridade das edificações.

Por outro lado, parecendo inviabilizada a reconversão e legalização do bairro em causa, os importantes valores do ambiente e do correcto ordenamento do território são preteridos. Ao prejuízo destes interesses públicos junta-se o prejuízo financeiro do município, já que a comparticipação prestada de cerca de 30% do valor das despesas com as obras de urbanização não logrará, a final, qualquer efeito útil, a persistir a degradação das infra-estruturas já executadas com a suspensão indefinida dos respectivos trabalhos.

Por tudo quanto fica exposto, queira V. Exa. esclarecer quais as medidas a adoptar com vista à resolução dos vários problemas associados à reconversão do bairro do Vale dos Cavaquinhos, tendo presente as alternativas previstas pelo Decreto-Lei nº 804/76, de 6 de Novembro para as situações em que se mostra inviabilizada a legalização das áreas clandestinas (art. 1º, nº 2) ou as soluções facultadas pelo mesmo diploma com vista à legalização, conforme oportunamente recomendado a V. Exa.

Em anexo: cópia do estudo "Áreas Urbanas de Génese Ilegal – Avaliação dos Regimes Legais e da Sua Aplicação" e das Recomendações formuladas à Assembleia da República no proc. IP-11/92 (A1)[20].

A recomendação foi finalmente acatada após recepção desta reiteração.

Ao
Exm.º Senhor
Presidente da Câmara Municipal de Cabeceiras de Basto

R-889/95
Rec. n.º 45/A/99
1999.05.27

1. Compulsados os elementos obtidos na instrução do processo acima identificado, entendi, em 9 de Janeiro de 1996, dever dirigir a V. Exa. a Recomendação a que acima se faz referência [recomendação 2/A/96, publicada no *Relatório à Assembleia da República - 1996*, pg. 47 e segs], tendo nessa sede concluído que a promoção do pagamento de subsídio de reintegração, requerido pelo Sr..., deveria processar–se com a máxima celeridade, dado que já naquela data se considerava estarem reunidos todos os pressupostos de facto e de direito necessários ao deferimento da pretensão do impetrante.

2. Em resposta àquela Recomendação, veio V. Exa., em 14 de Abril de 1996 (ofício nº 560/GAM), reconhecer razão à pretensão exposta, comprometendo–se a efectuar o pagamento das quantias em dívida "logo que as possibilidades económico–financeiras" da autarquia o permitissem.

3. Tal posição foi reiterada em 15 de Julho de 1996 (ofício nº 1494/GAM).

4. Verificado, não obstante, que a dívida se mantinha, foi requerida a presença de V. Exa. nas instalações da Provedoria de Justiça, em 4 de Outubro de 1996, onde se comprometeu a elaborar um plano de pagamento faseado que permitisse a liquidação durante o ano de 1997.

5. Este compromisso, encontra–se, ainda, espelhado no ofício de V. Exa. nº 2581/GAM, de 21 de Outubro de 1996.

6. Não pode, assim, deixar de se mostrar contraditório, que pretenda, agora, V.

[20] Ver pág. 263 deste Relatório.

Exa. invocar que o facto de ter o interessado proposto acção judicial com vista ao reconhecimento e consequente pagamento da quantia em dívida é fundamento suficiente para obstar ao cumprimento de uma obrigação que já reiteradamente havia sido assumida como própria.

7. Não me parece que esta atitude possa isentar–se de censura, desde logo porque cabe à Administração Pública um dever acrescido de agir de acordo com os princípios da legalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa fé, propugnando pelo cumprimento da Lei na defesa do interesse público e no respeito pelos direitos legalmente protegidos dos cidadãos, agindo de acordo com padrões ético–jurídicos de honestidade e lealdade.

8. A este propósito, lembro a V. Exa. que o dever de agir de boa fé obriga a que, nas relações com os demais, seja assumido um comportamento correcto, leal e sem reservas.

9. Reputa–se, então, inadmissível, a adopção de comportamentos contraditórios, sem razão legal que o justifique, que frustrem as legítimas expectativas criadas na outra parte.

Do mesmo modo, reputa–se inadmissível, a adopção de comportamentos meramente dilatórios e susceptíveis de causar prejuízo aos interessados.

Entende, por conseguinte, a boa doutrina, que o desrespeito pelas exigências da boa fé, constitui a Administração no dever de indemnizar pelos prejuízos causados.

Não julgo, assim, dever aceitar, resignadamente, que pretenda V. Exa. escudar–se no facto de ter sido proposta acção judicial pelo queixoso, para revogar o compromisso reiteradamente assumido, de efectuar o pagamento das quantias que, também, repetidamente foram reconhecidas como encontrando–se em dívida por parte do município.

Nestes termos,

entendo que deverá ser adoptado um comportamento consentâneo com os direitos e as legítimas expectativas do impetrante, efectuando–se o pagamento da quantia em dívida, sem outras delongas, já que a motivação exposta por V. Exa. em nada altera o fundo da questão, ou justifica a situação que entendi merecedora de reparo.

Recomendação não acatada. Situação ultrapassada por via judicial

Ao
Exm.º Senhor
Presidente da Câmara Municipal do Porto

R-2690/94
Rec. n.º 51/A/99
1999.06.01

I
Exposição de Motivos

Em queixa que me foi apresentada contestava o Sr…, o incumprimento pela proprietária do prédio em que reside e de que é arrendatário, sito na Travessa das Chaves de Oliveira, nessa cidade, de intimação camarária para a realização de conservação e beneficiação, proferida nos termos do disposto pelo art. 10º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, aprovado pelo Decreto-Lei nº 38.382, de 7 de Agosto de 1951.

Realizada vistoria com vista a avaliar as condições de salubridade e segurança do imóvel, concluíram os peritos camarários que o edifício necessitava de reparações ao nível da cobertura, fachadas, rede de esgotos e de águas, caixilharias, pavimentos, paredes e tectos, encontrando-se a cobertura (telhado e tectos) em risco de iminente desmoronamento, pelo que as obras deveriam ser iniciadas imediatamente (vistoria realizada em 8 de Março de 1998).

Definidas as obras de beneficiação necessárias e efectuada a adequada notificação à proprietária do imóvel, verificou-se não ter sido dado cumprimento voluntário à notificação, tendo a Câmara Municipal do Porto sancionado a conduta da infractora por via da instauração do competente processo de contra-ordenação e aplicação da coima respectiva.

Accionados os poderes sancionatórios que o caso impunha, permaneceu inalterada a situação de perigo para a segurança de todos quantos habitam o edifício, porquanto não promoveu essa Câmara Municipal procedimento destinado a executar coactivamente as obras em falta.

Questionada a Direcção Municipal de Equipamentos e Serviços Gerais sobre os motivos que justificativos de tal omissão, foi referido que a Câmara Municipal não se substituía aos proprietários em todos os casos de não realização de obras impostas

por via administrativa, "não só por custos incomportáveis, mas também pelas consequências sociais que advêm na maioria destes casos, no que concerne aos aumentos brutais que as rendas degradadas sofrem e decorrentes da Lei ..., sendo muitas vezes este facto do desconhecimento da generalidade dos munícipes de mais fracos recursos" (ofício nº 918/98/DMSSE, DE 21/10/1998).

É recorrente nos processos pendentes neste órgão do Estado quanto à degradação do património habitacional edificado, a argumentação expendida pelos municípios como justificativa do não exercício do poder de substituição dos senhorios fazer apelo à escassez dos recursos financeiros disponíveis.

Alias, tal questão foi ponderada no âmbito de estudo relativo aos condicionalismos legislativos e administrativos do estado de degradação do património habitacional edificado, do concelho de Lisboa realizado pelos serviços da Provedoria de Justiça.

Entre os interesses próprios do aglomerado populacional cuja prossecução compete aos Municípios, conta-se a necessidade de conservação do parque habitacional local, na medida em que serve, simultaneamente o direito constitucional à habitação e o interesse público na preservação do espaço urbano, o que vem a merecer expressa consagração constitucional (art. 65º da CRP).

Assim, são cometidos às câmaras municipais os poderes de ordenar, precedendo vistoria, a demolição, total ou parcial, ou a beneficiação de construções que ameacem ruína ou constituam perigo para a saúde e segurança das pessoas (art. 51º, nº 2, alínea d), da Lei das Autarquias Locais).

Para este efeito, o Regulamento Geral das Edificações Urbanas, aprovado pelo Decreto-Lei nº 38.382, de 7 de Agosto de 1951, atribui às câmaras municipais os poderes de ordenar, precedendo vistoria, a execução de obras necessárias para corrigir más condições de salubridade, solidez ou segurança contra o risco de incêndio (art. 10º do RGEU), a demolição dos imóveis que ameacem ruína ou ofereçam perigo para a saúde pública (art. 10º, § 1º, do RGEU) e a realização de reparações nas redes de canalização interior e exterior de água e esgotos e nas instalações sanitárias (art. 12º do RGEU).

Qualquer destas competências visa a intervenção camarária, no exercício de poderes de polícia, em casos em que se mostram afectadas as condições de segurança e salubridade das edificações que comprometem as adequadas condições de habitabilidade ou representam um perigo real para pessoas e bens.

O não cumprimento voluntário da ordem municipal de realização de obras,

abrigo do disposto pelos citados arts. 10º e 12º do RGEU, ou o desrespeito dos prazos fixados para o efeito, podem fundar a deliberação de ocupação do prédio pela câmara a fim de mandar proceder à sua execução imediata (art. 166º do RGEU).

A posse administrativa do imóvel com vista à realização de obras pela câmara em substituição do destinatário da notificação respectiva não se mostra vinculada, antes dependendo do exercício de um poder discricionário da câmara municipal. Dificuldades orçamentais são, por isso, invocadas pelos municípios para a escassez de intervenções desta índole, o que não permitirá, por certo, aceitar a produção de danos pessoais provocada pela derrocada de imóveis ruinosos com a latitude que o fenómeno conhece, em especial nos grandes centros urbanos.

Não desconhece este Órgão do Estado os condicionalismos políticos e legislativos que se acham subjacentes ao elevado número de solicitações a que os municípios cabe dar resposta neste domínio, em face da generalizada degradação do parque habitacional edificado o qual, em grande medida, deriva de um conjunto de aspectos que se prendem com o regime do arrendamento urbano.

Por força do fenómeno do congelamento das rendas e na falta de posterior actualização em função dos valores de mercado, assistiu-se à criação de uma situação em que os proprietários se abstêm de realizar obras em razão do diminuto valor dos rendimentos obtidos e da fraca expectativa de os imóveis virem a ser arrendados a valores de mercado, em face dos elementos vinculísticos do contrato de arrendamento. De igual forma, os inquilinos não realizam as mesmas obras, quer por não lhes ser imposto esse dever, quer por não lhes pertencer o local arrendado, quer ainda por, em muitos casos, não disporem de meios para custear as obras.

As autarquias locais, apesar das incumbências legais a que se encontram adstritas, abstêm-se de intervir. Certo é que o poder das câmaras municipais de se substituírem aos proprietários na realização de obras de beneficiação não pode ser visto como contrapartida de um direito dos arrendatários em sentido próprio, pelo que mesmo reconhecendo a legitimidade dos direitos e interesses dos inquilinos, não pode deixar de se considerar que a pretendida intervenção municipal será sempre pautada por razões de interesse público, e apenas na medida em que o interesse público coincida com o interesse directo e pessoal dos munícipes haverá satisfação destes últimos por via da actuação da Administração Pública.

Por este motivo, em diversas abordagens da questão da intervenção municipal com vista à recuperação das condições de salubridade ou segurança de um edifício ou

de uma das suas fracções, tenho considerado que a requerida intervenção municipal depende, antes de mais, das prioridades de intervenção estabelecidas, sendo razoável que, atentas as limitações financeiras, sejam privilegiadas as situações de maior risco para a segurança ou saúde públicas.

Não compete ao Provedor de Justiça pronunciar-se sobre os critérios estabelecidos em matéria de afectação de meios e recursos financeiros, já que para tanto, se imporia que conhecesse individual e concretamente o universo das intervenções requeridas e dos meios disponíveis para a sua satisfação, o que não está ao seu alcance, nem constitui sua atribuição. Daqui decorre que não pode este Órgão do Estado substituir-se às câmaras municipais na apreciação global das situações existentes nos concelhos respectivos.

Contudo, não se encontra vedada a formulação de um juízo de valor no caso presente, uma vez tratar-se de uma daquelas situações em que se mostra desrazoável a falta de intervenção municipal com carácter prioritário, atento o risco de iminente desmoronamento verificado já em Março do ano findo.

Admitindo que as câmaras municipais procedam a uma auto-vinculação, ainda que de carácter meramente indicativo, definindo critérios e prioridades de actuação, estes sim, sujeitos à intervenção do Provedor de Justiça, parece em tudo razoável que sejam prioritárias as intervenções municipais em edificações que ameacem a segurança dos seus ocupantes, designadamente, as que apresentem perigo de ruína iminente, deixando para segundo plano as intervenções ditadas por outros motivos.

Mesmo tratando-se do exercício de um poder público condicionado pela visão global e sistemática que o órgão municipal possua sobre o modo como exerce as suas competências e como ordena as prioridades da sua actuação, nos termos acima expostos, não constitui motivo válido da omissão municipal o alegado aumento desmesurado de rendas que produziria, por não ser inteiramente válida tal afirmação, uma vez que se mostram fracas as repercussões no valor das rendas após a beneficiação do imóvel, o que é gerador da generalizada falta de estímulo económico-financeiro para que os proprietários procedam à reabilitação dos imóveis. Com efeito, o reduzido valor das rendas para habitação, apesar dos meios de correcção accionados pelos senhorios, contrasta, de forma impressiva, com o custo médio do arrendamento, ao abrigo do Novo Regime do Arrendamento Urbano (Decreto-Lei nº 321-B/90, de 15 de Outubro).

Por outro lado não se mostra admissível a manutenção de uma situação de pe-

rigo para a segurança pública com tal justificação. Não pode a Câmara Municipal do Porto omitir o exercício dos poderes de polícia urbanística das edificações fundada em razões que não lhe cumpre apreciar. Não cabe aos órgãos administrativos obstar à prossecução do interesse público legalmente definido, por motivos relativos ao equilíbrio das posições contratuais de inquilinos e senhorios, já que podem os proprietários recorrer judicialmente das imposições municipais e os inquilinos, em caso de insuficiência de meios económicos, lançar mão dos regimes de comparticipação financeira em matéria de arrendamento (Lei nº 46/85, de 20 de Setembro, Decreto-Lei nº 68/86, de 27 de Março, e Decreto-Lei nº 162/92, de 5 de Agosto, quanto ao subsídio de renda para jovens inquilinos).

Julgo que haverá de distinguir-se o conjunto das atribuições municipais em matéria de salubridade e segurança das edificações do conjunto das actividades de fomento habitacional, pois ali não se trata de melhorar a qualidade de vida dos moradores, mas de salvaguardar a sua integridade contra um risco que se vem agravando desde 1994. Por este motivo, ao considerar ameaçado um interesse público primário, considero de inteira justiça a intervenção que recomendo, sem quebra do estrito respeito pela autonomia municipal na definição das prioridades da sua intervenção.

II
Conclusões

De acordo com o exposto, no uso dos poderes que me são conferidos pelo art. 20º, nº 1, al. a), do Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei nº 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

1º Que não se abstenha a Câmara Municipal do Porto de realizar obras de reparação e de beneficiação em substituição dos proprietários intimados, com fundamento na consequente correcção dos valores das rendas, porquanto não é lícito omitir o exercício de poderes de polícia urbanística das edificações por motivos inerentes ao equilíbrio das posições contratuais em matéria de arrendamento urbano.

2º Que definidos os critérios e prioridades de actuação, sejam consideradas prioritárias as intervenções municipais em edificações que ameacem a segurança dos seus ocupantes, designadamente, as que apresentem perigo de ruína iminente.

3º Que seja reavaliada a situação de degradação do imóvel sito na Travessa Chaves de

Oliveira, e que em função dos critérios de intervenção estabelecidos, sejam tomadas as medidas necessárias para obstar à situação de perigo de iminente desmoronamento.

Recomendação não acatada

Ao
Exmo. Senhor
Presidente da Câmara Municipal de Estarreja

R-299/99
Rec. n.º 58/A/99
1999.07.16

I
Exposição dos Motivos

1. A sociedade comercial A, B e C, Lda. requereu a minha intervenção na sequência do pedido dirigido à Câmara Municipal de Estarreja para o licenciamento de um estabelecimento de bebidas que explora, em Estarreja, sob a designação "X".

2. O estabelecimento ocupava, inicialmente, a fracção designada pela letra "A" do prédio acima identificado. Contudo, a fim de cumprir o disposto no regime de licenciamento da instalação de estabelecimentos de restauração e bebidas, pretende a reclamante proceder à ampliação daquele espaço.

3. Para o efeito, a sociedade A, B e C, Lda. tomou de arrendamento uma fracção contígua àquela onde funciona o estabelecimento e submeteu à apreciação da Câmara Municipal de Estarreja o respectivo projecto de arquitectura, prevendo a ampliação da área às duas fracções. De acordo com o projecto, a ligação das fracções autónomas, com vista à exploração em conjunto, estabelece-se mediante a eliminação de uma parede entre as mesmas. A obra, segundo a reclamante, encontra-se dispensada de licenciamento municipal, nos termos do artigo 2º, nº 4, do regime estabelecido pelo Decreto-Lei nº 445/91, de 20 de Novembro, com redacção dada pelo Decreto-Lei nº 250/94, de 15 de Outubro (adiante o "RJLMOP"), visto não implicar a alteração da estrutura resistente do edifício.

4. Pertencendo as duas fracções autónomas a proprietários distintos, ambos prestaram autorização para a realização da obra, tal como os demais condóminos das restantes fracções autónomas que constituem o prédio.

5. Queixa-se a reclamante ter a Câmara Municipal de Estarreja, no âmbito da apreciação do processo, exigido a alteração do título constitutivo da propriedade hori-

zontal do prédio para proceder à unificação das duas fracções numa só. Mais considera que a exigência carece de fundamento legal e não se mostra exequível por pertenceram as fracções a diferentes proprietários.

6. A esse órgão autárquico foram solicitados esclarecimentos sobre a questão, tendo V. Exa., através do ofício nº 4445, com data de 04-05-1999, informado que:

a) foi exigida à reclamante a alteração do título constitutivo da propriedade horizontal do prédio em que o estabelecimento se localiza;

b) aquela exigência não foi determinada no âmbito do licenciamento do estabelecimento de bebidas mas porque se considerou tratar-se do licenciamento de obras particulares, ao abrigo do RJLMOP;

c) as fracções deixariam de constituir unidades independentes, distintas e isoladas entre si, com saída própria para uma parte comum do prédio ou para a via pública, pelo que se impunha alteração ao título constitutivo da propriedade horizontal com vista à junção das fracções;

d) esta posição encontraria fundamento no parecer do assessor jurídico, no qual se conclui pela necessidade de modificação do título constitutivo da propriedade horizontal do prédio (cópia deste parecer foi enviada a coberto do ofício acima indicado).

7. Entendo, contudo, não ser procedente a posição assumida pela Câmara Municipal de Estarreja, conforme os motivos adiante elencados.

8. Em primeiro lugar, cumpre esclarecer que a questão de a alteração ao título constitutivo da propriedade horizontal ter sido alegadamente determinada no âmbito do procedimento de licenciamento de obras particulares não assume relevância para o presente caso.

9. Estabelece-se no artigo 3º do Decreto-Lei nº 168/97, de 4 de Julho, que os "processos respeitantes à instalação de estabelecimentos de restauração e de bebidas são organizados pelas câmaras municipais e regulam-se pelo regime jurídico de licenciamento de obras particulares, com as especificidades estabelecidas nos artigos seguintes". De acordo com o artigo 10.º daquele diploma, a licença de utilização para serviços de restauração ou de bebidas constitui, relativamente a estes estabelecimentos, a licença prevista no artigo 26º do RJLMOP.

No artigo 50º do mesmo diploma determina-se ainda que a licença de utilização para serviços de restauração e de bebidas, emitida na sequência de obras de ampliação, respeita a todo o estabelecimento, incluindo as partes não abrangidas pelas obras.

10. Igualmente, o parecer do assessor jurídico referente à necessidade de alteração do título constitutivo da propriedade horizontal foi prestado no âmbito do *"licenciamento de estabelecimento - Bar"*, conforme resulta da informação interna da Câmara Municipal de Estarreja, com data de 06-07-1998.

11. Deste modo, à pretensão da reclamante é aplicável o regime jurídico do licenciamento municipal de obras particulares.

12. Assente este aspecto, a análise da situação exposta pela reclamante incidirá sobre:

i) a necessidade de modificação do título constitutivo da propriedade horizontal, em face da referida obra; e

ii) a legitimidade da Câmara Municipal de Estarreja para impor essa alteração, no âmbito do RJLMOP.

13. Estabelecem-se no Código Civil (artigos 1414º a 1419º) as condições em que um prédio pode ser submetido ao regime da propriedade horizontal e as características que devem possuir as respectivas fracções. Em síntese, as fracções autónomas, para assumirem essa qualidade, deverão reunir as características de independência, separação, isolamento e serem dotadas de uma saída própria para a via pública ou parte comum do prédio.

14. A lei civil permite, todavia, a junção de fracções, expressamente referida no artigo 1422º-A do Cód. Civ. (aditado pelo Decreto-Lei nº 267/94, de 25 de Outubro). Através da junção, duas ou mais fracções perdem a sua individualidade, passando a constituir uma única e distinta unidade, correspondente a nova fracção, a qual respeitará, naturalmente, os requisitos estabelecidos no artigo 1415º. A junção, representando uma modificação ao título constitutivo da propriedade horizontal, deve ser efectuada através de escritura pública (artigo 1419º do Cód. Civ.).

15. Em todo o caso, o pretendido pela reclamante não é a constituição de uma nova unidade, mas tão só a utilização económica e material comum de duas fracções no exercício da exploração de um estabelecimento de bebidas, sem que isso represente ou implique qualquer alteração ao título constitutivo da propriedade horizontal.

16. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, relativamente aos requisitos impostos pelo artigo 1415º do Cód. Civ. referem ter sido "... o intuito de evitar que o fraccionamento da prédio em propriedade horizontal se convertesse numa fonte de promiscuidade das pessoas e das famílias e num instrumento de frequentes discórdias entre os

utentes das várias fracções que levou o Dec.-Lei nº 40.333 a exigir no art. 4.º, como requisito de constituição da propriedade horizontal, que as fracções fossem suficientemente distintas e isoladas entre si." (Código Civil Anotado, III, 2ª Edição, página 399, Coimbra Editora).

17. Ora, à luz deste princípio conformador do instituto da propriedade horizontal, não parecem existir obstáculos a que, através de uma intervenção material, se estabeleça ligação, ou outra forma de comunicação, entre fracções autónomas que se encontrem adstritas ao mesmo fim, não podendo, com isso, considerar-se desrespeitada a finalidade legalmente determinada.

18. E, se é evidente que a ligação de fracções pertencentes à mesma pessoa não é contrária ao escopo da Lei, também não existirá, em termos teleológicos, qualquer obstáculo ao estabelecimento de ligação entre fracções, que, embora pertencentes a diferentes condóminos, se encontrem adstritas a um fim unitário.

19. Esta conclusão parece ser confirmada pelo disposto no artigo nº 1422º-A ao não exigir como condição para a junção de fracções a pertença ao mesmo titular. A própria redacção da norma constante do nº 4 aponta neste sentido, uma vez que o poder de alterar o título constitutivo da propriedade horizontal mediante escritura pública é atribuído *"aos condóminos que juntaram ou cindiram as fracções"*. Deste modo, se a diferentes condóminos é permitido proceder à junção de fracções, nos termos previstos, poderão igualmente estabelecer uma comunicação entre elas, na circunstância de a utilização prosseguir destino conjunto.

20. Conclui-se que a exploração em comum de fracções não determina necessariamente a perda da sua autonomia ou das características individualizadoras, desde que o escopo da Lei, conforme descrito pelos autores supra citados, seja observado.

21. Importa agora apurar se, admitida a ligação de fracções, a mesma determina, no caso presente, a alteração ao título constitutivo da propriedade horizontal.

22. Conforme decorre das informações transmitidas pela reclamante, não contestadas pela Câmara Municipal de Estarreja, a parede a eliminar não constitui elemento estrutural do prédio nem corresponde, portanto, a parte comum do mesmo (cfr. artigo 1421º, nº1, alínea a) do Cód. Civ.).

23. Por este motivo, não deverá considerar-se que o estabelecimento da ligação entre as fracções pretendida pela reclamante constitua uma modificação susceptível de implicar alteração do título constitutivo da propriedade horizontal.

24. E assim tem entendido a jurisprudência:

"De modo algum, também, se pode considerar que a interligação de fracções ou não ligue com os elementos acautelados no art.º1.421.º citado constitui alteração ou modificação do prédio de tal modo significativo que a sua autorização se tenha de ter por modificativa do título da propriedade horizontal" (Colectânea de Jurisprudência, 1992, Tomo I, Acórdãos da Relação do Porto, Secção Cível, pág. 215).

No mesmo sentido:

"Não há, pois, violação do título constitutivo da propriedade horizontal por parte da R. ao ter procedido à eliminação de paredes divisórias de fracções autónomas de que é proprietária" (Colectânea de Jurisprudência, 1990, Tomo I, Acórdãos da Relação de Lisboa, Secção Cível, pág. 156).

25. É ainda de referir que o parecer jurídico com base no qual a Câmara Municipal de Estarreja fundamenta a necessidade de alteração do título constitutivo da propriedade horizontal, se reporta, como exemplo, a uma situação substancialmente diferente da exposta, uma vez que se refere à abertura de *"... uma porta de ligação entre prédios distintos"*.

26. Estabelecido que a comunicação das fracções, nos termos pretendidos, não impõe alteração ao título constitutivo da propriedade horizontal, deverá, em todo o caso, determinar-se se, no âmbito do RJLMOP, estaria esse órgão autárquico habilitado a exigir tal modificação.

27. Em sede de licenciamento de obras particulares, o interesse público prosseguido pelos municípios refere-se a finalidades de ordem urbanística, que compreendem a verificação da conformidade da obra com os requisitos legais e regulamentares em matéria de salubridade, segurança e estética, bem como ao controlo da aplicação dos instrumentos de planeamento.

28. No que respeita a obras sujeitas a licenciamento municipal, compete à câmara, uma vez apresentado o pedido respectivo, verificar a legitimidade do requerente (art. 14º, nº 1, e 16º, nº 1 do RJLMOP e nº 2, ponto 1, alínea b) da Portaria nº 1115/B/94, de 15 de Dezembro). Para este efeito, do requerimento inicial deve constar a indicação da qualidade de proprietário, usufrutuário, locatário, titular do direito de uso e habitação, superficiário ou mandatário, comprovada através de documento adequado, sob pena de rejeição liminar do pedido (art. 16º do RJLMOP). Contudo, a exigência exposta é de índole meramente formal, pelo que, comprovada a legitimidade abstracta do

requerente, a câmara não pode obstar, por esse motivo, à admissão do pedido, nem aferir da validade do título invocado no domínio das relações jurídico-privadas.

29. E se a presente posição poderia suscitar alguma objecção no que concerne a obras sujeitas a licenciamento municipal, nenhuma dúvida se levantará tratando-se de obras dispensadas deste procedimento, como são as realizadas pela reclamante.

30. Na verdade, a comunicação de obras não sujeitas a licenciamento municipal é apenas instruída com os elementos indicados no artigo 3º, nº 3, do RJLMOP, não existindo qualquer norma prevendo a invocação, ou prova, da legitimidade do requerente.

31. As câmaras municipais carecem, assim, de habilitação legal ou regulamentar para aferir da legitimidade do requerente a propósito da realização de obras dispensadas de licenciamento municipal.

32. Finalmente, mesmo que se entenda não ser a questão da alteração do título constitutivo da propriedade horizontal susceptível de se reconduzir à dimensão da legitimidade do requerente, também é difícil descortinar-se em que medida esta exigência se fundamenta na realização do interesse adstrito aos municípios em matéria de licenciamento de obras particulares, o qual, repete-se se relaciona com as exigências de segurança, salubridade, estética e planeamento urbanístico.

33. Com efeito, o título constitutivo da propriedade horizontal opera no âmbito das relações civis entre os vários condóminos e nem sequer as disposições que contenha condicionam a actividade administrativa, porquanto podem os presidentes das câmaras municipais arguir a sua nulidade (art. 1416º, nº 2 do Cód. Civ.), prevendo-se expressamente no artigo 1418º do Cód. Civ. algumas relações concretas de subordinação do título constitutivo aos actos municipais urbanísticos.

II
Conclusões

Em face do exposto e no exercício da atribuição constitucional que me é confiada para prevenção e reparação das injustiças e ilegalidades (artº 23º, nº 1, da CRP),

Recomendo

que esse órgão autárquico aprecie e decida a pretensão da reclamante sem fazer depender a respectiva procedência da alteração ao título constitutivo da propriedade horizontal do prédio em que se localiza o estabelecimento de bebidas.

Recomendação acatada

Ao
Exmº Senhor
Presidente da Câmara Municipal de Lisboa

R-3065/92
Rec. n.º 60/A/99
1999.07.16

I
Exposição de Motivos

1. No exercício do direito consagrado pelo art. 3º da Lei nº 9/91, de 9 de Abril, foi-me dirigida queixa relativa a situação de poluição sonora imputada ao funcionamento de diversos estabelecimentos de bebidas, com e sem salas de dança, nas imediações das Escadinhas da Praia, freguesia de Santos-O-Velho, em Lisboa.

Expõe o reclamante, em suma, mostrar-se prejudicado o descanso nocturno do seu agregado familiar, por se terem instalado na área circundante à da respectiva habitação vários bares e discotecas, designadamente os estabelecimentos denominados A, B, C e D.

Conjuntamente com o reclamante habitam a sua mulher, filha, genro e dois netos, os quais, tal como ele, são privados do repouso no período nocturno, seja pela excessiva concentração de pessoas na via pública, seja pela propagação do ruído associado à difusão de música ambiente.

Há largos anos que os lesados convivem com incomodidade grave e diária, sendo forçados, no limite da exaustão, a abandonar o local da residência, pernoitando em casa de familiares e amigos.

2. A situação, já insustentável, agravou-se, todavia, com o início da exploração de esplanada, em terraço sito ao nível das janelas dos quartos do fogo, em edifício ocupado pela discoteca D, já que ali é propagada música ambiente, a céu aberto, durante todo o período nocturno.

3. A intervenção exercida pelos agentes policiais, na sequência dos pedidos efectuados pelo reclamante, não se mostra adequada, considerada a dimensão que o problema assume, à reposição da tranquilidade, uma vez que esta intervenção é por natureza pontual e não dispõem as forças de segurança de competências para adoptar um procedimento com maior alcance.

4. Encetou o reclamante diligências junto das autoridades administrativas competentes, tendo em vista a apreciação dos factos reclamados e a adopção de medi-

das necessárias à reintegração dos interesses lesados.

Por fim, veio o reclamante a requerer a intervenção do Provedor de Justiça, invocando a omissão do exercício dos poderes públicos. Isto, porquanto, diz terem sido realizados, pela ex-Direcção Regional do Ambiente e Recursos Naturais de Lisboa e Vale do Tejo, ensaios de medição acústica, cujos resultados atestam a procedência da reclamação, e ter sido reconhecida pela Câmara Municipal de Lisboa a ilegalidade da exploração da esplanada, sem que, contudo, determine a imposição de medidas restritivas do funcionamento da D.

5. Foi a actividade instrutória desenvolvida através de inquirição da Direcção Regional do Ambiente de Lisboa e Vale do Tejo, e dos departamentos competentes da Câmara Municipal de Lisboa, tendo sido coligidos os dados que passo a expor:

5.1. As queixas apresentadas junto da Câmara Municipal de Lisboa, relativamente aos incómodos provenientes da exploração dos estabelecimentos B e A, remontam ao ano de 1989. No ano de 1997 foi formulada nova reclamação, visando, também, os estabelecimentos C e D.

5.2. Em comunicação dirigida, pelo ofício nº 133/98/DIA, à Direcção Regional do Ambiente de Lisboa e Vale do Tejo, informou o Exmo. Director do Departamento de Planeamento e Controlo Ambiental, em 15/5/1998:

> "A existência da incomodidade alegada deve-se ao funcionamento de um bar com música gravada pertencente à discoteca D, situado na cobertura do edifício, encontrando-se diluída a contribuição dos outros estabelecimentos, em termos de poluição sonora.
>
> Consultado o alvará sanitário para o espaço em causa, constatou-se a licença para exploração de um estabelecimento de bebidas e sala de dança, na 1ª categoria, não sendo feita qualquer alusão à utilização do terraço, presumindo-se, por conseguinte, que a mesma seja ilegal.
>
> Aliás, o espaço objecto do processo de concessão de alvará era apenas constituído por rés-do-chão e 1º andar, estando o primeiro apetrechado com equipamento para o exercício da actividade de discoteca e bar, e o segundo para bar.
>
> Acresce que, durante as vistorias realizadas, verificou-se que, na aludida cobertura, apenas existiam os aparelhos de ventilação e refrigeração de todo o edifício, conforme consta do parecer técnico desta Divisão, ínsito na informação nº88/SCR-IA-DPCA/93, concluindo-se que a adaptação do terraço para a actividade de bar, designa-

damente a construção de uma estrutura em vidro, foi implementada após a concessão do alvará sanitário."

5.3. A vistoria efectuada no âmbito do processo de licenciamento sanitário, concluiu no sentido da imposição de determinados condicionalismos à exploração, notificando-se[21], em consonância, a sociedade requerente a:

Limitar o campo sonoro no interior da discoteca a um nível de Leq =102 dB (A).

Limitar o campo sonoro no interior do bar a um nível de Leq =85 dB (A).

Nos lances de escada entre a antecâmara da discoteca e bar e, entre o bar e o terraço, colocar parede em vidro duplo (lado interior da escada) entre o lance e a respectiva laje sobrejacente com excepção do patim de acesso ao bar.

Limitar, quer na discoteca quer no bar, a produção de baixas frequências e sons de percussão.

Não substituir equipamentos por outros de maior potência sem o conhecimento do serviço.

5.4. Questionada a Câmara Municipal sobre o cumprimento das limitações em causa, e, bem assim sobre a quantificação do ruído perturbador produzido pela discoteca D, veio o Exmo. Director do Departamento de Planeamento e Controlo Ambiental esclarecer desconhecerem os serviços se tais condições se mostram observadas, acrescentando não ter sido promovida acção de caracterização dos níveis sonoros emitidos, face à presunção de ilegalidade da exploração exercida na cobertura do terraço. Eventual intervenção da Divisão de Impacto Ambiental foi relegada para momento subsequente ao da legalização da esplanada (of. nº 486/98/DIA, de 27/10/1998 e of. nº 634/98/DIA).

6. Em 17 de Fevereiro p.p., foram recebidos nas instalações da Provedoria de Justiça, na sequência da convocatória que entendi dirigir ao Exmo. Director Municipal de Planeamento e Gestão Urbanística, a Exma. Directora do Departamento de Administração Urbanística da Zona Ocidental, e técnico do mesmo departamento.

Inquiridos sobre o licenciamento dos diversos estabelecimentos invocados na queixa foi informado, em suma, o seguinte:

---

[21] V. informação nº 88/SCR-IA-DA/93, de 12/2/1993, do serviço do controlo de ruído, Divisão de Impacto Ambiental, proc. camarário nº 16572/91.

6.1. A competência para licenciar os estabelecimentos de restauração e bebidas encontra-se delegada na Direcção Municipal de Planeamento e Gestão Urbanística, tendo sido instituída uma comissão especial para apreciar a legalização dos estabelecimentos não licenciados anteriores à entrada em vigor do Decreto-Lei nº 168/97, de 4 de Julho, e de estabelecimentos apenas licenciados por alvará sanitário.

6.2. Quanto à discoteca D, é certo que a exploração da esplanada não se mostra licenciada.

Foi o proprietário intimado a proceder à demolição das obras ilegais levadas a cabo no terraço em 27 de Março de 1995, sem que, contudo, a intimação haja sido acatada.

A Direcção de Conservação de Edifícios e Obras Diversas (DCEOD) organizou o respectivo processo, tendo sido extraviada a documentação que se encontrava na sua posse. A DCEOD não prestou informação sobre a sequência concedida ao assunto.

O alvará sanitário nº 16829, de Julho de 1993, reporta-se à exploração exercida no interior do edifício da discoteca, não comportando qualquer menção à utilização do terraço, a qual, aliás, foi iniciada em momento posterior.

A Discoteca D não possui alvará de licença de utilização para efeitos do disposto no art. 1º, nº1, alínea b), e art. 50º, nº1 do Regime do Licenciamento de Obras Particulares, aprovado pelo Decreto-Lei nº 445/91, de 20 de Novembro, na sua redacção actual, que habilite a exploração, nem, tão pouco, se mostram licenciadas as obras efectuadas.

O projecto de arquitectura mereceu aprovação municipal, sem que haja sido concedido o adequado seguimento ao assunto. Não foi emitido parecer pela Administração do Porto de Lisboa nem, tão pouco, foram apresentados os projectos da especialidade. Nada consta relativamente ao exercício do poder de despejo sumário (art. 165º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, aprovado pelo Decreto nº38.382 de 7 de Agosto de 1951, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei nº44.258, de 31 de Março de 1962).

6.3. O estabelecimento A, por seu turno, encontra-se licenciado, tendo as obras merecido aprovação municipal e tendo a Direcção Geral do Turismo emitido parecer favorável[22].

---

[22] cfr. procs. 2672/OB/89 e 136/0B/86

6.4. Relativamente ao B não se encontra qualquer acto de licenciamento, nem, sequer, pedido de licenciamento de obras.

Foi desencadeado processo de intimação para desocupação por falta de licença de utilização.

Em Maio de 1989 foi proposta intimação ao abrigo do art. 165º do R.G.E.U. O despejo veio a ser aprovado em 4/12/1989 pelo Vereador do Pelouro. A intimação, porém, nunca terá sido notificada aos proprietários.

Foi autuada a sociedade RM Actividades Hoteleiras, Lda., por motivo de ocupação sem licença de utilização (art. 8º, § 3º do R.G.E.U). O processo foi recebido no DCEOD em 16/8/1993.

Não se encontram elementos que revelem ter a Polícia Municipal feito mais que autuar para efeitos contra-ordenacionais.

É referida, entre a documentação sobre o assunto, a existência de um alvará de licença sanitária (nº 15899, emitido em Agosto de 1989), sem que exista prova daquele licenciamento, nomeadamente, por não ser encontrado o dito alvará. A Ouvidoria da Câmara Municipal de Lisboa emitiu parecer no sentido de ser impedido o funcionamento até ao licenciamento.

6.5. A exploração da C também não se encontra licenciada, nem as obras se encontram legalizadas.

Da análise da documentação facultada, verifica-se ter a sociedade Lisboa Ribeirinha, Actividades Hoteleiras Lda., requerido o licenciamento da exploração deste estabelecimento em 27/10/1997.

A Divisão de Impacto Ambiental emitiu parecer desfavorável em 11/12/1998, em razão da não apresentação de projecto de isolamento sonoro. O Regimento de Sapadores Bombeiros pronunciou-se sobre o projecto em 7 de Janeiro p.p., preconizando a adopção de medidas regulamentares, destinadas a precaver os riscos de incêndio.

II
Apreciação

1. As informações obtidas permitem concluir inequivocamente que, de entre os quatro estabelecimentos visados na queixa, três mantêm funcionamento ilegal, sem que se encontrem por parte das autoridades administrativas adoptados os procedimentos necessários para protecção dos seguintes interesses públicos: urbanização, estética, segu-

rança, salubridade e salvaguarda do ambiente.

2. Na verdade, os estabelecimentos C e B não se encontram munidos de qualquer título que habilite o seu funcionamento, tanto por não disporem os respectivos proprietários de licença sanitária, emitida ao abrigo das Instruções aprovadas pela Portaria nº 6065 de 30 de Março de 1929, como de alvará de licença de abertura, nos termos fixados pelo Decreto-Lei nº 328/86, de 30 de Setembro, como ainda por não se mostrar a utilização ali praticada licenciada pelo município ao abrigo do regime que actualmente vigora no que à exploração dos estabelecimentos de bebidas diz respeito[23].

2.1. Nem, de resto, obtiveram aprovação municipal as obras de instalação dos estabelecimentos.

2.2. Aprovado o despejo da edificação ocupada pelo B em 4/12/1989, não foi, sequer, efectuada a notificação ao destinatário, condição de eficácia do acto, pelo que não foram accionados quaisquer procedimentos de execução.

3. Relativamente à discoteca D, não foi verificado o cumprimento dos requisitos urbanísticos definidos em matéria de polícia administrativa das edificações, porquanto apenas se pronunciou a Câmara Municipal sobre o projecto de arquitectura, sem que, na falta de apresentação dos projectos da especialidade haja a Câmara Municipal intimado o proprietário a suprir aquela omissão ou desencadeado outro procedimento de reposição da legalidade.

3.1. A exploração não se confina ao espaço compreendido na licença sanitária, verificando-se infracção ao conjunto de limitações impostas com o acto de licenciamento sanitário, designadamente, as de condicionamento do campo acústico ao interior da edificação.

3.2. Desconhece o Departamento de Planeamento e Controlo Ambiental da Câmara Municipal de Lisboa se foram cumpridos os condicionalismos enunciados supra (ponto 5.3), fixados no acto de licenciamento, pois não teve lugar vistoria que verificasse a regularidade da exploração exercida no interior da edificação, nas fracções correspondentes ao rés-do-chão e ao primeiro andar.

3.3. O alvará sanitário não é condição suficiente para o funcionamento, mas ainda assim não posso deixar de formular reservas ao seu deferimento, pois nada mostra terem sido aprovadas as obras de instalação do estabelecimento, como nada faz crer ter sido deferida licença de utilização.

---

[23] Decreto-Lei nº 168/97, de 4 de Julho e demais legislação complementar.

Ora, determina-se no art. 50º, nº1, do citado Regime do Licenciamento de Obras Particulares que, em caso algum, pode ser licenciado o funcionamento de um estabelecimento, sem que seja exibida licença de utilização, a qual precede conferência do projecto de arquitectura com as obras executadas.

Quando, o que poderia suceder, mas não sucedeu, é realizar-se conjuntamente a vistoria para o efeito da emissão das duas licenças - licença de utilização e licença sanitária.

3.4. Não compreendo, tão pouco, quais as razões que possam legitimar o não exercício de acção de fiscalização destinada a conhecer da conformidade da actividade com o licenciamento sanitário concedido, na falta de apresentação pelo responsável de elementos probatórios que permitam dar por cumpridas as adaptações preconizadas.

3.5. Não foi, também, prestada justificação atendível para a não execução coactiva da intimação para demolição das obras ilegais levadas a cabo no terraço.

4. A Câmara Municipal de Lisboa, ao omitir o exercício dos poderes de que dispõe em sede de reposição da legalidade, e ao não praticar os actos necessários à execução das deliberações tomadas no uso daquela competência, é responsável pela perpetuação de uma situação ilegal, tanto mais reprovável quanto reforça a confiança dos infractores na consolidação de actos ilegais.

4.1. A inércia dos órgãos e serviços com competências próprias em sede de ordenamento territorial e urbanístico, representa violação do dever de boa administração porquanto acarreta prejuízo para a regular prossecução do interesse público.

4.2. Não deve a Câmara Municipal permitir que se perpetuem situações de ilegalidade, tanto mais que à flagrante violação da Lei, acresce, no que concerne à exploração da D, a desobediência deliberada a ordem municipal de demolição e o manifesto desrespeito pelas condições do licenciamento concedido.

4.3. Para mais, as garantias de autoridade concedidas constitucionalmente aos poderes locais, se vulneradas pelo seu não exercício atempado e escrupuloso, perdem a sua razão de ser e toleram que se crie um injustificado clima de impunidade na comunidade municipal.

4.4. É certo que o poder de determinar o despejo de edificação ocupada sem a respectiva licença de utilização ou em desconformidade com o uso licenciado, previsto

no art. 165º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas[24], apresenta carácter discricionário, cabendo à câmara municipal a possibilidade de escolher a oportunidade de agir[25].

Não pode confundir-se, porém, discricionaridade e arbitrariedade. Apreciados os factos, não se conhece qualquer motivação de interesse público que possa fundar o não exercício da faculdade de determinar a interdição do exercício da utilização prosseguida nos edifícios ocupados pelos estabelecimentos de bebidas D, B e C, sem o necessário título de licenciamento.

4.5. Na verdade, a licença de utilização para serviços de restauração ou de bebidas é expressamente equiparada à licença prevista no art. 26º do regime aprovado pelo Decreto-Lei nº 445/91, de 20 de Novembro[26].

O acto administrativo que concede a licença de utilização para serviços de bebidas atesta a conformidade da obra com o projecto aprovado, a adequação do estabelecimento ao uso previsto, e, ainda, o cumprimento das pertinentes disposições regulamentares (seja das que estabelecem os requisitos das instalações, classificação e funcionamento dos estabelecimentos, seja das que regem os domínios sanitário e da segurança contra os riscos de incêndio).

4.6. Parecem mostrar-se, pois, preenchidos, no que toca a todos e a cada um dos estabelecimentos, os pressupostos de facto e de direito do exercício do poder de ordenar o despejo sumário das edificações.

5. São de ordem diversa, como tive, já, oportunidade de frisar, os interesses públicos cuja regular prossecução se mostra lesada por não ter tido lugar, em momento prévio ou subsequente ao do início da exploração de cada um dos estabelecimentos, a verificação do cumprimento das pertinentes normas legais: urbanização, estética, segurança, salubridade e salvaguarda do ambiente.

5.1.Na ausência de elementos que atestem a conformidade da exploração com o regime jurídico aplicável ao seu exercício, deve presumir-se a preterição do conjunto

---

[24] Aprovado pelo Decreto-Lei nº 38382, de 7 de Agosto de 1951, com a sua actual redacção.

[25] Assim pode ler-se no Acórdão do S.T.A. de 27/7/1978 (*in* AD nº206, ANO XVIII, p.290) "O titular do poder discricionário é o único juiz da oportunidade e da conveniência em o exercer.
Diz-se, no já referido art. 165º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas que 'as câmaras municipais poderão ordenar...o despejo sumário...'. Ora, como se sabe, a expressão 'poderão' inculca, normalmente, a ideia de que o legislador confere aos seus órgãos uma margem de liberdade – relativa, é claro, de apreciação: - verificadas certas circunstâncias, o órgão terá o poder de agir ou de não agir ou de escolher a oportunidade de agir"."

de normas que integram a disciplina legal. De outro modo, interrogo-me sobre que justificação teriam as normas legais e regulamentares ao imporem a necessidade de a Administração Pública licenciar ou autorizar certas actividades e estabelecimentos.

Ora, é ponto assente serem os estabelecimentos alvo da reclamação, de acesso ao público, frequentados por elevado número de pessoas que recorrem aos serviços ali prestados, com concentração diária no mesmo espaço de centenas de utilizadores.

5.2. Por este mesmo motivo, não pode ser descurada a análise da adequação das condições de funcionamento dos estabelecimentos com os requisitos legais e regulamentares em matéria de salubridade e de segurança contra o risco de incêndio.

Não se mostra sequer definida a capacidade dos estabelecimentos por referência ao número de utentes cujo acesso é permitido (v.d. art. 30º, nº 5), nem, foi verificada a adequação das condições de funcionamento, higiene e conservação das estruturas, instalações e equipamentos dos estabelecimentos de bebidas visados (art. 32º do Decreto-Lei nº 168/97), pelo que não se pode concluir encontrar-se regularmente acautelada a protecção dos utentes.

5.3. Por fim, não foram observados os meios afectos à prevenção contra riscos de incêndio. É meu dever ter presente que a necessidade de licenciamento eleva o município a uma posição de garantia do público e dos transeuntes. Em caso de sinistro em estabelecimentos não licenciados, cujo funcionamento clandestino a Câmara Municipal não ignora, não será legítimo invocar excepções de qualquer ordem que obstem à responsabilidade civil do município por danos que venham a ser verificados.

5.4. Não pode deixar de merecer a minha ponderação a circunstância de a exploração ilegal dos estabelecimentos prejudicar gravemente os moradores vizinhos, com preterição do direito fundamental ao descanso, sem que os mesmos aufiram de compensação.

A situação apreciada apresenta-se tão mais iníqua quanto é certo que ao elevado provento que os proprietários dos estabelecimentos auferem no exercício da utilização ilegal, se contrapõe, como efeito directo daquele exercício, na esfera dos reclamantes, a grave incomodidade.

5.4.1. Observo que o legislador interditou o funcionamento de casas de espectáculos, discotecas, bares e estabelecimentos congéneres, cujas instalações não dispo-

[26] cfr. art. 10º do Decreto-Lei nº 168/97, de 4 de Julho.

nham de condições adequadas de isolamento acústico, no período compreendido entre as 24 horas e as 8 horas [27].

Ora, se tais restrições visam, expressamente, os estabelecimentos licenciados, nos termos em que o estatui o preceito contido no nº 1 do citado artigo, por maioria de razão não há-de suscitar reservas, tendo presente o elemento teleológico da norma, a sua aplicação aos estabelecimentos de bebidas, com ou sem salas de dança, que mantenham funcionamento ilegal.

Apelo aqui para a compreensão da dupla natureza dos factos geradores de poluição sonora. De um lado, os seus efeitos no plano da degradação da qualidade de vida dos cidadãos, a par dos danos psicológicos e fisiológicos sobre a saúde; de outro lado, a perturbação sobre a ordem pública, na sua vertente de sossego e tranquilidade na via pública.

6. Mostra-se, pois, devidamente fundada, na necessidade de protecção de interesses públicos ponderosos, a posição que a câmara municipal vier a assumir no sentido de determinar o despejo dos três estabelecimentos que prosseguem exploração à revelia do licenciamento municipal.

6.1. Considero encontrarem-se preenchidos todos os pressupostos do exercício daquela competência: pressupostos de facto, de direito e de mérito. Julgo, pois, que a margem de livre decisão administrativa disposta por Lei à Câmara Municipal encontra reunidas todas as condições para que o resultado da ponderação seja unívoco.

A liberdade concedida à Administração é relativa, já que devem os seus órgãos determinar-se pelo fim de interesse público específico para cuja prossecução essa liberdade lhes foi outorgada.

Ora, não verifico, na minha análise, tão exaustiva quanto mo permitiu a audição dos competentes órgãos e serviços camarários, qualquer facto determinante de um interesse público cuja consecução fundamente suficientemente o não exercício daquele poder[28].

---

[27] art. 3º, nº2 do Decreto-Lei nº 271/84, de 6 de Agosto.

[28] "Que tal opção seja realmente livre, por desígnio do legislador, é algo de que duvidamos, desde logo porque o legislador a faz depender de pressupostos com algum sentido orientador, mesmo quando formulados através de conceitos indeterminados, como acontece no caso aqui analisado, e assim condiciona e orienta o decisor, pelo que a discricionaridade de escolha "livre" , entre soluções "indiferenciadamente admissíveis" não é totalmente livre, estando sempre ligada a pressupostos legalmente definidos, de forma mais ou menos determinada (...) o pressuposto, ao delimitar o âmbito da ponderação legítima, fornece os limites da dita margem de livre apreciação (...), com o que vincula, de algum modo, a decisão a tomar no uso da discricionaridade "pura".

6.2. Esta observação pode tornar-se mais clara se nos confrontarmos com o desvio de poder próprio dos actos administrativos que se afastam do fim previsto pelo legislador na concessão do poder discricionário. Do disposto no § único do art. 19º da Lei Orgânica do Supremo Tribunal Administrativo[29], resulta que não é um qualquer motivo do acto que pode legitimar a sua anulação. Apenas o motivo principalmente determinante. Isto, com o sentido de excluir os motivos superabundantes que, não obstante se encontrem na base do acto, não se apresentem como motivo suficiente para a sua prática.

Do mesmo modo, quando um órgão administrativo não actua, invocando para esse efeito a discricionaridade contida no poder, há-de submeter-se a abstenção e os seus motivos a um teste semelhante; por outras palavras, verificar se o órgão deixou de intervir por motivo que possa dar-se como determinante em estreita afinidade com a norma habilitante ou se, pelo contrário, condiciona o seu comportamento a um motivo superabundante, ignorando a verificação de factos constitutivos de pressupostos de facto e de direito que apontam para a necessidade de intervir.

6.3. Regressando aos factos descritos, pode verificar-se que os proprietários dos estabelecimentos mantêm exploração indevida há largos anos, sem que se justifique, assim, conceder-lhes, previamente ao exercício do poder de despejo, um prazo para regularização da situação.

Nem venha brandir-se com o princípio da proporcionalidade para encontrar vias mais contemporizadoras, pois o seu alcance cessa onde se inicie a ilegalidade. A reintegração do interesse público admite, sem dúvida, ajustamentos determinados pela proibição do excesso, mas o primado da Lei escapa a esta ordem de ponderações.

Tolerar por mais tempo a abertura de estabelecimentos não licenciados, quan-

---

A decisão discricionária nunca é uma escolha de moeda ao ar ou indiferente entre várias alternativas jurídicas de solução, só aparentemente "indiferenciadamente admissíveis"; antes resulta da busca da única decisão legítima no caso – válida juridicamente e também do ponto de vista das exigências do mérito administrativo. (...)
Também a discricionaridade pura será exercício de função jurídica e, portanto, procura da melhor solução jurídica e administrativa, conforme a intenção da delegação legislativa do poder e simultânea atribuição da competência em causa à Administração. Quer do ponto vista da correcção jurídica, quer do ponto de vista do mérito - e o interesse público é questão jurídica e questão de mérito – não haverá aqui, para a autoridade administrativa, soluções equivalentes. (PORTOCARRERO, Maria Francisca, *Discricionaridade e conceitos imprecisos: ainda fará sentido a distinção?* Anotação ao Acórdão do STA de 20.11.1997, Pº 39512, in Cadernos de Justiça Administrativa, nº 10, Julho/Agosto, 1998.)

[29] Decreto-Lei nº 40 768, de 8 de Setembro de 1956.

do é certo que dispuseram os seus proprietários do tempo necessário para os regularizar, é inconveniente, é injusto para com os proprietários de estabelecimentos congéneres cumpridores e mostra-se claramente lesivo do direito ao repouso e tranquilidade dos moradores mais próximos.

A simples apresentação de pedido de legalização não basta para ter por reposta a legalidade, não devendo a Administração consentir, no decurso da pendência de eventual procedimento administrativo de licenciamento, no exercício de uso ilegítimo.

7. De todo o modo, e na eventualidade de a Câmara Municipal entender, escorando-se em motivo de interesse público não revelado, e após ponderação de elementos de facto até agora desconhecidos, não exercer a faculdade discricionária de ordenar o despejo sumário, sempre deverá, ao menos, aplicar aos estabelecimentos reclamados a interdição do funcionamento no período horário compreendido entre as 24 horas e as 8 horas.

Isto, por não poder a Câmara Municipal de Lisboa tolerar que os proprietários de estabelecimentos não licenciados beneficiem de um regime mais permissivo que aquele a que se subordinam os estabelecimentos com exploração licenciada. São de ordem pública as motivações que oponho ao não exercício de sindicância administrativa relativamente aos estabelecimentos que mantêm funcionamento ilegal, e não considerações de simples oportunidade, conveniência ou mérito.

III
Conclusões

Tudo visto, e no exercício dos poderes que a Constituição e a Lei me conferem,

Recomendo

1º que seja ordenado, nos termos do disposto no art. 165º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, o despejo sumário dos estabelecimentos D, C e B, sitos na freguesia de Santos-O-Velho, porquanto vêm sendo explorados sem o licenciamento municipal devido que habilitaria uma utilização conforme, tendo presente que no art. 10ºdo Decreto-Lei nº 168/97, de 4 de Julho, se equipara a licença de utilização para serviços de restauração ou de bebidas à licença prevista no art. 26º do Regime Jurídico do Licenciamento Municipal de Obras Particulares;

2º que, de imediato, no decurso dos prazos a conceder para audiência dos interessados (arts 100º e segs. do Código do Procedimento Administrativo) e para efeito do disposto no art. 165º §4º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas (45 dias), seja fixado um horário de funcionamento conforme com as exigências contidas no art. 3º, nº2, do

Decreto-Lei nº 271/84, de 6 de Agosto (interdição entre as 24 horas e as 8 horas); e,
3º cumulativamente, instaurado procedimento contra-ordenacional: por infracção prevista no art. 54º, nº1, alínea a), do Regime Jurídico do Licenciamento Municipal de Obras Particulares, aprovado pelo Decreto-Lei nº 445/91, de 20 de Novembro, e ainda por infracção prevista no art. 38º, nº1, alínea f), do Decreto-Lei nº 168/97, de 4 de Julho.

Recomendação não acatada.
(processo de regularização iniciado em função desta recomendação).

Ao
Exm.º Senhor
Presidente da Câmara Municipal de Gondomar

R-532/96
Rec. n.º 61/A/99
1999.07.16

I
Dos Factos

Foi solicitada a intervenção do Provedor de Justiça junto de V. Exa., insurgindo–se o impetrante contra o facto de nas actas das reuniões públicas da Câmara Municipal de Gondomar não constar o registo do teor das intervenções dos munícipes.

Esta questão assumia especial relevo no caso apresentado, pois se alegava que na reunião dessa Câmara Municipal de 23 de Junho de 1995, o munícipe A. teria sido insultado por um outro munícipe, sem que nada constasse da respectiva acta.

Instado V. Exa. a pronunciar–se sobre o assunto, veio através do ofício nº 20463, de 4 de Outubro de 1996, informar que "Consultada a acta elaborada, respeitante ao acto público em questão, verifica–se que da mesma nada consta relativamente a qualquer intervenção do público".

Solicitado V. Exa. a esclarecer se, é prática, as actas das reuniões públicas da Câmara Municipal omitirem, por completo, as intervenções dos munícipes, veio informar que "das actas das reuniões da Câmara Municipal nunca ficam registadas as intervenções do público".

II
Dos Fundamentos

Parece–me que tal entendimento não estará isento de censura.

É que, do disposto no art. 85º, nº 1 do Decreto–Lei nº 100/84, de 29 de Março (Lei das Autarquias Locais), resulta a obrigação de ser lavrada acta das reuniões dos órgãos deliberativos das autarquias locais, da qual resulte o registo do que, de essencial, se tiver passado nessas mesmas reuniões.

Mais, se determina no art. 27º, nº 1, do Código do Procedimento Administrativo (aprovado pelo Decreto–Lei nº 442/91, de 15 De Novembro), que de cada reunião dos órgãos colegiais seja elaborada acta que contenha, em resumo, tudo o que nela tiver ocorrido.

E o elenco dos factos a registar que constam das normas a que acabei de me referir é meramente indicativo.

A exigência legal de tudo se retratar em acta, corresponderá à inclusão nesta "de tudo o que for necessário para dar conta, resumidamente, do modo como foram cumpridas as exigências legais da reunião e da formação e manifestação de vontade pelos órgãos colegiais, desde a convocatória até ao encerramento da reunião ou ao fecho da acta" (OLIVEIRA, Mário Esteves e outros, Código do Procedimento Administrativo, 2ª edição, Almedina, anotação ao art. 27º, pag. 184).

Parece–me, pois, que da acta deverão constar, também, as intervenções do público que a elas assista, por forma a que da sua análise transpareça o objecto de tal intervenção, bem como o teor da resposta que ela tenha merecido por parte dos membros do órgão autárquico.

Isto porque tal registo contribuirá, seguramente, para uma maior transparência da actuação da Administração e aproximação aos munícipes, já que por tal meio se facilitará aos utentes o conhecimento do que de mais relevante se apresentou e discutiu.

Por seu turno, o registo, nos termos supra indicados, do teor das intervenções do público, reputa–se necessário à construção de um modelo de actuação que privilegia a colaboração com os particulares, tomando a devida nota das suas sugestões, informações e pedidos de esclarecimento.

Aliás, o Decreto–Lei nº 100/84, de 29 de Março, no art. 78º, nº 2, por o reputar de essencial, consagra a existência de um período, encerrada a ordem de trabalhos, de

abertura à intervenção do público para a prestação dos esclarecimentos que este entender de solicitar.

E não faria sentido que a tal obrigação não correspondesse a necessidade de inscrição do que nele foi trazido à colação.

É que só assim se alcançará o objectivo subjacente às normas em questão, qual seja, o de da acta reflectir, com fidelidade, tudo o que de mais relevante se passou na reunião a que ela respeita, por forma a possibilitar àquele que dela esteve ausente um conhecimento o mais completo possível.

III
Conclusões

São estas motivações, Senhor Presidente da Câmara Municipal de Gondomar, que me aconselham dever

Recomendar

a V. Exa. (ao abrigo do disposto no art. 20º, nº 1 al. a) da Lei nº 9/91, de 9 de Abril) que sejam registadas, em acta, as intervenções dos munícipes, sintetizando–se o seu objecto e o teor da resposta que as mesmas tenham merecido por parte do órgão autárquico.

Situação resolvida por via legislativa (art.º 84º, n.º 7, da Lei 169/99, de 18 de Setembro).

A
Sua Excelência
o Ministro da Cultura

R-185/99
Rec. n.º 73/A/99
1999.10.13

A
Exposição de Motivos

§ 1
Dos Factos

1. Foi objecto de reclamação dirigida a este Órgão do Estado a deliberação do júri do Concurso Para Apoio Anual a Estruturas de Criação e Produção Coreográfica de

Carácter Profissional e de Iniciativa Não Governamental para o ano de 1999.

2. Tendo sido solicitado ao Gabinete de Vossa Excelência o envio de cópia das actas das reuniões do júri do concurso público mencionado, foi facultada cópia da "Acta Final e Decisória" da reunião do júri (de 7 e 8 de Dezembro de 1998), a coberto do ofício nº 244, de 22 de Fevereiro de 1999.

3. Como é do conhecimento de Vossa Excelência, foram já apresentadas queixas por candidatos não contemplados com os subsídios atribuídos em anos anteriores, tendo os resultados da instrução dos processos abertos na Provedoria de Justiça com base nessas queixas habilitado a formulação de um juízo de procedência relativamente às mesmas.

4. Neste sentido, tenho presente o teor da Recomendação nº 4/A/98, de 2 de Fevereiro de 1998, que teve por objecto os actos de deliberação final dos júris dos concursos para a atribuição de apoios anuais e pontuais à criação e produção coreográfica de carácter profissional e iniciativa não governamental para o ano de 1997, bem como a Recomendação nº 72/A/98 dirigida a Sua Excelência a Secretária de Estado da Cultura, em 23 de Novembro de 1998, sobre a deliberação final do concurso para a atribuição de apoios anuais à criação e produção coreográfica de carácter profissional e iniciativa não governamental para o ano de 1998.

5. No que especificamente concerne ao concurso para a atribuição de subsídios à dança para o ano de 1999, verifico que foram realizadas várias reuniões pelo júri, interessando especialmente a 4ª e última reunião, denominada "final e decisória", ocorrida nos dias 7 e 8 de Dezembro de 1998.

6. Nessa reunião foram adoptados os critérios de selecção das candidaturas aos apoios financeiros anuais e bianuais, os quais correspondem aos enunciados no art. 17º[30] do Despacho Normativo nº 62/98, de 1 de Setembro, que aprovou o "Regulamento de Apoios à Actividade Artística de Carácter Profissional e de Iniciativa Não Governamental no Domínio da Dança", conforme resulta da leitura da respectiva acta, a saber:

Interesse e qualidade artística do projecto;

Reconhecimento artístico e profissional do projecto;

Consistência do projecto de gestão;

Diversificação das fontes de apoio financeiro e logístico do projecto;

Carácter inovador do projecto;

Envolvimento activo em actividades de difusão artística e formação de novos públicos;

Capacidade de realização de acções de desenvolvimento artístico em contextos geográficos ou sociais particularmente carenciados em matéria de oferta artística e cultural;

Apoio a novos autores e à produção de primeiras obras;

Envolvimento activo em actividades de intercâmbio e cooperação internacional;

Contributo do projecto para a formação contínua e reciclagem de quadros profissionais, artísticos e técnicos considerados necessários ao desenvolvimento de uma rede nacional de criação, produção e difusão artística, nomeadamente quando se trate da reconversão de bailarinos profissionais.

7. Das trinta e oito candidaturas apresentadas, oito foram contempladas com subsídios bianuais, catorze obtiveram apoios financeiros de carácter anual, num total de vinte e duas candidaturas apoiadas pelo Estado. Os demais candidatos não mereceram deliberação favorável do júri do concurso.

8. Entre estes, conta-se a Companhia de Dança de Lisboa, cuja reclamação deu origem ao presente processo, cumprindo, por isso, ponderar especificamente as razões que levaram à exclusão deste candidato aos apoios financeiros estatais, de carácter anual ou bianual, para o ano em curso.

9. Deliberou o júri não seleccionar a candidatura da Companhia de Dança de Lisboa, com a seguinte motivação:

"Esta candidatura não revelou as condições necessárias à selecção para apoio, nos termos dos critérios previstos no art. 17º do Regulamento aprovado pelo Despacho Normativo nº 62/98. O júri considerou o projecto apresentado sem interesse e qualidade artística. O projecto de gestão revela-se inconsistente, como denota o défice acumulado apresentado na previsão financeira. Não existem outros parâmetros que compensem estas deficiências estruturais, à luz dos critérios de selecção enunciados, uma vez que este projecto não goza

[30] Notando-se que, certamente por lapso, é invocado na acta o art. 23º, do mesmo Despacho Normativo, o qual se refere, todavia, aos critérios de selecção das candidaturas ao concurso para projectos pontuais de criação.

hoje de qualquer reconhecimento artístico e profissional, não tem carácter inovador, nem contribui para a formação contínua e reciclagem de quadros profissionais, artísticos e técnicos considerados necessários ao desenvolvimento de uma rede nacional de criação, produção e difusão artística, e a estrutura não se distingue pelo apoio a novos autores e à produção de primeiras obras, não tem envolvimento significativo em actividades de intercâmbio e cooperação internacional, nem em actividades significativas de difusão artística e de formação de novos públicos, e não revela capacidade de realização de acções de desenvolvimento artístico em contextos geográficos ou sociais particularmente carenciados em matéria de oferta artística e cultural"[31].

10. A deliberação do júri foi homologada por despacho de Vossa Excelência, Senhor Ministro da Cultura, em 18 de Dezembro de 1998.

§ 2
Do Direito

11. Tem-se aqui em vista a fundamentação da deliberação final do júri do concurso quanto à candidatura da Companhia de Dança de Lisboa.

12. No domínio concursal, a fundamentação mostra-se absolutamente essencial, já que a mesma dá a conhecer o resultado da ponderação, quanto a cada um dos candidatos, do respeito pelos critérios adoptados, por forma a habilitar a valoração (classificação e ordenação) das candidaturas e, consequentemente, a sua selecção ou exclusão dos benefícios do concurso.

13. Duas ordens de razões justificam esta preocupação com a fundamentação da deliberação do júri. É que, por um lado, uma fundamentação clara, completa e congruente é tanto mais devida quanto se faz reportar o dever de imparcialidade nos concursos públicos à obrigação de ponderar comparativamente as candidaturas. Nesta linha de raciocínio, a violação do princípio da imparcialidade funda-se tão só na consideração que, "as mais das vezes, a falta de adequada ponderação de interesses será detectada pela insuficiência de fundamentação" [32]. Por outro lado, o dever de fundamentar não

[31] Cfr. Acta da Reunião Final e Decisória do Júri do Concurso para Apoio Anual e Bianual a Estruturas de Criação, Produção e Difusão Coreográfica, ponto 35.
[32] Nas palavras de SÉRVULO CORREIA, Noções de Direito Administrativo, Vol. I, Lisboa, 1982, p. 255.

pode ser postergado quando se trate de decisão desfavorável ao administrado, como acontece no caso vertente.

14. Ora, a fundamentação da exclusão da candidatura da Companhia de Dança de Lisboa limita-se a reproduzir o que vem ditado no art. 17º, do Regulamento aprovado pelo Despacho Normativo nº 62/98, de 1 de Setembro, pese embora com formulação negativa.

15. Se não, vejamos:

16. A argumentação expendida quanto à candidatura em análise, especialmente no que se refere à qualidade artística do projecto, ao reconhecimento profissional e artístico ou ao carácter de inovação, não se apoia em qualquer elemento de facto que, em concreto, diga respeito à Companhia de Dança em causa. O mesmo se pode dizer dos demais argumentos aduzidos, à excepção, porventura, dos que se referem à gestão financeira da Companhia.

17. Quanto a este aspecto, deverá reter-se que o júri considerou o projecto de gestão inconsistente, *"como denota o défice acumulado apresentado na previsão financeira"* [33].

18. Contudo, se são adiantados motivos que fundam a conclusão formulada quanto ao projecto de gestão financeira da Companhia, não se pode deixar de relevar a insipiência dos mesmos para habilitar essa mesma conclusão. É que, a partir da deliberação em causa, não é sequer nítida a relação estabelecida entre a apresentação, pela requerente, de dados relativos ao défice acumulado nos anos anteriores e a consideração da inconsistência do projecto de gestão que se propõe executar.

19. Isto porque, não apenas o requerido apoio financeiro do Estado se possa legitimamente destinar a superar ou minimizar a situação deficitária exposta, viabilizando os projectos artísticos da companhia de dança e, com isso, cumprindo-se o desiderato da atribuição de subsídios à criação e divulgação artísticas, como esta atribuição, enquanto concretização de um direito económico, social e cultural, deve ter primacialmente em vista as situações de carência que possam justificar o próprio apoio do Estado.

20. Quanto aos demais argumentos, reitera-se o que fica dito anteriormente: a simples enumeração dos critérios regulamentares não cumpridos, segundo a deliberação

---

33 Cfr. Acta da Reunião Final e Decisória, cit., loc. cit.

tomada, não revela os elementos factuais nem as razões que fundam os juízos de não preenchimento dos requisitos a observar.

21. Assim, duas importantes consequências podem ser assinaladas: por um lado, está prejudicado o conhecimento do íter cognoscitivo seguido na deliberação do júri, o que corresponde à preterição de uma função essencial da fundamentação, a saber: a publicitação dos motivos que fundam as conclusões alcançadas. Por outro lado, e não menos importante, mostra-se coarctada a verificação dos factos submetidos à apreciação do júri, impedindo-se, desta forma, o controlo, nomeadamente em sede de recurso contencioso de anulação, da avaliação feita quanto aos pressupostos de facto da decisão.

22. Conclui-se, a partir do que fica exposto, que a fundamentação apresentada é insuficiente, o que determina a invalidade quer da deliberação do júri, quer do acto de homologação ministerial praticado por Vossa Excelência.

23. Permito-me, a este respeito, remeter para quanto motivou a Recomendação que dirigi a Sua Excelência a Secretária de Estado da Cultura, tendo por escopo o concurso para atribuição de subsídios no domínio da dança no ano passado, de que se transcreve a seguinte passagem:

> *"É doutrina assente que a obscuridade ou insuficiência dos fundamentos corresponde à falta de fundamentação, como aliás se conclui da leitura do art. 125º, nº 2, do Código do Procedimento Administrativo (aprovado pelo Decreto-Lei nº 442/91, de 15 de Novembro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 6/96, de 31 de Janeiro.*
>
> *Uma fundamentação constitucionalmente adequada sempre observará três princípios essenciais:"(a) princípio da suficiência, devendo a fundamentação estender-se a todos os elementos em relação aos quais a Administração dispõe de poder discricionário de escolher (e o exerce), de forma a poder reconstituir-se o íter lógico e jurídico do procedimento que terminou com a decisão final ("motivação ou fundamentação de todo suficiente"); (b) princípio da clareza, de modo que a fundamentação seja inteligível, sem ambiguidades nem obscuridades, tendo em conta a figura do destinatário normal ou razoável que, na situação concreta, tenha de compreender as razões decisivas e justificativas da decisão; (c) princípio da congruência, de tal modo que se verifique existir uma relação de adequação e consonância entre os pressupostos normativos do acto (de facto e de direito) e os motivos do mesmo, devendo, por isso, conside-*

rar-se como equivalente à falta de fundamentação a adopção de fundamentos que, por contradição, não esclareçam concretamente a motivação do acto"[34].

Assim, mostra-se desde logo postergada a função garantística indissociavelmente ligada ao dever de fundamentação dos actos administrativos que afectem direitos ou interesses legalmente protegidos dos particulares, assinalando-se que "em relação aos actos praticados no exercício de poderes discricionários a fundamentação é mesmo um requisito essencial, visto que sem ela ficaria substancialmente frustrada a possibilidade de impugnar com êxito os seus vícios mais típicos. Nesse domínio, a fundamentação é uma garantia do próprio direito ao recurso contencioso"[35]*. Deverá concluir-se que o exercício de um poder discricionário não isenta a Administração do dever de fundamentação dos seus actos; pelo contrário, antes o "exige especialmente", nas palavras de VIEIRA DE ANDRADE*[36].

Além de que à fundamentação dos actos administrativos é ainda assinalada uma importante função objectiva, como regra essencial do dever de boa administração, ou "norma de acção administrativa (...) que visa assegurar uma correcta e ponderada realização dos interesses públicos (legalidade, imparcialidade, justiça, eficiência)"[37].

Restará concluir que no domínio dos concursos (mesmo de concorrência, como é o caso), as escolhas e valorações feitas a partir da análise comparativa das candidaturas terão sempre de pautar-se por critérios objectivos que garantam a correcção, imparcialidade e justiça daquelas escolhas. (...) De qualquer forma, a motivação das escolhas feitas pelo júri (como resultado da ponderação comparativa) sempre teria de ser explicitada nos fundamentos aduzidos, quer para a atribuição, quer para a recusa dos subsídios, sob pena de invalidade dessas mesmas escolhas"[38].

24. Devo recordar que, em resposta transmitida a coberto do ofício nº 445, de 6 de Abril de 1999, veio Sua Excelência a Secretária de Estado da Cultura tomar posição

---

[34] GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada, 3ª edição, Coimbra, 1993, p. 936.

[35] GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada, cit., p. 936.

[36] Cfr. O Dever de Fundamentação Expressa de Actos Administrativos, Coimbra, 1991, p. 136.

[37] Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, ob. cit., loc. cit.

[38] Cfr. Pontos 50 a 54 da Recomendação nº 72/A/98, de 23-11-1998.

no sentido do acatamento, para o futuro, da Recomendação citada, tendo por parâmetro os seus fundamentos, informando sobre o seu envio ao Instituto Português das Artes do Espectáculo, "*a fim de ser tida como referência para a correcção e total legitimidade dos concursos abertos posteriormente, informando-se os membros do júri da necessidade de adequar a sua actividade ao respectivo teor*".

25. Noto, porém, que, no que concerne especificamente ao dever de fundamentação, às posições então afirmadas não terá sido conferido inteiro seguimento, mesmo tendo em conta que "*existe da parte do Ministério da Cultura a consciência de que as matérias subjacentes a qualquer tarefa de apreciação qualitativa dos domínios artísticos e culturais dificilmente poderão ser valorizadas de forma inquestionável e totalmente objectiva e, por reconhecer as dificuldades, inerentes à natureza deste tipo de tarefas, o júri é composto na sua maioria por personalidades independentes de reconhecida credibilidade e competência nos domínios dos concursos cuja apreciação lhes está confiada, procurando-se, deste modo, conferir a maior transparência e isenção no processo de selecção respectivo*".

26. É que não está em causa a credibilidade ou a competência dos membros do júri. Menos ainda se contesta a bondade da adopção de um modelo de intervenção do Estado no domínio das artes que passe, como é o presente caso de atribuição de subsídios, pela constituição de júris compostos por personalidades de reconhecidos méritos no âmbito cultural.

27. Aliás, a este modelo de júris de peritos têm sido assinaladas inegáveis vantagens. Desde logo, porque os juízos valorativos emanados se baseiam em conhecimento e experiência não detidos pela generalidade das pessoas. A inadequação de uma avaliação feita exclusivamente pelo homem médio é assinalada por vários autores[39], havendo mesmo quem afirme que o público pode funcionar quanto à arte como um relógio atrasado[40]. Acresce que se acredita na relação a estabelecer entre uma composição pluralista dos júris de peritos e a neutralidade das respectivas deliberações, já que apenas uma composição plural e heterogénea do júri pode corresponder aos desideratos de integração democrática e de representação (e aceitação) das várias tendências artísticas (estéticas, conceptuais, etc.) traduzidas nos projectos submetidos a concurso.

---

[39] Veja-se, neste sentido, Francesco Rimoli, La Libertà Dell´Arte Nell´Ordinamento Italiano, Milão, 1992, pp. 199-201 e p. 211, com ampla referência à doutrina germânica.

[40] A expressão é de Baudelaire, em defesa de Delacroix. Cfr. Jean-Marie Pontier et. al., Droit de la Culture, 2ª ed., Paris, 1996, p. 27.

28. Sem prejuízo das considerações tecidas no ponto anterior, é necessário não descurar os perigos que advêm de uma incondicional crença na objectividade e imparcialidade das deliberações tomadas. O "mito da imparcialidade", nas sugestivas palavras de FRANCESCO RIMOLI,[41] não deverá fazer descurar a necessidade de estabelecer garantias, quer graciosas, quer contenciosas, para acautelar os direitos de todos quantos apresentam as suas candidaturas.

29. Por outras palavras: às garantias associadas à adopção de um modelo de intervenção do Estado que se baseia na independência e na pluralidade dos membros dos júris deliberativos devem acrescentar-se as garantias procedimentais e processuais próprias de um Direito Administrativo que, ao mover-se nos direitos fundamentais dos administrados, sempre concretizará as disposições constitucionais que se dirigem aos fundamentos e limites da actuação da Administração Pública (designadamente no art. 268º, nº 4, da Constituição).

30. Daí que se insista na relação estabelecida entre o cumprimento das regras procedimentais dirigidas à fundamentação completa e adequada das deliberações dos concursos e o exercício do direito de recurso judicial dessas deliberações (ou dos actos que as homologaram), porquanto o controlo feito pelos juizes administrativos da legalidade dos actos praticados, para mais num domínio onde a discricionaridade e a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados assumem um papel de relevo, depende, em grande medida, do acesso à informação trazida à apreciação dos membros do júri e do conhecimento das razões determinantes da selecção e da exclusão dos candidatos. E tal só pode ser facultado pela fundamentação das deliberações.

31. A importância da fundamentação está aliás ilustrada num recente acórdão do Supremo Tribunal Administrativo em que se apreciou a validade do despacho de Vossa Excelência de 2-12-1997 que homologara a acta da decisão final do júri do concurso relativo aos apoios anuais e bianuais do Estado à actividade teatral profissional de iniciativa não governamental para o ano de 1998.

32. Com efeito, no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 25 de Maio de 1999, que decidiu o Recurso nº 46.680, interposto pelos responsáveis pela companhia teatral denominada Teatro em Movimento, pode ler-se que "*como é norma em todos os procedimentos administrativos, mormente em procedimentos concursais*

[41] Cfr. La Libertà Dell´Arte Nell´Ordinamento Italiano, cit., p. 213.

que envolvem a selecção de candidaturas pelos seus méritos em comparação e concorrência com os méritos das outras, admitindo que nem todas podem ser apoiadas, a escolha das candidaturas a apoiar e a exclusão de outras tem que ser fundamentada com base nas características dos projectos e nos critérios adoptados".

33. A falta de conhecimento dos motivos que levaram o júri a excluir aquela companhia de teatro do apoio financeiro do Estado veio a determinar a decisão judicial de anulação do acto recorrido, concluindo os juizes pela ocorrência de "*vício de forma por falta de fundamentação do acto impugnado cuja validade ou invalidade substancial não é possível apreciar por se desconhecerem os fundamentos em que se baseou*".

34. Nem se apontem as diferenças entre o acto recorrido judicialmente e a decisão objecto da presente Recomendação, já que aquele acto concordou e homologou uma deliberação que, em sede de fundamentação, se limitou a remeter para a legislação aplicável, não explicitando os motivos da exclusão da companhia cénica em causa. Ora, a enumeração linear de todos os critérios de selecção com a simples menção de não se mostrarem cumpridos, como aconteceu no concurso reclamado, não pode deixar de conduzir ao mesmo resultado.

35. É que o dever de fundamentação não se satisfaz com o simples enunciado de factos negativos quando estes envolvem juízos de apreciação. Por seu turno, uma fundamentação insuficiente - porque não permite reconstituir o íter cognoscitivo do júri - equivale à falta de fundamentação.

36. A ser assim, o despacho de Vossa Excelência que homologou a acta final e decisória do júri do concurso para atribuição de apoios anuais e bianuais às actividades coreográficas profissionais e de iniciativa não governamental para o ano de 1999, é inválido na parte em que se refere à exclusão da Companhia de Dança de Lisboa.

37. A revogação (parcial) do acto acima identificado é legalmente possível, atento o facto de não se mostrar decorrido o prazo de um ano sobre a sua emissão (e notificação aos interessados), por aplicação das regras constantes do art. 141º, nºs 1 e 2, do Código do Procedimento Administrativo.

B
Conclusões

De acordo com o que ficou exposto, e em nome da atribuição constitucional que me é conferida no sentido da prevenção e reparação de injustiças (art. 23º, nº 1, da Constituição da República Portuguesa), entendo fazer uso dos poderes que me são con-

fiados pelo Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei nº 9/91, de 9 de Abril, no seu art. 20º, nº 1, alínea a), e, como tal,

Recomendo

A revogação, por ilegalidade, do acto de homologação da deliberação tomada pelo júri do concurso para apoio anual a estruturas de criação e produção coreográfica de carácter profissional e de iniciativa não governamental para o ano de 1999, em reunião ocorrida nos dias 7 e 8 de Dezembro de 1998, na parte em que decide pela exclusão de apoio financeiro à Companhia de Dança de Lisboa.

Recomendação não acatada

Ao
Exmo Senhor
Presidente da Câmara
Municipal da Maia

R-718/92
Rec. n.º 81/A/99
1999.11.15

I
Exposição de Motivos

1. Foi o processo em epígrafe organizado para apreciação de queixa apresentada, em 1992, sobre situação de insalubridade associada à ausência de abastecimento de água potável a uma edificação destinada a habitação, sita na Rua Central de Carvalhido, em Moreira da Maia.

2. No âmbito da respectiva instrução foram coligidas as seguintes informações:

2.1. Na sequência de vistoria levada a cabo pelos serviços camarários e pelo Centro de Saúde da Maia, em 13 de Março de 1992, foi o proprietário intimado, por mandado de 8 de Abril, a efectuar os trabalhos de instalação da rede domiciliária de água para abastecimento da cozinha, a partir da rede pública existente, tendo-lhe sido concedido um prazo de 30 dias.

Tal ordem não foi acatada.

2.2. Indagado sobre a execução administrativa das obras em causa, ao abrigo do disposto nos artigos 15º e 17º do Regime do Arrendamento Urbano, aprovado pelo

Decreto-Lei nº 321-B/90, de 15 de Outubro, pronunciou-se V. Exª pela improcedência da pretensão reclamada.

Em síntese foi contraposto que:

a) V.Exa entende que o assunto se reveste de alguma gravidade;
b) mas, contudo, se trata de uma questão eminentemente privada, dado o litígio que opõe o reclamante ao senhorio;
c) pelo que deverão ser os Tribunais a dirimi-lo;
d) por seu turno, a norma do art.15º, nº1, do Regime do Arrendamento Urbano, não impõe qualquer obrigação ao município de proceder às obras necessárias, apenas lhe concedendo uma faculdade;
e) tem sido orientação municipal não acudir se não aos casos de perigo iminente para a saúde pública, relegando o mais para os meios de resolução judicial de conflitos;
f) orientação essa que justificará, ainda, que não seja instaurado procedimento contra-ordenacional ao senhorio;
g) até porque dado o escasso valor das rendas em prédios de construção antiga seria "claramente violento obrigar o senhorio a fazer obras" (cfr. of.º3134, de 29.2.1996).

II
Apreciação

1. Sem prejuízo de reconhecer que a questão controvertida apresenta aspectos de natureza particular, próprios da relação de arrendamento urbano, não menos certo é existir um relevante interesse público de ordem higio-sanitária no abastecimento domiciliário de água potável.

Em nome deste interesse público não é desejável que a Câmara Municipal se abstenha pura e simplesmente de intervir, aguardando que o senhorio e o inquilino acordem entre si a composição do litígio, do mesmo passo que os interesses de ordem pública na salubridade das edificações perduram lesados.

2. É do conhecimento geral o desajustamento do valor das rendas em face das despesas que, por conta da conservação e beneficiação das edificações, os senhorios têm de suportar, o que, em certas situações, pode levar a concluir pelo abuso de direito

em muitas pretensões dos arrendatários[42]. Contudo, merece reservas a ponderação de tal pressuposto no exercício dos poderes discricionários das câmaras municipais, por implicar desvio do fim com vista ao qual lhes conferiu a Lei certo poder.

Não pode a Câmara Municipal, fundando-se naquela ordem de razões, abster-se de exercer os meios que legalmente lhe assistem para assegurar o regular cumprimento da disposição contida no art. 101º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, aprovado pelo Decreto nº 38.382, de 7 de Agosto de 1951.

3. Dir-se-á que é possível ao queixoso proceder, ele mesmo, à ligação, prevalecendo-se de meio que lhe confere o Regime do Arrendamento Urbano, caso o senhorio deixe de o fazer injustificadamente.

Este ponto não pode, todavia, afastar a Câmara Municipal da prossecução das suas atribuições, principalmente em domínio tão sensível como o do abastecimento de água potável - tanto mais que o local se encontra já servido de rede pública.

4. Nem a circunstância de não ter o reclamante requerido a ocupação do arrendado pode fundar, ao invés do que pretende essa Câmara, a inacção municipal.

Isto, porquanto a faculdade de a Câmara Municipal tomar posse administrativa para execução das obras em nada depende da iniciativa do arrendatário, sendo certo poder a Câmara Municipal desencadear oficiosamente tal procedimento. Diferente interpretação não colhe, por não encontrar apoio no elemento literal do preceito compreendido no art. 15º do R.A.U., aprovado pelo Decreto-Lei nº 321-B/90, de 15 de Outubro.

5. Nada obsta a que as câmaras municipais procedam a uma auto-vinculação, ainda que meramente indicativa, definindo critérios e prioridades de intervenção. Parece razoável, a meu ver, que as câmaras municipais intervenham prioritariamente em edificações que ameaçam a segurança dos moradores e de terceiros.

6. De todo o modo, no quadro das atribuições municipais em matéria de salubridade e segurança das edificações, o que já me parece não poder ser deliberado é, pura e simplesmente, a recusa do exercício de uma competência, como decorre dos esclarecimentos prestados, pelo que não podia deixar de comunicar a V.Exa. o entendimento que me parece mais avisado a este respeito.

7. Ainda neste domínio, incumbe-me chamar a atenção para o exercício da

[42] cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25.02.1986 (C.J, ano XI, tomo 1,p.104), Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 1.6.1993, (C.J., ano de 1995, tomo 3, p. 220), Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 11.5.1995 (C.J., ano de 1995, tomo 3, p.100).

competência de instauração de procedimento contra-ordenacional, sempre que for caso disso; isto é, reunidos os devidos pressupostos, o que deverá ser ponderado na situação analisada.

7.1. A incumbência de fiscalização do cumprimento das disposições do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, conferida às câmaras municipais (sem prejuízo da competência das autoridades policiais), vem acompanhada da competência para o processamento das contra-ordenações respectivas (cfr. art. 161º do citado diploma, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei nº 463/85, de 4 de Novembro). O legislador confiou aos serviços de fiscalização da câmara municipal uma competência genérica quanto à instrução de processo contra-ordenacional por violação às normas contidas no corpo do regulamento.

7.2. MANUEL LOPES ROCHA (et.al.) sustenta serem aplicáveis ao procedimento por contra-ordenação, em caso de lacunas e omissões do regime estabelecido no Decreto-Lei nº 433/82, de 27 de Outubro, o regime de processamento das contravenções e transgressões fixado no Decreto-Lei nº 17/91, de 10 de Janeiro, com expressa invocação do seu artigo 3º.[43]

A afirmação da aplicabilidade, a título subsidiário, da disciplina processual do ilícito contravencional fundamenta-se na ponderação da natureza do processo contravencional.

Ora, nos termos do art. 3º do Decreto-Lei nº 17/91, a autoridade, agente de autoridade, ou funcionário público que, no exercício das suas funções, presencie ou verifique ou, por qualquer meio, tome conhecimento de contravenção ou transgressão de que lhe cumpra conhecer, deverá levantar ou mandar levantar auto de notícia.

Constatada a prática de uma infracção, a competência para processar a contra-ordenação que lhe corresponda, constituirá um poder de exe rcício vinculado.

Por outras palavras, não creio que possa reconhecer-se um princípio de oportunidade neste domínio, principalmente, sem base constitucional.

7.3. Iniciado o processo, deve a autoridade administrativa proceder à investigação e instrução, e concluída esta, decidir pelo arquivamento do processo ou pela aplicação de coima (art. 54º, nºs. 1 e 2, do Decreto-Lei nº 433/82, de 27 de Outubro).Ali se ponderam eventuais causas que possam justificar o ilícito de mera ordenação social.

De outro modo, ficará frustrado o interesse público que determinou a fixação

[43] (Contra-ordenações, Legislação e Doutrina, 1994, p.p. 166).

de normas de contra-ordenação e que subjaz à consagração das prescrições relativas ao abastecimento de água potável.

III
Conclusões

A competência dos órgãos da Administração tem natureza de ordem pública pelo que é irrenunciável. Assim o revela expressamente o disposto no art. 29º do Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei nº 442/91, de 15 de Novembro.

Não pode o órgão administrativo abdicar do uso dos poderes que legalmente lhe são conferidos para a prossecução das atribuições da pessoa colectiva em que se integra. Na verdade, a irrenunciabilidade, seja por forma expressa, seja por forma tácita, à titularidade ou ao exercício da competência constitui um corolário do princípio da legalidade da competência.

Concluo, pois, pela indevida abstenção da Câmara Municipal da Maia, como ilegal omissão do exercício dos poderes que lhe assistem, seja no plano da reposição da legalidade, ao não encetar qualquer procedimento por forma a assegurar a estrita observância do preceito compreendido no art. 101º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, aprovado pelo Decreto nº 38.382, de 7 de Agosto de 1951, seja no domínio sancionatório, ao não instaurar procedimento por contra-ordenação, quando verificados indícios da prática de infracção ao citado preceito.

Para mais, tendo sido o senhorio notificado da intimação administrativa de 8.4.1992 com vista a realizar as obras de ligação à rede domiciliária de abastecimento de água, não vejo como possa a autoridade municipal ver-se confrontada com o incumprimento que se arrasta há mais de sete anos.

Em consonância com esta ordem de razões,

Recomendo

a V.Exa., no uso da faculdade que me é atribuída pelo art.20, nº 1, alínea a) da Lei nº 9/91, de 9 de Abril, que se digne rever a posição assumida pela Câmara Municipal da Maia.

Recomendação sem resposta conclusiva

Ao
Exmº Senhor
Presidente da Câmara Municipal de Sobral de Monte Agraço

R-1146/99
Rec. n.º 85/A/99
1999.11.23

I
Exposição de Motivos

§ 1º
Da reclamação e seus fundamentos

1. Foi solicitada a minha intervenção com fundamento na impossibilidade de aproveitamento para fins urbanísticos do prédio denominado "T. C. P.", sito no concelho de Sobral de Monte Agraço, propriedade de…

2. Em concreto, questionava a proprietária que a Câmara Municipal de Sobral de Monte Agraço houvesse inviabilizado a edificação pretendida com fundamento em instrumento de planeamento territorial ainda não publicado.

3. Requereu a mencionada proprietária em 24/6/1993, informação sobre a viabilidade da construção de edificação, a qual mereceu parecer desfavorável por o local se situar na Reserva Ecológica Nacional, segundo as cartas anexas ao projecto do regulamento do Plano Director Municipal de Sobral de Monte Agraço. Este só viria a ser ratificado pela Resolução do Conselho de Ministros nº 134/96, publicada no Diário da República, nº 198, de 27/8/1996 (cfr. ofício nº 1770, de 8 de Junho de 1996).

4. Por esta razão, o teor do acto de indeferimento do pedido de viabilidade de construção comunicado à requerente em 8/7/1993, e objecto de confirmação por despacho de 22/8/1994, fundou-se em instrumento de planeamento territorial cuja publicação se viu diferida para três anos volvidos após a sua prática.

5. Mais revelou a instrução que, à data da decisão contestada, a alegada inclusão do prédio da requerente em área da Reserva Ecológica Nacional não se apresentava fundada em norma jurídica, porquanto não estava publicado instrumento regulamentar algum que operasse a delimitação de tal restrição por utilidade pública, sendo certo que o local não se encontrava abrangido pelo respectivo regime transitório (cfr. Informação nº 788/96).

2º
Do pedido de informação prévia

6. O pedido de informação prévia (de viabilidade ou de localização) representa um primeiro passo no procedimento de obras particulares, embora não se afigure como fase prévia obrigatória ou necessária desse procedimento. Chamada a administração a pronunciar-se sobre uma pretensão edificatória concreta, mediante a apresentação de um conjunto de elementos suficientes para a habilitar a proferir um juízo de viabilidade sobre essa pretensão por aplicação de um procedimento relativamente expedito, permite-se às câmaras municipais e aos particulares poupar tempo e custos[44].

7. Em área não abrangida por plano director municipal ou alvará de loteamento, o pedido de informação prévia é regulado pelo disposto nos arts 42º a 44º do regime jurídico do licenciamento municipal de obras particulares (RJLMOP), aprovado pelo Decreto-Lei nº 445/91, de 20 de Novembro. Desde a publicação do Decreto-Lei nº 250/94, de 15 de Outubro, parece inequívoco, no que ao caso interessa, que também aos pedidos de informação prévia formulados para construção em áreas não abrangidas por instrumento de planeamento territorial ou alvará de loteamento é aplicável o disposto no art. 12º, nº 3, do mencionado regime, o que significa que a decisão de qualquer pedido formulado, para além de vinculativa (art. 13º), é constitutiva de direitos.

8. Atendendo à interconexão estabelecida por Lei entre o pedido de informação prévia e o pedido de licenciamento de obras - e que se traduz, entre outros aspectos, na vinculatividade da decisão que recaiu sobre o pedido de informação - é pacífico o entendimento que os fundamentos que habilitam as câmaras municipais a indeferir um pedido de viabilidade de construção são os mesmos que constituem a motivação legalmente admissível dos actos de indeferimento de pedidos de licenciamento de obras e que se encontram fixados no artº 63º do citado RJLMOP. Os actos de indeferimento devem basear-se em fundamentos contidos nas alíneas a) a g), do nº 1, do art. 63º, daquele regime , e podem fundar-se ainda nos motivos enunciados nas alíneas a) e b), do nº 2, do mesmo artigo.

---

[44] Cfr. neste sentido António Duarte de Almeida e outros, Legislação Fundamental de Direito do Urbanismo, Vol. II, Lisboa, 1994, anotação ao art. 10º do regime aprovado pelo Decreto-Lei nº 445/91, de 20 de Novembro, p. 825.

9. Doutro modo não se compreenderia a vinculatividade da decisão. A câmara municipal emite um juízo de viabilidade sobre uma dada pretensão assumindo um compromisso *"ad futurum"* de a deferir se o projecto submetido a apreciação camarária em fase de licenciamento se conformar em tudo com o inicial.

10. De resto, a solução vigente não diverge da tradicional no direito do urbanismo nacional. Já no domínio do anterior regime de licenciamento municipal de obras particulares[45], o poder de indeferimento assumia natureza vinculada.

11. Entre os fundamentos do indeferimento dos pedidos de viabilidade de construção e de licenciamento de obras particulares, conta-se a desconformidade da pretensão edificatória com instrumento de planeamento territorial válido nos termos da Lei (art. 63º, nº 1, alínea a), do RJLMOP).

12. Ora, não se encontrando à data da decisão contestada já concluído o procedimento de formação do Plano Director Municipal de Sobral de Monte Agraço, não podiam as suas prescrições, nem o conteúdo da proposta carta de condicionantes constituir motivo de indeferimento do pedido, já que não se encontravam reunidos os pressupostos de direito da norma de competência mencionada.

§3º
Dos Instrumentos de Planeamento Territorial

13. Os planos directores municipais são elaborados pelas câmaras municipais e aprovados pelas assembleias municipais, cabendo ao Conselho de Ministros promover a sua ratificação, a qual é condição do respectivo registo e publicação[46]. Até se encontrarem publicados, os planos são ineficazes (art. 119º, nº 2, da Constituição). Podem servir de orientação à actividade administrativa das câmaras municipais, mas tão só em áreas de poder discricionário.

14. No caso em presença, a decisão que recaiu sobre o pedido de informação prévia fundou-se em alegados impedimentos edificatórios previstos em projecto de plano, ainda não aprovado, porquanto, elaborado aquele projecto, deve ainda ser submetido à apreciação das entidades estranhas ao município a consultar e a inquérito público, cujos pareceres e resultados, respectivamente, serão ponderados pela câmara municipal

---

[45] Decreto-Lei nº 166/70, de 15 de Abril.

[46] Decreto-Lei nº 69/90, de 2 de Março, com a redacção conferida pelos Decretos-Lei nºs 211/92, de 8 de Outubro, e 155/97, de 24 de Junho.

antes de os submeter à assembleia municipal para aprovação (arts 13º a 15º do Decreto-Lei nº 69/90).

Não pode assim a Câmara Municipal escudar-se em que a decisão desfavorável por alegada desconformidade do projecto de construção com as disposições do futuro plano director municipal, parte do princípio que as mesmas serão mantidas no momento da aprovação do plano (cfr. ofício nº 2830, de 29/06/1999).

15. Para este efeito, ou seja, de antecipar algumas soluções contidas em futuro plano, dispõem os municípios de competência para fazer aprovar normas provisórias ou medidas preventivas[47]. Isto, por forma a impedir que, antes da sua entrada em vigor, tenham que ser aceites soluções de uso, ocupação e transformação do solo susceptíveis de comprometer a futura disciplina de planeamento.

16. Bem se vê, pois, como a argumentação apresentada não parece admissível pelos motivos descritos e atinentes ao procedimento de formação dos planos e não procede em face de quanto se dispõe no citado art. 63º, nº 1, alínea a), do RJLMOP, ao exigir-se que as decisões de indeferimento que se fundem naquele preceito tenham como pressuposto a desconformidade do projecto submetido a apreciação camarária com disposições de instrumentos de planificação territorial, válidos nos termos da Lei.

17. Deve entender-se que a Lei se refere a planos válidos e eficazes, ou seja, publicados em Diário da República, pois só com a publicação o plano adquire plena eficácia[48]. Sendo certo que a ineficácia decorrente da falta de publicação dos actos de conteúdo genérico, não afecta a validade do acto, impede, contudo, a sua oponibilidade e obrigatoriedade relativamente a terceiros[49].

18. Deste modo, e pese embora a letra da Lei se abstenha de referir a eficácia, o certo é não poderem servir de parâmetro impeditivo da actividade edificatória os instrumentos de planeamento urbanísticos não publicados, pois as respectivas disposições são inoponíveis aos particulares.

---

47 Arts 7º e 8º do Decreto-Lei nº 69/90

48 Art. 18º, nº 3, do Decreto-Lei nº 69/90 e António Duarte de Almeida e Outros, cit., p. 971 e segs.

49 Neste sentido Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, 3ª ed., Coimbra, 1993, p. 551, e Diogo Freitas do Amaral, Direito Administrativo, III, Lisboa, 1985, p. 259.

§4º
Da invalidade do acto de indeferimento

19. Assim, entendo que o acto administrativo que decidiu desfavoravelmente o pedido de viabilidade de construção formulado pela Srª Dª M. A. G., cujo teor foi comunicado à requerente em 8/7/1993, é ilegal por não respeitar os fundamentos do indeferimento dos pedidos de viabilidade de construção taxativamente fixados no art. 63º do regime aprovado pelo Decreto-Lei nº 445/91, de 20 de Novembro.

20. Sendo o acto em causa inválido por vício de violação de Lei, podia e devia ter sido revogado dentro do prazo legalmente fixado (art. 141º do Código do Procedimento Administrativo), o que não veio a suceder, pese embora ter sido deduzido pela munícipe pedido a tanto destinado.

21. Importa, por essa razão, apreciar a pretensão edificatória da requerente em face dos condicionamentos urbanísticos actualmente em vigor, designadamente do Regulamento do Plano Director Municipal de Sobral de Monte Agraço.

22. Informou V. Exa., no decurso da instrução do processo (cfr. ofício nº 2830, de 29/6/1999) que o local se situa em espaço agrícola – área agrícola da Reserva Agrícola Nacional e da Reserva Ecológica Nacional.

23. No que concerne ao regime da Reserva Agrícola Nacional, foi obtida autorização para a utilização não agrícola do solo (cfr. ofício nº 544, de 17/06/1994), com fundamento em necessidade da habitação para utilização da proprietária (art. 9º, nº 2, alínea c), do Decreto-Lei nº 196/89, de 14 de Junho), considerando a Comissão Regional da Reserva Agrícola do Ribatejo e Oeste que o aproveitamento urbanístico do solo em nada prejudicava os interesses tutelados pela restrição por utilidade pública em questão.

24. Já quanto à circunstância de pretender essa Câmara Municipal fazer valer que o local se encontra em área abrangida pela Reserva Ecológica Nacional, faço notar a V. Exa. que, não tendo sido objecto de publicação instrumento regulamentar que opere a delimitação e não se encontrando a área sujeita à proibição edificatória resultante de classificação como espaço florestal (art. 33º, nº 1, do Regulamento do Plano Director Municipal de Sobral de Monte Agraço), não pode ser inviabilizada a pretensão da queixosa com este fundamento.

25. Dispõe-se no art. 34º, nº 2, do mencionado instrumento de planeamento territorial que no "*espaço florestal abrangido pela REN observam-se as disposições do*

seu regime jurídico". A remissão para o regime legal em matéria de Reserva Ecológica Nacional, constante do Decreto-Lei nº 93/90, de 19 de Março, tem como efeito estarem sujeitas a parecer prévio vinculativo por parte da Delegação Regional do Ministério do Ambiente, as pretensões edificatórias para as áreas definidas no anexos II e III do diploma (art. 17º, nº 1). Por seu turno, não se encontram impedidas as pretensões urbanísticas relativas a outras áreas que possam vir a estar incluídas na REN, mas que ainda não tenham sido objecto de delimitação por instrumento regulamentar (art. 3º).

26. Ao remeter para o regime legal na matéria o Regulamento do Plano Director Municipal de Sobral de Monte Agraço não pode pretender seleccionar as disposições cuja aplicação pretende desencadear, dispondo contra Lei, designadamente, quanto à circunstância de até à entrada em vigor da Portaria de delimitação ser livre a actividade edificatória dos particulares nas áreas que não constem dos anexos ao diploma.

27. Pretender que é a carta de condicionantes, anexa ao mencionado instrumento de planeamento territorial, que define a área de REN, significaria que estaria a Câmara Municipal a exercer a competência regulamentar que, por Lei, é atribuída ao Conselho de Ministros (art. 3º do Decreto-Lei nº 93/90, com a redacção conferida pelo Decreto-Lei nº 79/95, de 20 de Abril).

28. Nada impede que as câmaras municipais por meio dos seus instrumentos de planificação territorial definam áreas que sujeitam a impedimentos edificatórios por motivos ecológicos, simplesmente esta definição nada tem que ver com a delimitação da Reserva Ecológica Nacional, a operar por via de instrumento regulamentar do Governo. Neste sentido, compreende-se quanto se dispõe no art. 3º, nº 9, do diploma em análise, ao determinar a alteração da delimitação da REN constante de plano director municipal sempre que esta não coincida com a delimitação da mesma reserva operada pela resolução do Conselho de Ministros.

29. Neste sentido se pronunciou recentemente o Tribunal Constitucional[50] ao considerar que determinadas normas legais que "contêm um regime jurídico específico para certo tipo ou categoria de solos", têm que ser observadas no momento da elaboração dos planos, funcionando, assim, como limites à discricionaridade de planeamento. Entre elas, contam-se as respeitantes ao regime jurídico da RAN, da REN, da Rede Na-

[50] Acórdão nº 517/99 T. Const.- Processo nº 61/95, Diário da República, 2ª série, nº 263, de 11/11/1999.

cional de Áreas Protegidas, da faixa costeira, das áreas florestais, das servidões administrativas e restrições por utilidade pública.

30. Não pode ser perdido de vista que o plano director municipal é um regulamento e que a esta categoria de actos se encontra absolutamente vedado interpretar ou modificar, com eficácia externa, qualquer preceito legislativo (art. 112º, nº 6, da CRP). Assim, o Plano Director Municipal de Sobral de Monte Agraço não pode remeter apenas para algumas disposições legais e procurar furtar-se à aplicação de outras.

§5º
Dos condicionamentos urbanísticos aplicáveis

31. Cumpre, assim, apreciar quais os condicionamentos urbanísticos aplicáveis à pretensão edificatória da reclamante, caso viesse a ser apresentado novo pedido de viabilidade construção ou de licenciamento de obras.

32. Sustenta V. Exa. encontrar-se o prédio incluído na REN, segundo as cartas anexas ao Regulamento do Plano Director Municipal de Sobral de Monte Agraço. No que respeita à REN, este instrumento de planeamento mais não faz, como acima referi[51], que determinar a aplicação do regime legal contido no Decreto-Lei nº 93/90, de 19 de Março (art. 34º, nº 2).

Para além dos elementos desenhados a que se faz referência no art. 3º, não contém o Regulamento do Plano qualquer disciplina jurídica material para pretensões edificatórias em área designada como REN, nem tal categoria de espaço se encontra prevista no preceito a tanto destinado (art. 6º).

33. Assim sendo, por aplicação do regime legal da Reserva Ecológica Nacional será de concluir que, não se encontrando o local abrangido pelo âmbito da Reserva Ecológica Nacional, definido no art. 2º do mencionado diploma, (ou seja, não se tratando de zona costeira ou ribeirinha, águas interiores, áreas de infiltração máxima ou zonas declivosas), e na ausência de instrumento regulamentar que proceda à sua inclusão naquela Reserva, não existe impedimento à pretensão de aproveitamento urbanístico da reclamante.

Não vejo que possa ser outro o sentido útil a extrair da remissão operada para o regime legal na matéria; o único que se conforma com o citado preceito constitucional impeditivo de por via regulamentar se proceder à interpretação ou modificação de pre-

[51] Cfr. ponto 26

ceitos legislativos[52]. Por aplicação do mesmo princípio de interpretação conforme à Constituição, haverá de concluir-se que as cartas anexas ao Regulamento do Plano Director Municipal de Sobral de Monte Agraço em matéria de REN, possuem valor meramente indicativo, não sendo susceptíveis de constituir impedimento ao aproveitamento urbanístico dos solos.

34. De modo algum se compreenderia que a pretensão da queixosa viesse a ser viabilizada, uma vez publicada a carta da Reserva Ecológica desse concelho, e não o fosse na ausência de delimitação, já que o local não se encontra abrangido pelo regime transitório desta restrição, nem pela carta REN do concelho aprovada pela Comissão Nacional da REN em 25/07/1995, mas ainda não publicada.

II
Conclusões

De acordo com o exposto, no uso dos poderes que me são conferidos pelo art. 20º, nº 1, al. a), do Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei nº 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

1º A apreciação das pretensões edificatórias dos particulares, em sede de procedimento de informação prévia ou de licenciamento de obras, com aplicação do regime procedimental aprovado pelo Decreto-Lei nº 445/91, de 20 de Novembro, na redacção conferida pelo Decreto-Lei nº 250/94, de 15 de Outubro; e tomando como parâmetro a disciplina urbanística em vigor à data da decisão.

2º A eliminação da disposição do Regulamento do Plano Director Municipal de Sobral de Monte Agraço, em sede de futuro procedimento de revisão deste instrumento de planeamento, ao remeter para o regime legal em matéria de Reserva Ecológica Nacional, constante do Decreto-Lei nº 93/90, de 19 de Março, o regime da edificabilidade em área de designada de REN, sem que haja delimitação desta restrição por utilidade pública.

3º Que não seja impedida a pretensão edificatória da reclamante por motivo da localização do terreno em área de REN segundo as cartas anexas ao Regulamento do Plano Director Municipal de Sobral de Monte Agraço.

---

[52] cfr. ponto 30.

Recomendação sem resposta conclusiva

Ao
Exmº Senhor
Presidente da Câmara Municipal de Oliveira de Azeméis

R-4897/97
Rec. n.º 86/A/99
1999.11.23

I
Exposição de Motivos

1. Da instrução do processo acima referenciado concluí que a Câmara Municipal de Oliveira de Azeméis havia determinado a suspensão da apreciação do pedido de legalização das instalações de uma exploração pecuária situada dentro do perímetro urbano, por aguardar revisão do Regulamento do Plano Director Municipal que revogue a interdição de tais estabelecimentos insalubres serem licenciados em áreas urbanas.

2. Considerando que esse órgão autárquico não pode isoladamente alterar aquele instrumento de planeamento territorial no sentido pretendido, dado que as revisões planificatórias dependem da intervenção da Administração Central, que a modificação em causa se mostra incompatível com um dos princípios estruturantes do plano em matéria de ocupação de solos, qual seja, o da separação das utilizações incompatíveis e que a suspensão do procedimento constitui renúncia ao exercício da competência administrativa, recomendei que fosse indeferido o pedido de legalização e ordenada a demolição das construções (arts. 63º, nº 1, alínea a), e 58º, nº 1, do regime aprovado pelo Decreto-Lei nº 445/91, de 20 de Novembro).

3. Respondeu V. Exa. ter a Câmara Municipal deliberado notificar o requerente do pedido de legalização a fim de apresentar "projecto com as obras executadas antes da entrada em vigor do PDM e quanto às restantes não serão legalizáveis, devendo ser demolidas" (ofício nº 8588, de 05/05/99 e ofício nº 19797).

4. Tendo prosseguido a instrução e questionado V. Exa. quanto à natureza e dimensão das edificações construídas antes da entrada em vigor do Plano Director Municipal de Oliveira de Azeméis, informou tratar-se da cobertura do estábulo, da cobertura do pátio e do galinheiro.

5. Das informações obtidas pode concluir-se que a Câmara Municipal pretende

viabilizar a legalização das construções realizadas antes da entrada em vigor do Plano Director Municipal, por não considerar aplicáveis as respectivas prescrições, nada adiantando quanto ao uso não regulamentar que actualmente lhes é conferido, atenta a proibição de instalação de nitreiras e explorações agro-pecuárias dentro do perímetro urbano (art. 61º, nº 2).

6. Não posso concordar com tal entendimento. A exploração agro-pecuária, para além de se encontrar instalada em edificações cuja construção não foi precedida de licenciamento administrativo, nunca beneficiou de autorização de funcionamento (Instruções aprovadas pela Portaria nº 6065, de 30.III.1929), pese embora a notificação do proprietário para que fosse apresentado o pedido de licença sanitária.

7. Vistos os condicionamentos urbanísticos actualmente em vigor, quer as edificações, quer o funcionamento da exploração pecuária, não parecem legalizáveis. Ao licenciamento urbanístico *ex post* das construções (art. 167º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, aprovado pelo Decreto-Lei nº 38.382, de 7 de Agosto de 1951), e ao licenciamento da respectiva utilização (art. 26º, do regime aprovado pelo Decreto-Lei nº 445/91, de 20 de Novembro), opõe-se a disposição planificatória que proíbe a existência de nitreiras e explorações pecuárias dentro do perímetro urbano.

8. E, ao invés do sustentado pela Câmara Municipal de Oliveira de Azeméis, a disciplina de uso, ocupação e transformação do solo contida no Regulamento do Plano Director Municipal aplica-se à apreciação do pedido de legalização, não obstante algumas das construções serem anteriores à sua entrada em vigor.

9. Em área abrangida por plano director municipal, o pedido de licenciamento é regulado pelos arts 39º a 41º do regime jurídico relativo ao licenciamento municipal de obras particulares, aprovado pelo Decreto-Lei nº 445/91, de 20 de Novembro. Os fundamentos que habilitam as câmaras municipais a indeferir um pedido de licenciamento ou de legalização de obras encontram-se fixados no artº 63º do RJLMOP. Os actos de indeferimento devem basear-se nos fundamentos contidos nas alíneas a) a g), do nº 1, do art. 63º, daquele regime , e podem fundar-se nos motivos enunciados nas alíneas a) e b), do nº 2, do mesmo artigo.

10. A solução vigente não diverge da tradicional do direito no urbanismo português. Já no domínio do anterior regime de licenciamento municipal de obras particu-

lares[53], o poder de indeferimento assumia natureza vinculada.

11. Entre os fundamentos do indeferimento dos pedidos de licenciamento de obras particulares, conta-se a desconformidade da pretensão edificatória com instrumento de planeamento territorial válido nos termos da Lei (art. 63º, nº 1, alínea a), do RJLMOP), sendo nulos os actos camarários que defiram qualquer pedido em violação de plano (art. 52º, nº 2, alínea a), do mesmo diploma).

12. Ora, os requisitos de urbanização, de estética, de salubridade e de segurança que constituem os parâmetros da apreciação das obras realizadas são aqueles que se encontram em vigor no momento da apreciação do pedido, não os que vigoravam à data da realização das obras ilegais uma vez que já não possuem qualquer eficácia jurídica.

13. De outro modo, estar-se-ia a premiar o proprietário infractor que construiu sem licença municipal e que iria ver a sua pretensão sujeita a um crivo diverso, e porventura bem menos restritivo, o que resultaria num injustificável atentado ao princípio da igualdade.

14. E não se diga que tal solução contraria a presunção da irretroactividade das leis (art. 12º, nº 1, do Código Civil), porquanto não há quaisquer efeitos validamente produzidos, expectativas ou interesses, que a nova disciplina planificatória tenha que salvaguardar quando se trata de edificações ilegais. O proprietário que constrói sem licença está sujeito às modificações da disciplina urbanística, quer procedimental, quer material, e verá a sua pretensão confrontada com os parâmetros em vigor à data da apreciação do seu pedido.

15. Neste sentido escreve António Rebordão Montalvo[54], que "uma obra clandestina, não legalizada antes da entrada em vigor do PDM", consubstancia um facto passado, mas os efeitos por ele desencadeados, traduzidos na perturbação causada na ordem jurídica, não se esgotaram antes daquela data, prolongaram-se já na vigência do PDM, pelo que as suas disposições podem ser aplicadas a efeitos pendentes de factos anteriores à sua entrada em vigor, sem que isso constitua violação do princípio da retroactividade da Lei.

16. O princípio geral é o de que as edificações e demais construções material e formalmente ilegais não se encontram protegidas contra a superveniência de normas de

---

53 Decreto-Lei nº 166/70, de 15 de Abril.

54 *In* Revista da Administração Local, LEGALIZAÇÃO DE CONSTRUÇÕES ILEGAIS ANTERIORES À ENTRADA EM VIGOR DE PLANO DIRCETOR MUNICIPAL, Nov.-Dez. 19996, p. 665.

planeamento territorial e urbanístico com as quais não se conformem. Muito mais longe vai o regime instituído pelo Decreto-Lei nº 351/93, de 7 de Outubro, ao estabelecer a caducidade das licenças de loteamento e de obras de urbanização, desde que tais actos não tenham sido objecto de uma confirmação da sua compatibilidade com as regras de uso, ocupação e transformação dos solos constantes de plano regional de ordenamento do território, e nem por isso entendeu o Tribunal Constitucional declarar a inconstitucionalidade das suas normas[55]. Se pode ser posto em causa o aproveitamento urbanístico consolidado por meio da emissão de título jurídico válido e eficaz, por maioria de razão têm que ceder em face de novas normas de planeamento as edificações ilegais que com elas não se conformem.

17. Urge, assim, actuar no sentido de pôr cobro a uma situação não só formalmente ilegal, como substancialmente ofensiva dos interesses públicos em matéria ambiental. Conforme é reconhecido em parecer da Senhora Consultora Jurídica do Município, a laboração da exploração pecuária dá origem a uma situação de poluição ambiental de contaminação dos recursos hídricos. A ausência de controlo administrativo permite ao proprietário não satisfazer as condições higio-sanitárias legalmente exigíveis para estes estabelecimentos, verificando-se, designadamente, a contaminação das águas dos poços mais próximos causada pela descarga dos efluentes da exploração no solo.

18. Cabe, assim, à Câmara Municipal fazer cessar, por via do despejo administrativo das edificações a situação de ilegalidade e afectação dos interesses públicos em matéria ambiental a que dá causa a utilização não legitimada por qualquer título administrativo das edificações.

19. Para mais, esta medida, por fazer cessar a incomodidade ambiental e os prejuízos para o ambiente e qualidade de vida de quantos ali residem, permitiria equacionar uma hipótese de viabilizar a legalização das edificações por via da alteração ao uso pretendido. Mostrando-se desconforme com as prescrições do Plano a utilização como local de alojamento de animais e exploração pecuária, será porventura de admitir um outro uso que não atente contra a disciplina de uso dos espaços em vigor, se assim vier o requerente a pretender, como forma de preservar quanto foi edificado sem licença municipal. Já poderia, eventualmente, admitir-se que satisfizesse os requisitos legais e

[55] Cfr. Acórdão nº 517/99 T. Const.- Processo nº 61/95, Diário da República, 2ª série, nº 263, de 11/11/1999

regulamentares de urbanismo e de salubridade das edificações urbanas.

20. A persistir o proprietário na pretendida utilização das instalações como local de alojamento de animais, mais não resta à Câmara Municipal que ordenar a demolição, porquanto não pode V. Exa. afastar esta medida de reintegração da legalidade urbanística por serem as edificações insusceptíveis de satisfazer os requisitos de urbanização aplicáveis, entre os quais se contam aqueles que definem a tipologia do uso, em função da classe e categoria do espaço.

21. Neste ponto, já não posso acompanhar o teor das conclusões alcançadas por António Rebordão Montalvo no estudo acima citado[56], quando considera que a demolição é uma medida de natureza sancionatória e que, por aplicação analógica do princípio constitucional da não retroactividade da penalização no domínio do ilícito de mera ordenação social, as normas do PDM não podem ser chamadas à composição dos requisitos previstos no art. 167º do RGEU e servirem de fundamento à ordem de demolição.

22. Esta conclusão contraria a conclusão prévia alcançada pelo citado autor quanto à aplicabilidade das disposições do plano às construções ilegais erigidas antes da sua entrada em vigor e parte do pressuposto que a demolição é uma medida de natureza sancionatória, qualificação que não parece admissível.

23. A demolição não é uma pena, nem uma medida de segurança, nem uma sanção acessória no domínio do procedimento contra-ordenacional ou nem , tão pouco, uma sanção disciplinar[57], mas antes, uma medida de reintegração da legalidade urbanística. Não tem por escopo sancionar a conduta do infractor, mas proceder à reconstituição da situação material afectada pela conduta ilegal e, assim, reintegrar os interesses públicos lesados[58].

24. De outro modo, ficaria indefinidamente por resolver o destino das construções ilegais não susceptíveis de legalização em face das supervenientes disposições de instrumento de planeamento territorial e, repita-se, estar-se-ia a premiar os proprietários infractores que optam por construir sem licença e a discriminar, sem qualquer fundamento objectivo, as pretensões edificatórias previamente licenciadas.

---

[56] Cfr. ponto 15.

[57] A Constituição apenas prevê três tipos de direito sancionatório: o direito penal, o direito de mera ordenação social e o direito disciplinar.

[58] Cfr, entre outros, Cláudio Monteiro, O EMBARGO E A DEMOLIÇÃO DE OBRAS NO DIREITO DO URBANISMO, Faculdade de Direito de Lisboa, ed. policopiada, 1995, p.126.

II
Conclusões

De acordo com o exposto, no uso dos poderes que me são conferidos pelo art. 20º, nº 1, al. a), do Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei nº 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

1º Que a Câmara Municipal de Oliveira de Azeméis exerça o poder que lhe é conferido pelo art. 165º do regulamento Geral das Edificações Urbanas e ordene o despejo das instalações, por forma a fazer cessar a situação de poluição ambiental ocasionada pelo alojamento dos animais.

2º Que V. Exa. indefira o pedido de legalização das edificações, construídas antes ou depois da entrada em vigor do Plano Director Municipal de Oliveira de Azeméis, com fundamento em quanto se dispõe no art. 63º, nº 1, alínea a), do regime aprovado pelo Decreto-Lei nº 445/91.

3º Que V. Exa. ordene a demolição das edificações nos termos do disposto no art. 58º, nº 1, do regime jurídico citado, e do art. 53º, nº 2, al. l), do Decreto-Lei nº 100/84, de 29 de Março, cumprindo o procedimento estabelecido pelo Decreto-Lei nº 92/95, de 9 de Maio, se não vier a ser alterado, no âmbito do procedimento de legalização o uso pretendido.

Recomendação sem resposta conclusiva

Ao
Exm.º Senhor
Presidente da Câmara Municipal de Alijó

R-3246/97
Rec. n.º 93/A/99
1999.12.23

I
Exposição dos Motivos

1º
Da reclamação

1. Foi solicitada pelo Exmo. Senhor C. V. a minha intervenção junto da Câma-

ra Municipal de Alijó.

2. Alegava o reclamante ter adquirido, em 1997, um prédio rústico sito na freguesia de Favaios, concelho de Alijó, a fim de nele proceder ao plantio de vinha. Iniciados os trabalhos agrícolas, verificou o reclamante a existência de uma conduta subterrânea destinada ao abastecimento público de água à aldeia de Vilarinho de Cotas, o que acarretou a impossibilidade de se proceder à cultura de vinha em parte do referido prédio.

3. Informou ainda o reclamante que a Câmara Municipal de Alijó teria, inicialmente, demonstrado disponibilidade para prestar uma indemnização com fundamento na diminuição de valor do prédio decorrente da impossibilidade de plantio de vinha. Contudo, a posição desse município foi, entretanto, inflectida.

2º
Da instrução

4. No âmbito da instrução do presente processo, e em cumprimento do disposto no artigo 34º do Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei nº 9/91, de 9 de Abril, foram solicitados esclarecimentos a esse órgão autárquico acerca da situação denunciada e da possibilidade do indemnização ou aquisição da parte do terreno em causa.

5. Através dos ofícios de V. Exa., com data de 07-01-1998 e 21-07-1998, foi verificado o seguinte:

a) a conduta para abastecimento de água teria sido instalada há cerca de dez anos;

b) a servidão daí resultante não foi constituída por acto do Governo, nem registada junto da competente conservatória do registo predial;

c) o anterior proprietário do prédio, que o vendeu ao reclamante, teria consentido verbalmente na constituição da serventia estabelecida pela instalação da conduta;

d) a ponderação do eventual pagamento da indemnização ao reclamante deveu-se ao facto de estar a ser construída uma segunda conduta para abastecimento de água a Vilarinho de Cotas;

e) só no caso de esta nova conduta estar a ser instalada no terreno do reclamante teria este direito a ser indemnizado, o que se apurou não corresponder à realidade;

f) entende o município de Alijó que o reclamante não tem direito a qualquer indemnização por não ser proprietário do prédio à data de instalação da conduta, devendo, caso se julgue lesado nos direitos que lhe assistem, lançar mão da competente acção judicial.

3º
Da aplicação do direito

6. O direito de propriedade privada, consagrado no artigo 62º, nº 1, da Constituição da República Portuguesa, assume natureza análoga à dos direitos liberdades e garantias, beneficiando do respectivo regime constitucional (artigos 17º e 18º da CRP). Atendendo à natureza do direito de propriedade, estabelece o Código Civil que o proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem (artigo 1305º), não sendo permitida a constituição de restrições senão nos casos previstos na Lei (artigo 1306º). As servidões administrativas, ainda que prosseguindo um fim de utilidade pública, representam restrições ao direito de propriedade, pelo que o seu conteúdo se encontra legalmente previsto e a respectiva constituição necessita efectuar-se de acordo com as formas previstas na Lei.

7. Nos termos do estabelecido no artigo 5º do Decreto-Lei nº 34.021, de 11 de Outubro de 1944, as servidões administrativas com vista ao abastecimento de águas potáveis a aglomerados populacionais deverão ser constituídas através de acto do Governo.

8. Mais se estabelece no Decreto-Lei nº 181/70, de 28 de Abril, o procedimento a observar para a constituição de servidões que necessitam da prática de um acto da Administração a fim de determinar a respectiva área e os encargos impostos. Do disposto no artigo 2º, nº 1, alínea u), do Código do Registo Predial, resulta ainda a obrigatoriedade de a servidão ser submetida a registo junto da conservatória do registo predial.

9. Nos termos do regime estabelecido pelos diplomas supra citados, a Câmara Municipal de Alijó deveria ter obtido aprovação governamental para o projecto de abastecimento de água potável à aldeia de Vilarinho de Cotas. Posteriormente, o acto administrativo de constituição da servidão necessitaria ser precedido de aviso público, sendo facultada aos interessados audiência prévia e a possibilidade de apresentar reclamações.

10. Diferentemente, é alegado o consentimento verbal do anterior proprietário do para a instalação da conduta e consequente constituição da serventia em causa. A confirmação destes factos, contestados pelo reclamante, caberia ao município de Alijó, de acordo com as regras do ónus da prova resultantes do artigo 342º do Código Civil, sendo que nenhum outro elemento foi trazido à instrução do presente processo para além do alegado por V. Exa.

11. De qualquer modo, o eventual consentimento do anterior proprietário do prédio reclamado para a constituição da servidão nunca seria oponível ao reclamante, visto não ter sido respeitado o regime legal aplicável, representando tão só um acto de mera tolerância, sem qualquer efeito real ou susceptível de vincular o reclamante.

12. Não tendo esse órgão autárquico dado cumprimento às normas respeitantes à regular constituição de servidão administrativa, a mesma deverá considerar-se inexistente, não podendo produzir quaisquer efeitos jurídico-administrativos oponíveis a terceiros.

13. E, não obstante a natureza imperativa do citado regime legal, nem se poderia alegar a constituição de servidão pelo decurso do tempo, uma vez que, nos termos do disposto nos artigos nos 1293º e 1548º do Código Civil, as servidões não aparentes não são susceptíveis de constituição por usucapião. No artigo 1548º, nº 2, considera-se servidão não aparente a que se não revela por sinais visíveis e permanentes, como é o caso da conduta reclamada, instalada no subsolo.

14. Do antecedente resulta que a conduta da Câmara Municipal de Alijó se traduziu numa operação material, executada à margem das normas e procedimentos aplicáveis à constituição de uma servidão administrativa desta natureza.

II
Conclusões

Em face do exposto, e no exercício da atribuição constitucional que me é confiada para a prevenção das injustiças e ilegalidades (artigo 23º, nº 1, da Constituição da República Portuguesa),

Recomendo

1º Que esse órgão autárquico promova a constituição da servidão administrativa resultante da instalação de conduta para o abastecimento de água à aldeia de Vilarinho de Cotas em conformidade com o regime aplicável.

2º Que o reclamante seja indemnizado pelos prejuízos que a actuação ilícita da Câmara

Municipal de Alijó tenha dado causa, designadamente a impossibilidade de cultivo de parte do prédio onde se encontra instalada a conduta.

Recomendação acatada

Á
Exma. Senhora
Directora Regional do Norte do Ministério da Economia

R-1515/96
R-3349/95
Rec. n.º 95/A/99
1999.12.28

I
Exposição de Motivos

1. Foi pedida a minha intervenção a respeito dos inconvenientes associados à exploração de uma pedreira e de uma central de betuminoso, por J. & C.ª Ldª, em Tabuaço.

São imputados ao exercício da exploração incómodos de ordem diversa, designadamente, propagação de ruído, emissão de poeiras poluentes e perigo para a segurança de pessoas e bens.

O reclamante afirma ser proprietário de uma construção destinada a habitação junto a caminho que serve de acesso à pedreira, encontrando-se, porém, impedido de residir no local. Isto, por ser intensa a poluição sonora que ali se faz sentir e, ainda, em razão da libertação de poeiras que se acumulam na atmosfera e se depositam no solo. Mais invoca terem os camiões e veículos afectos à exploração embatido, por diversas vezes, no muro de vedação da sua habitação, provocando o derrube do mesmo.

A pedreira localiza-se no flanco de uma encosta, a sul da povoação de Tabuaço, no limite do perímetro urbano da vila.

Concluída a instrução do respectivo processo, entendo dever dirigir-me a V. Exa., expondo a matéria de facto apurada e as conclusões da apreciação que efectuei, tendo em conta a posição adoptada pelas autoridades administrativas com competências incidentes no assunto.

2. Durante 1992, foi o empresário intimado pela, então, Delegação Regional da Indústria e Energia do Norte a adoptar medidas destinadas a garantir o cumprimento das

prescrições fixadas no Regulamento Geral sobre o Ruído.

Viria a ser promovida nova caracterização do ruído perturbador pela Direcção Regional do Ambiente do Norte em 3/7/1996, verificando-se subsistirem, em larga medida, os limites legais.

3. Em resultado das diversas diligências instrutórias levadas a cabo junto dos serviços dirigidos por V. Exa., foi coligida a informação seguinte:

3.1. A pedreira foi declarada em 12/1/1977 e licenciada pela Direcção Geral de Geologia e Minas em 17/1/1984, ao abrigo do regime fixado no Decreto-Lei nº 227/82, de 14 de Junho.

Emitira a Câmara Municipal de Tabuaço parecer favorável à localização da pedreira em 17/12/1976.

As reclamações sobre o funcionamento da pedreira surgiram no ano de 1986.

3.2. Em vistoria realizada em 20/1/1989 foi observado:

a) Não ter o industrial procedido à plantação de écrans arbóreos, nem implantado barreiras anti-ruído, nem, tão pouco, adoptado sistema de aspersão de água nos itinerários.

b) Dispor a pedreira de equipamento de perfuração com recolha automática de poeiras, assinalando-se, porém, ser o mesmo de "utilização problemática".

Foi recomendada a plantação de arvoredo e a implantação de barreiras anti-ruído.

Os técnicos reconheceram a má localização da pedreira, sobranceira a uma povoação, e a particular dificuldade na aplicação das medidas impostas pelo Decreto-Lei nº 196/88, de 31 de Maio, em matéria de ruído e de arborização.

Preconizaram a transferência da pedreira por acordo entre a autarquia e a empresa.

3.3. Sua Excelência o Secretário de Estado da Energia determinou a aplicação das sanções devidas em 14/3/1989.

Foram, então, equacionadas duas possibilidades:

(a) interdição da laboração por não cumprimento das recomendações constantes do auto de visita; e,

(b) revogação da licença de estabelecimento sem direito a qualquer indemnização ao abrigo do disposto no art.7º do Decreto-Lei nº 196/88 de 31 de Maio.

Em 26/4/1989 teve lugar nova vistoria promovida pela Direcção-Geral de Ce-

ologia e Minas (Direcção de Serviços Regional do Porto), tendo sido verificada a prática de diversas infracções, o que veio a fundar a aplicação de sanções pecuniárias.

3.4. Em 2/2/1990, a Câmara Municipal de Tabuaço dirigiu comunicação ao Exmo. Director dos Serviços Regionais do Porto da Direcção Geral de Minas, pela qual informou:

(a) ter sido iniciado o processo de transferência da pedreira com concessão de auxílio financeiro à autarquia para indemnização devida ao titular da pedreira;

(b) encontrar-se prevista a remoção definitiva no primeiro semestre do ano de 1991;

(c) encontrar-se a pedreira em processo de desactivação gradual.

Por despacho de 10/1/1989, Sua Excelência o Secretário de Estado da Energia manifestou a sua concordância relativamente ao processo de alteração de localização da pedreira.

Sucederam-se as reuniões nas instalações da Câmara Municipal de Tabuaço, com a presença do Exmo. Presidente deste órgão, e de representantes dos serviços regionais dirigidos por V. Exa., dos serviços regionais do Ministério do Ambiente, da Comissão de Coordenação Regional do Norte e da sociedade J. & Cª. Lda., perfazendo, de momento, o número de quinze (a primeira realizada em 13/12/1994, e a última em 6/10/1999).

Foram efectuadas peritagens, tendo em vista a determinação do valor dos terrenos e dos custos de construção de novas instalações. Estimados os custos de transferência da pedreira desencadearam-se mecanismos em ordem à concessão de apoio financeiro pela Administração Central. As últimas informações prestadas à instrução dão conta de ter a sociedade apresentado candidatura com vista à atribuição de subvenção junto do Instituto de Apoio às Pequenas e Médias Empresas e ao Investimento (IAPMEI).

3.5. A acção de fiscalização, promovida em 8/2/1996, permitiu observar não ter sido implantada barreira acústica relativa à unidade de britagem e terem sido construídas novas habitações nas proximidades da exploração.

Foi a sociedade autuada por não cumprir as condições impostas e por ter procedido à instalação de uma central móvel de asfalto, não licenciada.

A mesma sociedade foi notificada para cumprimento das condições legalmente

fixadas ao uso prosseguido, devendo cessar a exploração da central de asfalto.

3.6. A central de betuminoso, instalada em condições ilegais em Setembro de 1995, veio a ser desactivada no Verão de 1996.

3.7. Em 22/3/1996, Sua Excelência o Secretário de Estado da Indústria homologou proposta formulada pelo Exmo. Director da Delegação Regional da Indústria e Energia do Norte no sentido de ser dada continuidade ao processo de transferência da pedreira.

4. O auto da vistoria promovida pela Câmara Municipal de Tabuaço e pelo Exmo. Delegado Concelhio de Saúde em 25/9/1996 dá conta da persistência dos incómodos e propõe, de novo, a adopção de medidas mitigadoras (instalação de barreiras acústicas, reforço dos écrans arbóreos, colocação de aspersores nos itinerários de carregamento, transporte e vias de acesso, e, ainda, uso de equipamentos de protecção individual pelos trabalhadores).

5. Reconheceu o Exmo. Presidente da Câmara Municipal em 23/9/1996, por comunicação dirigida à Delegação Regional da Indústria e Energia do Norte, constituir a exploração da pedreira "um grave problema de natureza ambiental, atentatório dos elementares direitos de qualidade de vida dos habitantes de Tabuaço, que carece de uma urgente solução"

Auscultada sobre os motivos que obstam à alteração da localização da pedreira, veio a Câmara Municipal de Tabuaço esclarecer, a coberto de comunicação de 28/2/1997:

> "O problema fundamental que obsta à transferência é o de debilidade financeira da autarquia que, pelos seus próprios meios, não consegue suportar os custos da indemnização pretendida pela firma proprietária, e as negociações em curso têm como objectivo, conjuntamente com as entidades envolvidas, estratégias e fontes de financiamento para a transferência da mesma".

Informou, ainda, a Câmara Municipal de Tabuaço ter sido aplicada coima no montante de Esc.100.000$00 em virtude de a sociedade Jeremias de Macedo proceder, no dia 10/4/1995, pelas 12h,30m ao rebentamento de tiros na pedreira, sem tomar as precauções adequadas para prevenção do potencial perigo para a segurança de pessoas e bens, infringindo o disposto no art. 37º, nº1, do Decreto-Lei nº 89/90, de 16 de Março.

6. Em suporte da pretensão reclamada, foi apresentado parecer técnico, na sequência de duas inspecções ao local (realizadas em 16/3/1997, e em 15/5/1997), onde são devidamente analisadas as condições do exercício da exploração e é, em especial,

apreciado o seu impacto na esfera do reclamante .

Em sede de conclusões é apontado:

"Na exploração da pedreira não se vislumbram quaisquer medidas no sentido de minimizar os inconvenientes provocados, assim não foram encontradas quaisquer infra-estruturas de tubagens para utilização de rega por aspersão para precipitar o pó, de igual modo não foram vistos os painéis de rede de captação das poeiras, supostamente instalados, em vez da suposta utilização de martelo hidráulico foram constatados rebentamentos por explosivos. Pelo exposto, conclui-se ser a laboração desta feita em termos artesanais.

São visíveis e previstos os perigos que podem surgir, não só à habitação, mas também ás pessoas que nela habitam e a outras que transitam na rua. Dado que a sua localização está inserida numa povoação, a solução óptima seria a sua transferência de local, enquanto tal não se verificar urge que a mesma evolua no campo tecnológico, o que não aconteceu até à data e deveria haver especiais cuidados na exploração da pedreira, de acordo com o previsto na Lei vigente"

Também as películas fotográficas exibidas pelo reclamante dão conta de fissuras nas paredes da habitação as quais encontram forte probabilidade de origem na actividade reclamada.

7. Em 23/9/1999, informou outro reclamante ter a pedreira triplicado o seu volume de exploração nos últimos 2 anos, com incremento do movimento de viaturas pesadas, barulhos e poluição. Disse ser utilizado martelo de forte potência para partir as grandes pedras deslocadas pelos rebentamentos e habitarem centenas de pessoas num raio de 300 metros a Norte da pedreira.

II
Apreciação

A
O Direito Fundamental ao Ambiente

1. O direito fundamental ao ambiente, consignado no art. 66º da Constituição, traduz-se na garantia de um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado. O ambiente é protegido enquanto bem jurídico por contribuir de forma decisiva para a manutenção da existência e para o bem estar dos seres humanos.

Comporta uma vertente negativa traduzida "na abstenção, por parte do Estado

e de terceiros, de acções ambientalmente nocivas", e, por outro lado, assume uma dimensão positiva enquanto "direito positivo a uma acção do Estado, no sentido de defender o ambiente e de controlar as acções poluidoras deste, impondo-lhe as correspondentes obrigações políticas, legislativas, administrativas e penais"

A compreensão antropocêntrica de ambiente adoptada pelo legislador constituinte induz a perspectivar "o prejuízo ao ambiente como a perturbação, através de um componente ambiental, do ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado" (Sendim, José de Sousa Cunhal, Responsabilidade Civil por Danos Ecológicos, Coimbra Editora 1988, p.129).

O fomento de um ambiente humano e sadio é prosseguido, seja por via da preservação do equilíbrio ecológico do património natural (garantia da capacidade de renovação e do aproveitamento racional dos recursos naturais), seja pela consecução da melhoria da qualidade de vida (mediante a imposição de restrições a actividades poluentes).

B
O Direito Legislado

2. O regime instituído pelo Decreto-Lei nº 196/88, de 31 de Maio, obedeceu ao propósito de prevenir os elevados custos sociais inerentes ao incremento do processo de industrialização, avaliados os seus efeitos nocivos para a preservação do ambiente, e ponderada a irreversibilidade de situações de degradação da qualidade ambiental.

Vem, assim, o legislador dar concretização aos princípios fundamentais de uma política de ambiente, com especial enfoque no princípio da prevenção e no princípio do equilíbrio.

Desde logo, vem o legislador consignar no art. 1º, a localização preferencial das indústrias extractivas em áreas de menor interesse paisagístico, e a obrigação de adopção de medidas correctivas do impacto ambiental negativo.

De entre as medidas impostas, realça-se a plantação de écrans arbóreos, a implantação de barreiras anti-ruído, a aspersão com água de todos os itinerários dos equipamentos da extracção, carregamento e transporte, bem como dos produtos extraídos e manuseados, a utilização de equipamentos de perfuração com recolha automática de poeiras e a reconstituição do solo, da flora e dos terrenos em função da sua afectação inicial (cfr. art. 2º, nº2).

A adopção de medidas de ordem ambiental surge particularmente reforçada

quanto a explorações com instalações de superfície nas povoações ou nas suas áreas limítrofes (v.g. britagem, escombreiras, estaleiros, lavarias, edifícios), situação em que é, ainda, imposta a construção de instalações integradas na paisagem, e a utilização de filtros para recolha de poeiras (art.3º).

Também à Administração Pública foram confiadas especiais responsabilidades neste domínio, incumbindo às entidades concedentes ou licenciadoras a fixação de uma distância mínima de protecção e de um nível máximo de ruído por referência ao vizinho mais próximo, e definir procedimentos para obviar a deslizamentos de terreno (art.4º).

Sem descurar a prevenção do impacto ambiental das actividades de prospecção e pesquisa em exploração, previu o legislador a concessão de um termo de 90 dias sobre a vigência do diploma para adopção de medidas correctivas, cometendo expressamente aos serviços da Direcção-Geral de Geologia e Minas a fiscalização do cumprimento das adaptações preconizadas (art. 9º).

No art. 7º contemplou-se a revogação da licença sem direito a qualquer indemnização por motivo de não adopção de medidas mitigadoras dos impactos negativos da exploração, retomando-se, de resto, a filosofia subjacente ao Decreto-Lei nº227/82 de 14 de Junho, que consignava, já, a perda da licença de estabelecimento por não cumprimento de condicionalismos fixados à exploração (art.27º)

3. Obedecendo, ainda, ao fim de encontrar a necessária articulação entre o imperativo económico da exploração de recursos com o equilíbrio ecológico e paisagístico, o novo regime de revelação e aproveitamento dos recursos geológicos, introduzido pelo Decreto-Lei nº 90/90, de 16 de Março, consagrou a necessidade de salvaguardar, preventivamente, os interesses "das pessoas potencial ou efectivamente afectadas pelos efeitos da actividade", "da manutenção da estabilidade ecológica", "da manutenção da capacidade de renovação de todos os recursos", "do racional aproveitamento de todos os recursos" e "das pessoas directa ou indirectamente envolvidas no exercício da actividade, incluindo os que se referem à salvaguarda da segurança e da saúde dos trabalhadores e de terceiros".

Para melhor garantir a concretização de tal desiderato, sujeitou a exploração e o abandono dos recursos geológicos à adequada aplicação das técnicas e normas de higiene e segurança e ao cumprimento das apropriadas medidas de protecção ambiental e recuperação paisagística, nomeadamente as que constem de planos aprovados pelas entidades competentes" (art.12º).

Estatuiu o dever de execução dos trabalhos de acordo com o programa aprovado e de indemnizar terceiros por todos os danos que lhes forem directamente causados em virtude das actividades de prospecção e pesquisa (art.º 16º do Decreto-Lei nº 90/90 de 16 de Março).

4. Disciplinando, em particular, o aproveitamento das massas minerais, o Decreto-Lei nº 89/90, de 16 de Março, consagrou três fundamentos para a revogação da licença de estabelecimento: (a) a infracção por três vezes, num período de 365 dias consecutivos, de disposições relativas a zonas de defesa ou à segurança de pessoa e bens, (b) o não cumprimento de determinações impostas pela fiscalização técnica, (c) a incapacidade do titular da licença para a boa exploração da pedreira evidenciada pela gravidade ou repetição das infracções praticadas (art.29º).

4.1. Do mesmo passo, fixou a imposição aos exploradores de elaborarem, anualmente, um relatório relativo às medidas de recuperação paisagística adoptadas, a apresentar junto da Comissão de Coordenação Regional ou do ex-Serviço Nacional de Parques, Reservas e Conservação da Natureza (actual Instituto da Conservação da Natureza).

4.2. A responsabilidade pela segurança dos trabalhadores e de terceiros e pela preservação de bens é cometida ao explorador da pedreira e ao responsável técnico pela exploração, sem embargo da faculdade de a Direcção-Geral ordenar a execução de medidas destinadas à garantia da segurança (arts. 37º e 38º).

4.3. Em execução do disposto no art. 12º do Decreto-Lei nº 90/90, de 16 de Março, estabelece-se no art. 44º do Decreto-Lei nº 89/90 um elenco não exaustivo de medidas de protecção do ambiente (utilização de equipamentos de perfuração dotados de recolha automática de poeiras ou de injecção de água, combate à formação de poeiras dentro da área da exploração e respectivos acessos pela utilização de sistemas adequados, nomeadamente de aspersão com água, armazenamento do solo de cobertura tendo em vista a posterior reconstituição dos terrenos e da flora).

4.4. Prevê-se, do mesmo passo, a faculdade de imposição pela ex-Direcção-Geral de Geologia e Minas de medidas específicas, tais como, implantação de barreiras anti-ruído, cortinas arbóreas e tratamentos especiais de efluentes, com observância das recomendações técnicas dos órgãos e serviços administrativos competentes (art.44º, nº 5).

No campo da recuperação paisagística, é imposta a construção de instalações adaptadas à paisagem e a reconstituição dos terrenos de acordo com a utilização inicial

(art.45º).

4.5. Pode, ainda, a ex-Direcção Geral de Geologia e Minas impor medidas de natureza especial para garantia da segurança na lavra da pedreira, ou, quando verifique não serem cumpridos os condicionalismos fixados à laboração, fixar um prazo para adopção das providências necessárias. De resto, poderá a entidade fiscalizadora determinar a suspensão da laboração quando se mostre comprometida a segurança da exploração (art.51º).

5. O Decreto-Lei nº 206/89, de 27 de Junho, veio redefinir o âmbito de competências das delegações regionais do Ministério da Indústria e Energia, criadas pelo Decreto-Lei nº 548/77, de 31 de Dezembro, atribuindo-lhes poderes de intervenção nos domínios da administração energética e dos recursos mineiros.

Em execução do disposto no citado diploma, o Decreto Regulamentar nº9/91, de 15 de Março, cometeu às direcções regionais do Ministério da Economia o licenciamento e a fiscalização da exploração de massas minerais, bem como dos respectivos estabelecimentos industriais, estabelecimentos mineralógicos e anexos mineiros, com expressa compreensão dos poderes de fiscalização confiados à Direcção-Geral de Geologia e Minas, nos domínios da preservação da qualidade do ambiente e da recuperação paisagística, pelos Decretos-Lei n.ºs 88/90 e 89/90, ambos de 16 de Março (art.7º, nº1, al. a), e nº2).

As delegações regionais do Ministério da Economia sucederam às delegações regionais do ex-Ministério da Indústria e Energia, com idênticos poderes de intervenção no sector mineiro (Decreto-Lei nº 222/96, de 25 de Novembro e Decreto-Lei nº 78/99, de 16 de Março).

III
Conclusões

Ao não accionar os mecanismos legalmente previstos para assegurar a eliminação dos riscos verificados para o ambiente, omitiram as autoridades administrativas o estrito respeito pelo dever de boa administração, sujeitando os particulares, que não auferem qualquer proveito do exercício do uso industrial, aos inconvenientes da exploração ilegal.

O não exercício dos poderes cometidos à Direcção Regional do Norte do Ministério da Economia em ordem à reintegração dos interesses ambientais lesados, cons-

titui a Administração em responsabilidade pelos prejuízos verificados na esfera jurídica de terceiros e associados à perpetuação da iniquidade.

Não merecem protecção os interesses do industrial o qual não usou de diligência na legalização do estabelecimento, nem na adequada redução dos inconvenientes de ordem ambiental que vem produzindo com a sua actividade, obstando à prestação da colaboração que lhe foi requerida pela Administração. Desrespeitou, desta forma, os deveres legais a que se encontra adstrito, os compromissos assumidos no acto de licenciamento e, a posteriori, de forma reiterada, as intimações proferidas pela entidade licenciadora do uso.

A situação em apreciação é tanto mais grave, quanto é certo dispor a pedreira de instalações nos limítrofes de aglomerado populacional, o que contribui para a acrescida responsabilidade do proprietário, competindo à Administração Pública actuar com zelo e diligência na defesa dos interesses da população.

De resto, não posso deixar de manifestar a minha reprovação por não terem sido fixadas ao exercício da exploração medidas que acautelem devidamente a segurança de terceiros, tendo em conta os riscos verificados no domínio da segurança de pessoas e bens e o universo dos potenciais lesados.

Em conclusão, não encontro obstáculo algum por parte do interesse público na pronta adopção de tais medidas, quando é certo que o problema se arrasta à largos anos sem que a empresa haja providenciado diligentemente por fazê-lo cessar.

Merece, pois, a minha censura a abstenção de medida restritiva do exercício da exploração, por que desprovida de justificação, quer no plano do dever de boa administração, quer no plano da legalidade, como, também, segundo critérios de equidade que determinam a remoção dos danos causados aos moradores que nenhum proveito económico auferem da actividade.

De acordo com o exposto, entendo exercer a faculdade que me é conferida pela disposição compreendida no art.20º, nº 1, al a), da Lei nº 9/91, de 9 de Abril, e, como tal,

Recomendo

a V. Exa. que accione mecanismos em ordem à imediata suspensão do exercício da exploração da pedreira prosseguida por J. & C.ª, Ldª, em Tabuaço, ao abrigo do disposto no art.29º e no art.51º, nº 3, do Decreto-Lei nº 89/90, de 16 de Março.

Recomendação sem resposta conclusiva

A
Sua Excelência
o Presidente da Assembleia da República

R-240/96
Rec. n.º 3/B/99
1999.01.27

I
Exposição de Motivos

1. Na sequência da transmissão à Provedoria de Justiça pelo Gabinete de Sua Excelência o Ministro da República para os Açores de uma exposição tendo por objecto os inconvenientes da disparidade entre a hora de encerramento das urnas eleitorais na Região Autónoma dos Açores e no restante território nacional, nos actos eleitorais de âmbito nacional, determinei a abertura de processo destinado a apreciar as soluções resultantes da Lei quanto a esse aspecto.

2. Na exposição em causa referia-se não ser possível evitar que as projecções e resultados eleitorais do Continente sejam recebidos nos Açores enquanto ainda decorre aí acto eleitoral, facto que pode influenciar o sentido do voto daqueles que ainda não o exerceram.

3. Nos termos do artigo 80.º, n.º 1, da Lei Eleitoral para o Presidente da República, e do artigo 89.º, n.º 2, da Lei Eleitoral para a Assembleia da República, a admissão de eleitores nas assembleias de voto far-se-á até às 19 horas, apenas podendo votar depois desta hora os eleitores presentes. A mesma solução é consagrada pela Lei Orgânica do Regime do Referendo, no seu artigo 121.º, n.ºs 1 e 2. Não sendo realizada pelos diplomas referidos qualquer distinção, deve entender-se que a hora limite para a admissão de eleitores nas assembleia corresponde sempre às 19 horas, quer se trate de assembleias de voto em Portugal continental, na Região Autónoma da Madeira, ou na Região Autónoma dos Açores.

4. A hora legal em Portugal continental e na Região Autónoma da Madeira coincide com o tempo universal coordenado, com excepção do período entre o último domingo de Março e o último domingo de Outubro, em que coincide com o tempo universal coordenado aumentado de sessenta minutos (artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 17/96, de 8 de Março, e artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, do Decreto Legislativo Regional n.º 6/96/M, de 25 de Junho, respectivamente).

5. Na Região Autónoma dos Açores a hora legal coincide com o tempo universal coordenado diminuído de sessenta minutos no período entre o último domingo de Outubro e o último domingo de Março seguinte, e com o tempo universal coordenado durante o resto do ano (artigo 1.º do Decreto Legislativo Regional n.º 16/96/A, de 1 de Agosto), pelo que nos Açores a hora legal apresenta sempre um atraso de sessenta minutos relativamente à hora legal de Portugal continental e da Madeira.

6. Desta forma, o encerramento das urnas eleitorais na Região Autónoma dos Açores, em eleições de âmbito nacional, ocorre sempre uma hora depois do fecho das urnas no resto do País, pelo que as operações de apuramento se iniciarão aí - e poderão concluir-se - antes de terminar a votação nos Açores.

7. No que respeita à difusão de previsões ou simulações de voto que se baseiem em sondagens ou inquéritos, os artigos 8.º e 1.º, n.º 2, da Lei n.º 31/91, de 20 de Julho, estabelecem claramente que a sua divulgação no dia do acto eleitoral ou referendário só se poderá fazer depois do encerramento das urnas, o que deve ser entendido, a meu ver, como o encerramento de todas as urnas, em todo o território nacional. Assim, a difusão das referidas projecções, baseadas, ainda que só parcialmente, em sondagens ou inquéritos, é ilícita, cabendo a sua fiscalização à Comissão Nacional de Eleições, nos termos do artigo 9.º, n.º 2, da Lei n.º 31/91.

8. Contudo, a Lei n.º 31/91 não pune a publicação ou difusão de sondagens ou inquéritos, ou o seu comentário ou análise, no dia das eleições ou do referendo, até ao encerramento das urnas. O artigo 14.º, n.º 1, alínea c), desse diploma legal apenas prevê a punição com coima da publicação ou difusão nos sete dias que antecedem o dias das eleições ou da votação para referendo, e nenhuma outra norma da Lei n.º 31/91 estabelece sanção para os actos ilícitos em causa, o que nos termos do princípio da legalidade ínsito no artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, impede a sua punição.

9. Este facto resulta tanto mais estranho quanto se verifica que o bem jurídico protegido pela proibição de publicação e difusão de sondagens ou inquéritos num dado período anterior à votação - a livre formação da vontade eleitoral ou referendária dos cidadãos - se mostra tanto mais atingido quanto mais próximo do dia da realização das eleições ou da votação para referendo forem publicadas as sondagens ou os inquéritos.

10. Já no que respeita à divulgação de resultados eleitorais do Continente ou da Madeira antes do encerramento das urnas nos Açores, bem como das projecções realizadas apenas com base nesses resultados, o enquadramento jurídico é diverso.

11. Com efeito, são as próprias leis eleitorais que estabelecem dever o apura-

mento dos votos ser imediatamente publicado por edital afixado à porta principal do edifício da assembleia de voto, em que se discriminarão o número de votos atribuídos a cada candidatura ou lista e o número de votos em branco e o de votos nulos (artigo 92.º, n.º 5, da Lei Eleitoral para o Presidente da República, e artigo 102.º, n.º 7, da Lei Eleitoral para a Assembleia da República).

12. Desta forma, os resultados apurados no Continente ou na Madeira antes do encerramento das urnas nos Açores poderão ser aí conhecidos, com a consequente possibilidade de influenciar a votação que ainda decorre, já que pode propiciar que cidadãos recenseados nos Açores e que ainda não exerceram o seu direito de voto o façam ou, mais importante, o deixem de fazer, exclusivamente em função de resultados parciais do acto eleitoral em curso já divulgados.

13. Esta consequência do actual regime jurídico dos actos eleitorais de âmbito nacional não pode deixar de ser considerada prejudicial, tendo em vista a necessidade de garantir que o exercício do direito de voto decorra livre de pressões de qualquer tipo, permitindo ao eleitor que a fase final de formação do sua vontade eleitoral ou referendária se realize ao abrigo de influências externas e se apresente como fruto de reflexão individual sobre as várias opções políticas que lhe são propostas.

14. Para alcançar este desiderato, o regime jurídico dos actos eleitorais de âmbito nacional prevê várias regras limitativas, desde a imposição do termo da campanha eleitoral ou referendária nas 24 horas da antevéspera do dia designado para as eleições ou para a votação para o referendo, até à proibição de propaganda dentro das assembleias de voto e fora delas até à distância de 500 m, passando pela proibição da publicação ou divulgação de sondagens ou inquéritos relativos aos actos em causa nos sete dias que os antecedem.

15. E é com vista a prevenir situação análoga que se prevê, no artigo 136.º da Lei Orgânica do Regime do Referendo, que os resultados do apuramento parcial só podem ser difundidos ou publicados após o encerramento de todas as assembleias de voto.

16. Não se mostra, pois, compatível com o princípio da liberdade da formação da vontade dos cidadãos em actos eleitorais a possibilidade de divulgação de resultados parciais relativos a Portugal continental ou à Madeira quando as urnas eleitorais dos Açores ainda não encerraram.

17. Ao Provedor de Justiça cabe, nos termos do artigo 20.º, n.º 1, alínea b), do seu Estatuto, assinalar as deficiências de legislação que verificar, emitindo recomenda-

ções para a sua interpretação ou alteração, ou sugestões para a elaboração de nova legislação.

18. É nessa medida que venho colocar à consideração da Assembleia da República a necessidade de alterar o regime jurídico dos actos eleitorais de âmbito nacional, por forma a salvaguardar o princípio de liberdade da formação da vontade eleitoral dos cidadãos acima referido, o que poderá passar ou pela diferenciação das horas de encerramento das urnas eleitorais nos Açores e no resto do País, ou pela proibição de divulgação de resultados eleitorais parciais enquanto não se mostrar concluída a votação em todo o País.

II
Conclusões

De acordo com o exposto,

Recomendo

à Assembleia da República:

a) A alteração do regime jurídico dos actos eleitorais de âmbito nacional, por forma a evitar que sejam divulgados resultados parciais apurados em Portugal continental ou na Região Autónoma da Madeira antes de se encontrar concluída a votação na Região Autónoma dos Açores;

b) Tal alteração poderá consistir na diferenciação das horas de encerramento das urnas eleitorais na Região Autónoma dos Açores e no resto do País, ou na proibição de divulgação de resultados eleitorais parciais enquanto não terminar a votação em todo o País;

c) A alteração do artigo 14.º, n.º 1, alínea c), da Lei n.º 31/91, de 20 de Julho, por forma a incluir no tipo contra-ordenacional em causa a publicação ou difusão de sondagens no próprio dia das eleições ou da votação para referendo até ao momento do encerramento da votação.

Recomendação sem resposta conclusiva

A
Sua Excelência
o Secretário de Estado da Administração Local
e Ordenamento do Território

P-3/95
Rec. n.º 16/B/99
1999.05.12

1. Tal como oportunamente expus a Vossa Excelência, através do ofº 14137, de 20.08.1997, determinei a organização de um processo para estudo e análise de algumas questões relativas à aplicabilidade do regime contido nas Instruções aprovadas pela Portaria nº 6065, de 30 de Março de 1929 (licenciamento sanitário dos estabelecimentos insalubres, incómodos, perigosos e tóxicos).

2. Com efeito, por não raras vezes, encontro as câmaras municipais confrontadas com problemas atinentes à articulação do citado regime com o do licenciamento municipal de obras particulares e com diversos procedimentos sectoriais de autorização para instalação de actividades várias com incidência ambiental.

3. Por outro lado, verifico que muitas actividades enunciadas na Tabela anexa às Instruções manifestam uma notória desactualização em face das exigências ditadas por mais de 70 anos de vigência, ao passo que muitas outras actividades e estabelecimentos, cuja laboração afecta o ambiente urbano, escapam a qualquer controlo administrativo para a sua instalação.

4. Poderia julgar-se que o regime jurídico do licenciamento sanitário teria perdido a sua função útil na ordem jurídica, porquanto os bens jurídicos que pretende salvaguardar se encontrariam sob a protecção da Administração Pública em domínios tão distintos como o do licenciamento municipal da utilização das edificações urbanas e suas fracções, da fiscalização do ruído, da autorização da localização das actividades industriais ou dos licenciamentos e controlos exercidos pelas autoridades agrárias e pecuárias.

5. Encontro, porém, razões ponderosas para assim não crer. Por isso, é com alguma preocupação que tomei conhecimento, por via do ofício identificado em epígrafe, dos trabalhos preparatórios de revogação das Instruções aprovadas pela Portaria nº 6065. Preocupação moderada, no entanto, por me ter Vossa Excelência informado ter

sido constituído um novo grupo de trabalho para elaboração de uma proposta de alteração legislativa precedida da análise das consequências que a revogação poderia comportar.

6. Pretendo com a presente iniciativa apresentar as razões que me levam a crer na necessidade de manter e reformar o regime do licenciamento sanitário. Em síntese, são nove as considerações que justificam a presente intervenção:

a) as Instruções aprovadas pela Portaria nº 6065 constituem o único controlo administrativo preventivo de muitas actividades reconhecidamente perturbadoras do ambiente e qualidade de vida dos moradores mais próximos do local onde são instaladas, ao que acresce mostrar-se este regime potencialmente adequado ao controlo prévio da instalação e funcionamento de actividades reconhecidamente poluentes e que escapam, actualmente, a qualquer forma de intervenção administrativa reguladora;

b) este regime contém uma garantia interessante, e precursora para o seu tempo, de participação dos administrados, em termos que se revelam mais aptos que os dispositivos comuns do Código do Procedimento Administrativo (CPA);

c) o licenciamento da utilização das edificações urbanas e suas fracções não permite se não verificar a conformidade dos projectos de arquitectura aprovados com as obras executadas, e por outro lado, inexiste qualquer tipologia legal ou regulamentar das utilizações compatíveis com a proximidade de habitações;

d) os instrumentos de planeamento territorial, salvo raríssimas excepções, mostram-se omissos quanto à disciplina da localização de actividades insalubres, incómodas e perigosas;

e) mesmo o Regulamento Geral sobre o Ruído (RGR) , embora aponte para necessidade de a localização de actividades ruidosas ter em conta a proximidade de edifícios habitacionais, deixa perder este sentido preventivo ao remeter a qualificação de uma actividade como ruidosa para momento posterior ao do início da laboração;

f) a aplicação do regime do licenciamento da actividade industrial depende de uma tipologia taxativa de actividades, pelo que o sistema de controlo e fiscalização por ele instituído não pode ser aplicado a actividades análogas quando não contempladas no elenco regulamentar;

g) os procedimentos sectoriais de autorização e licenciamento de actividades com incidência no ambiente urbano, por seu turno, obedecem a finalidades que só reflexamente convergem com as preocupações de ordem sanitária e ecológica para com os moradores mais próximos;

h) as autoridades de saúde viram confinada a sua intervenção, no campo das obras particulares, àquelas que não careçam de licenciamento municipal, por força do disposto no art. 5º, nº2, do Decreto-Lei nº 250/94, de 15 de Outubro, já que este revogou a norma contida no art. 1º, alínea a), do Decreto-Lei nº 569/76, de 19 de Julho; e, no domínio dos trabalhos de construção sujeitos a licenciamento, aos casos em que se realize vistoria para efeitos de emissão da licença de utilização, o que apenas sucede quando não for apresentada declaração comprovativa da conformidade da obra com o projecto aprovado ou haja indícios de desconformidade (art. 27º do citado regime jurídico do licenciamento municipal de obras particulares).

i) o regime em análise permite fixar condições para o exercício das actividades insalubres, incómodas e perigosas, cujo cumprimento a posteriori é fiscalizado por parte dos municípios e das autoridades de saúde, ou seja, as Instruções aprovadas pela Portaria nº 6065 instituíram um sistema de controlo continuado das condições sanitárias e ambientais, sistema esse que permite à Administração fixar condições específicas para um certo estabelecimento em virtude das características individuais e concretas da actividade e do local.

7. Ao concordar com o teor do parecer que em anexo envio a Vossa Excelência, e no cumprimento da atribuição constitucional que se me encontra confiada, tendo em especial conta o desenvolvimento legal previsto no art. 20º, n.º 1, alínea b), da Lei nº 9/91, de 9 de Abril;

Ao considerar de extrema necessidade aperfeiçoar a legislação vigente com vista a prevenir e diminuir a incidência de múltiplas situações de conflito por motivo de questões de ambiente urbano;

Ao antever as consequências prejudicais que a revogação, sem mais, do regime jurídico do licenciamento sanitário poderia acarretar;

Ao ter presente que os instrumentos de planeamento territorial só fortuita e fragmentadamente se ocupam da compatibilidade de certas utilizações dos edifícios com determinadas actividades;

Entendo dever Recomendar a Vossa Excelência que promova a adopção de medidas legislativas destinadas a reformular o regime contido nas Instruções aprovadas pela Portaria nº 6065, de 30 de Março de 1929, o que, a meu ver, deverá passar por:

I) revisão do procedimento administrativo do licenciamento sanitário, em face das exigências constitucionais e de ordem institucional da Administração Pública, preservando em todo o caso, o sistema de participação procedimental prévia e de fiscalização sucessiva da conformidade da laboração com as exigências higio-sanitárias e ambientais;

II) actualização da tabela de actividades e estabelecimentos incómodos, insalubres e perigosos, expurgando-a dos itens obsoletos e contemplando estabelecimentos e actividades cuja incomodidade ambiental carece de ser acautelada;

III) articulação do regime do licenciamento sanitário com o do licenciamento municipal de obras particulares e com o Regulamento Geral sobre o Ruído.

Parecer Invocado como Fundamento desta Recomendação

Actividades e Estabelecimentos Insalubres, Incómodos, Perigosos ou Tóxicos

1º
Considerações gerais

1. As Instruções aprovadas pela Portaria nº 6065, de 30 de Março de 1929, surgiram no contexto da precedente publicação do Decreto nº 8364, de 25 de Agosto de 1922 . Este diploma aprovou o Regulamento da Higiene, Salubridade e Segurança nos Estabelecimentos Industriais, cuja finalidade era, não só garantir a salubridade dos lugares de trabalho e a higiene e segurança dos operários, como também a higiene, comodidade e segurança públicas (art.1º).

2. Na origem deste diploma encontra-se o Decreto francês de 15 de Outubro de 1810, completado pela ordonnance de 15 de Janeiro de 1815, relativos às manufacturas e estabelecimentos insalubres, incómodos ou perigosos. Este regime visava essencialmente a prevenção dos incómodos provocados pelas emissões insalubres, repartindo os

estabelecimentos por três classes em função da sua localização relativamente às habitações e exigindo que os estabelecimentos qualificados como insalubres, incómodos ou perigosos obtivessem uma autorização prévia de funcionamento. Estes diplomas mantiveram-se em vigor por mais de um século. Mesmo o novo regime (Lei de 19 de Dezembro de 1917) conservaria os seus traços essenciais, o mesmo podendo afirmar-se do actual regime contido na Lei, pese embora a assinalável diferença de se consagrar agora expressamente a finalidade de tutela ambiental.

3. Também em Espanha, no mesmo período, foi sentida a necessidade de estabelecer uma disciplina global para todos os aglomerados populacionais e para todas as actividades com riscos ambientais e higio-sanitários, por forma a prever condições mínimas para a sua instalação nos meios urbanos e a suprir as insuficiências de um sector muito fragmentário da ordem jurídica. Com este propósito, a Real Ordem de 17 de Novembro de 1925 aprovaria o Regulamento de Estabelecimentos Classificados, Incómodos, Insalubres ou Perigosos .

4. Este regime era fixado com base numa tipologia das actividades repartidas por três categorias em função dos inconvenientes presumidos que a laboração seria susceptível de produzir. De acordo com o tipo e intensidade do inconveniente era estipulada na tabela a classe respectiva, da qual dependeria a localização e um conjunto de condições a dispor como condição da laboração.

5. Elevado interesse manifesta a norma contida no art. 7º do Regulamento da Higiene e Segurança nos Estabelecimentos Industriais, ao dispor que as indústrias insalubres, incómodas, perigosas ou tóxicas, exploração de minas ou pedreiras, e as explorações industriais sujeitas a leis ou regulamentos especiais devem ser subordinadas, no que respeita à sua instalação e condições de higiene e segurança, às prescrições estabelecidas nas leis e regulamentos respectivos e às do presente regulamento, que aquelas não contrariem. Isto é, o regime aprovado pelo Decreto nº 8364 apresentava aplicação subsidiária relativamente aos regimes sectoriais de licenciamento. Avisado andou o Governo ao distinguir, por um lado, as preocupações de ordem sanitária e ambiental para com os trabalhadores e os vizinhos, e por outro, as finalidades próprias das autorizações e licenças sectoriais - a protecção da qualidade dos produtos, a economia nacional, a concorrência.

6. O Decreto nº 8364 aprovou duas tabelas distintas, a primeira enunciando as actividades de carácter marcadamente industrial, a segunda, identificando actividades

comerciais, agrárias, pecuárias e de prestação de serviços.

7. Registo merece ainda o facto de no art. 2º se enunciar uma cláusula relativa ao âmbito de aplicação regulamentar que possibilitava a sujeição às prescrições do regulamento de todas as actividades contempladas em ambas as tabelas qualquer que fosse a natureza do local ou estabelecimento em que tivessem lugar: "Estão sujeitas às prescrições do presente regulamento as fábricas, oficinas, estabelecimentos industriais e comerciais, estábulos, laboratórios, dormitórios, cozinhas, adegas, armazéns, escritórios, teatros, circos, casas de espectáculos e estabelecimentos similares, serviços de carga e descarga e suas dependências, serviços de transportes, e em geral, todos os locais onde se exerce um trabalho profissional, sejam de que natureza forem, públicos ou particulares, mesmo quando tenham um carácter de ensino profissional ou de beneficência".

8. Em 30 de Março de 1929, a Portaria nº 6065 aprovou novas Instruções para licenciamento das actividades insalubres, incómodas e perigosas enunciadas na Tabela II aprovada com o Decreto nº 8364, ao que veio acrescer o licenciamento sanitário das casas de espectáculos e lugares de reunião, de hotéis e hospedarias, de restaurantes, cafés, tabernas e estabelecimentos similares (art.40º).

9. Com efeito, a Lei nº 1453, de 26 de Julho de 1923 , tinha vindo a atribuir às câmaras municipais a competência para licenciar os estabelecimentos contendo actividades que figurassem na Tabela II. Veio a ser regulamentada pelas Portarias nºs 5046 e 5049, de 3 de Outubro de 1927. A sua aplicação suscitara dúvidas e discrepâncias muito significativas, de concelho para concelho, pelo que se entendeu em 1929 proceder à uniformização do sistema.

10. As Instruções, então aprovadas, determinam a necessidade de as actividades compreendidas na Tabela e no citado art. 40º obterem alvará de licença sanitária para poderem regularmente funcionar (arts. 1º e 7º).

11. A localização dos estabelecimentos contendo tais actividades é repartida por três classes, pressupondo, porém, tratar-se de áreas urbanas, urbanizáveis ou eminentemente turísticas (nota à tabela anexa). Os da 1ª classe (art.4º) devem ser instalados em lugar afastado das habitações e dispor de uma zona preventiva de isolamento que será fixada para cada caso em concreto. Os da 2ª classe podem localizar-se nas proximidades das habitações em função das condições locais, da probabilidade de futura urbanização da área e da natureza e importância do estabelecimento, ficando, em todo o caso, sujeitos a condições que atenuem os inconvenientes, designadamente, tal como

nos de 1ª classe, à imposição de uma zona de isolamento (art. 5º). Por fim, as actividades compreendidas na 3ª classe podem instalar-se em qualquer local, desde que reunam as necessárias condições de higiene e protecção (art. 6º).

12. As Instruções regulam o procedimento de instalação, o qual compreende duas vistorias, uma principal (art. 12º), e outra complementar, nem sempre exigida (art. 16º), efectuadas pela autoridade de saúde, e de acordo com cada um dos estabelecimentos, por veterinário, pelo serviço de bombeiros e por um funcionário da administração agrária.

13. Mais se disciplina, a fiscalização exercida a posteriori (arts 24º e ss.) pelos serviços camarários, autoridades de saúde e policiais, bem como as sanções e medidas de polícia aplicáveis.

14. Este regulamento parece não deixar dúvidas quanto à natureza policial da licença sanitária, já que podem ser mandados encerrar os estabelecimentos, ainda quando licenciados, se porventura causarem grave dano à saúde pública (art. 36º).

15. Por outro lado, a licença é emitida sob condição, visto que os estabelecimentos sujeitam-se às sanções previstas e às medidas de polícia fixadas quando infrinjam os requisitos de laboração que lhes houverem sido fixados (art. 31º). O carácter condicional da licença é, aliás, reforçado pelo teor da norma contida no art. 51º, nº2, alínea e), da Lei das Autarquias Locais que atribui às câmaras municipais competência para concederem condicionalmente, quando for caso disso, alvarás de licença sanitária.

16. Significativa é a disposição contida no art. 30º, ao prever o encerramento dos estabelecimentos não licenciados, em contraste com a recorrente lacuna deste tipo de medida nos regimes jurídico-administrativos mais recentes.

17. O Decreto nº 36876, de 18 de Maio de 1948, viria a aditar os depósitos de papel inutilizado e os estabelecimentos de barbeiro e cabeleireiro à tabela anexa, ao que viriam acrescer os armazéns ou depósitos de sal por força do Decreto nº 42903, de 5 de Abril de 1960, bem como ainda os estabelecimentos de venda ao público de produtos fitofarmacêuticos (drogarias), por via do Decreto-Lei nº 47802, de 19 de Julho de 1967, e as estufas de amadurecimento de bananas - Decreto nº 49161, de 30 de Julho de 1969.

18. Por outro lado, o Decreto nº 18/70, de 14 de Janeiro, veio a excluir os estabelecimentos de engorda de aves da 2ª classe e a introduzir na 1ª os estabelecimentos de exploração de aves quando fora do alcance do Decreto-Lei nº 45880, de 19 de Agosto de 1964.

19. Em último lugar, o Decreto nº 360/70, de 31 de Julho, viria alargar as actividades da 2ª classe ao incluir os depósitos ou armazéns de cimento, de cal ou de outros materiais do mesmo género susceptíveis de propagar poeiras.

20. Deve referir-se que o regime em análise veio a constituir um marco de referência para os mais variados efeitos de protecção ambiental e sanitária. Assim, em matéria de protecção aos edifícios escolares, o Decreto-Lei nº 37575, de 8 de Outubro de 1949, dispõe que é proibido instalar estabelecimentos qualificados nas Instruções como insalubres, incómodos ou perigosos, num perímetro de 200 metros (art. 2º).

21. Ao fim e ao cabo, pode concluir-se que todas as remissões legais ou regulamentares para o conceito de actividades ou estabelecimentos incómodos, insalubres, perigosos ou tóxicos resulta numa remissão para a tabela anexa ao Decreto nº 8364, de 25 de Agosto de 1922, ou para a tabela anexa às Instruções aprovadas pela Portaria nº 6065, de 30 de Março de 1929.

22. Claro está que a primeira destas tabelas deixou de vigorar, porquanto as actividades ali compreendidas vieram a ser objecto de nova disciplina própria por via do Decreto-Lei nº 46923 e do Decreto nº 46924, ambos de 28 de Março de 1966, e da Portaria nº 22106, de 7 de Julho de 1966, todos relativos ao licenciamento de estabelecimentos industriais.

23. Manteve em vigor, contudo, o Decreto nº 8364 para os estabelecimentos industriais que não obedecessem a regulamentação específica e as disposições relativas às condições de higiene, salubridade e segurança nos estabelecimentos industriais.

24. O novo regime do exercício da actividade industrial, aprovado pelo Decreto-Lei nº 109/91, de 15 de Março, alterado pelo Decreto-Lei nº 282/93, de 17 de Agosto, modificou substancialmente a articulação que desde a década de 20 vinha sendo alcançada entre os diplomas citados . Inclusivamente, revogou as Instruções na parte em que contemplassem actividades objecto do novo regime do licenciamento industrial.

25. A mais recente alteração às Instruções foi efectuada pelo Decreto-Lei nº 167/97, de 4 de Julho, o qual veio dispensar a exigibilidade de licença sanitária aos estabelecimentos hoteleiros, turísticos, de restauração e de bebidas, ao invés do que tinha lugar com o seu antecessor, o Decreto-Lei nº 328/86, de 30 de Setembro.

26. Contudo, as preocupações de ordem sanitária e ambiental para com terceiros encontram resposta neste novo regime dos empreendimentos turísticos e ainda no anexo ao Decreto-Lei nº 316/95, de 28 de Novembro, que permite a aplicação das medidas de polícia de encerramento e de redução do horário de funcionamento, nos casos

em que o funcionamento dos estabelecimentos afecte a ordem, a segurança ou a tranquilidade pública (art. 48º).

2º
Desenvolvimento

A
Actualidade das Instruções aprovadas pela Portaria nº6065, de 30 de Março de 1929

27. As Instruções aprovadas pela Portaria nº 6065 constituem o único controlo administrativo preventivo de muitas actividades reconhecidamente perturbadoras do ambiente e qualidade de vida dos moradores mais próximos do local onde são instaladas.

28. Encontramos, na verdade, muitas actividades, reconhecidamente perturbadoras do ambiente urbano que só obtêm protecção administrativa preventiva (licenciamento) por força da sobrevivente Portaria nº 6065.

29. Sem finalidades exaustivas, aponte-se o caso dos salões de barbeiro e cabeleireiro, das drogarias, das mercearias, dos currais quando não funcionem como bcais de recolha de leite, das cavalariças e demais estábulos, das pocilgas e cortelhos de dimensão familiar, dos depósitos de madeira, mato seco, palha ou lenha, de papel inutilizado, ainda os de cal, cimento ou outras substâncias que propaguem poeiras , para além das enfermarias de animais (clínicas veterinárias), os lavadouros, as peixarias e padarias quando simplesmente se destinem à venda ao público.

29. Por isso se vê com preocupação qualquer iniciativa de revisão do regime em apreciação que envolva a sua revogação sem mais, tal como o Grupo de Trabalho constituído no âmbito da Direcção-Geral da Administração Autárquica, incumbido de analisar as consequências da eventual revogação da Portaria nº 6065, sugeriu , muito embora não tenha merecido o parecer favorável da Associação Nacional de Municípios Portugueses .

31. Grande parte das actividades enunciadas, pese embora não se conheça o exacto teor do projecto de diploma em preparação, ficariam a descoberto se acaso vier a ser revogada a Portaria nº 6065.

B
Participação dos Interessados

32. Observa-se que a disciplina do alvará sanitário contém uma garantia interessante, precursora para o seu tempo, de participação dos administrados, a qual se mostra, a nosso ver, inteiramente ajustada às necessidades de intervenção a priori dos moradores vizinhos.

33. Na verdade, as Instruções permitem que sejam apresentadas reclamações por parte dos vizinhos interessados contra a requerida instalação de estabelecimentos insalubres, incómodos ou perigosos (art. 10º).

34. Estipula-se, para esse efeito, a publicação de um edital nos paços do concelho e no local do futuro estabelecimento, de cujo teor resulta o convite à apresentação de reclamações. Há pois uma fase de verdadeiro inquérito público num domínio não compreendido nem pela avaliação do impacto ambiental , nem pelas garantias procedimentais da Lei nº 83/95, de 31 de Agosto (participação procedimental e acção popular).

35. Trata-se de questões micro-ambientais, mas nem por isso deixam de representar um elevado e significativo pólo de conflituosidade social, atento o alcance que atingem, por vezes, para a segurança e saúde pública dos aglomerados populacionais. As reclamações apresentadas ao Provedor de Justiça demonstram paradigmaticamente este fenómeno.

36. Não deixa de ter interesse referir que as reclamações apresentadas pelos moradores devem constar do auto da vistoria com indicação sobre se foram ou não atendidas. Isto representa, segundo cremos, uma boa concretização do dever de decisão (art. 9º do Código do Procedimento Administrativo) e um contributo assinalável para o aumento da eficiência na acção dos poderes públicos (art. 267º, nº2, da Constituição).

37. De resto, este sistema participativo criado em 1929 antecipava, de algum modo, o princípio actualmente vertido no art. 4º, alínea i), da Lei de Bases do Ambiente : promoção da participação das populações. O mesmo se diga do princípio da prevenção (art. 3º, alínea a)).

38. Por último, ainda quanto a este aspecto, registe-se que a fase participativa não encontra paralelo nos regimes dos procedimentos sectoriais de autorização ou licenciamento das actividades, nem tão pouco no regime jurídico do licenciamento municipal de obras particulares (RJLMOP) .

C
Licenciamento municipal de obras particulares e da utilização de edifícios e suas fracções

39. A utilização dos edifícios e suas fracções só é permitida quando licenciada pela câmara municipal e apenas na estrita medida em que o uso praticado se mostre conforme com o conteúdo da licença de utilização.

40. Com efeito, o requerimento para o licenciamento municipal de obras particulares deve ser instruído com indicação do uso a que se destinam as edificações (nº2.3. da Portaria nº 1115-B/94, de 15 de Dezembro).

41. Concluídas as obras deve ser requerida a emissão da licença que irá comprovar a conformidade da obra com o projecto de arquitectura aprovado, com as demais condições do licenciamento e com o uso previsto no alvará da licença de construção (art. 26º, nº2).

42. A licença de utilização, como parece resultar destas disposições, possui finalidades exclusivamente urbanísticas, condicionando inclusivamente a validade do título constitutivo da propriedade horizontal (art. 1418º, nº2, do Código Civil).

43. Caso a actividade desenvolvida em certa edificação ou sua fracção divirjam do uso licenciado, encontram-se as câmaras municipais habilitadas a determinar o despejo sumário (art. 165º e seus §§ 4º e segs. do Regulamento Geral das Edificações Urbanas)

44. Por outro lado, a simples modificação do uso, mesmo quando não envolva a realização de quaisquer obras, implica ainda assim aprovação da câmara municipal (art. 30º, nº1, do RJLMOP).

45. Do mesmo modo, prevê-se no art. 30º, nº3, do RJLMOP, que "quando haja lugar à realização de obras não sujeitas a licenciamento ou quando a alteração ao uso não implique a realização de obras, a emissão de nova licença é precedida de vistoria municipal destinada a verificar se o edifício ou a fracção reúne os requisitos legais e regulamentares para a utilização pretendida".

46. Assim, com a norma citada o que se pretende "é impedir que, através da modificação objectiva do uso (v.g. abertura de um estabelecimento industrial ou comercial num edifício destinado à habitação) sejam defraudadas as regras respeitantes à natureza ou à densidades das construções admitidas numa zona determinada", como explica ALVES CORREIA

47. Ora, estes mesmos requisitos legais e regulamentares resumem-se, em matéria ambiental, às disposições contidas nas Instruções e em instrumentos de planeamento territorial. Como se poderá observar dos planos vigentes, mesmo em planos de pormenor, muito poucos são aqueles que consagram tipologias das utilizações a conferir às edificações e suas fracções. Quando muito, houve a preocupação de destinar o uso de solos em grandes categorias, mas apenas excepcionalmente, encontramos interdita a utilização de fracções para usos comummente reconhecidos como incómodos, insalubres e perigosos.

48. Poder-se-ia julgar que as câmaras municipais, ao apreciarem os requerimentos para o licenciamento de obras particulares ou de simples alteração ao uso, estariam em condições de ponderar os inconvenientes ambientais no confronto com os usos dominantes da área. Assim não sucede, porém, tal como será desenvolvido infra.

49. Frequentemente, encontram-se licenças de utilização para fracções de edificações tão vagas quanto o comporte a amplitude semântica de "loja", "estabelecimento comercial", "armazém", "comércio e serviços" ou "arrumos". E nada condiciona a densidade dos conceitos da linguagem corrente para os quais remetem os alvarás de licenças de utilização.

50. A Lei limita-se a exigir uma definição do uso (art. 22º, alínea f) do RJLMOP) e as câmaras municipais são livres de estipular as categorias com maior ou menor concretização.

51. A Lei nem sequer determina a necessidade de serem aprovados regulamentos ou posturas municipais que fixem tipologias de usos das edificações ou suas fracções.

52. São os Tribunais comuns quem vem trabalhando os conceitos referidos, embora em âmbito muito distinto: o da composição de questões controvertidas entre titulares de direitos reais, no domínio do arrendamento e da propriedade horizontal, entre outros. Não pode esquecer-se, contudo, que é o título constitutivo da propriedade horizontal que se subordina à licença de utilização (art. 1418º, nº2, do Código Civil).

53. Neste sentido, pode citar-se como exemplo o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Novembro de 1995 : o arrendamento para fabrico de pão, produtos afins e pastelaria, quando o local, segundo o título constitutivo da propriedade horizontal e o projecto aprovado pela câmara municipal, se destinava a comércio, constitui utilização para uso diverso, nada relevando o facto de no mesmo local se proceder à venda ao público desses mesmos produtos.

54. Já, ao invés, no Acórdão de 16 de Dezembro de 1993 , o Supremo Tribunal de Justiça entende que não constitui uso indevido de uma fracção que, segundo o título constitutivo se destina a 'escritório', a sua utilização como 'consultório médico' ou mesmo como 'centro clínico'.

55. Ora estas questões não se resumem à sua faceta civil. Levantam interrogações do ponto de vista jurídico-administrativo, e se é certo que a autonomia privada faculta uma larga margem de conformação aos outorgantes do título constitutivo da propriedade horizontal ou de um contrato de arrendamento, já a mesma fluidez e vaguidade não se mostram desejáveis no plano administrativo, por razões de ordem pública e de saúde ambiental.

56. A única excepção conhecida é a do novo regime do licenciamento dos estabelecimentos de restauração e bebidas , porquanto a licença de utilização ali prevista, para além das finalidades de controlo urbanístico, se destina a apreciar a adequação do estabelecimento ao uso previsto, à observância das regras de funcionamento e das condições sanitárias e relativas à segurança contra riscos de incêndio (art. 10º, nº2).

57. Assim se compreende que este diploma haja revogado o disposto no art. 40º das Instruções aprovadas pela Portaria nº 6065, de 30 de Março de 1929, deixando os estabelecimentos hoteleiros e similares de se encontrarem sujeitos ao licenciamento sanitário.

58. A articulação entre a licença de utilização e o alvará sanitário poderá trazer grandes benefícios, se este último tiver como requisito a compatibilidade deste último com o uso previsto na licença de utilização.

59. Por outras palavras, o pedido de deferimento de um alvará sanitário deverá ser liminarmente indeferido sempre que a actividade a desenvolver desvirtue o conteúdo da licença de utilização. De outro modo, estaremos a exigir do licenciamento das utilizações mais do que nos pode dar e, por outro lado, a deixar à margem a escassa protecção ambiental conferida por este meio.

60. A articulação poderá, por seu turno, potenciar efeitos de sinal contrário, mas igualmente vantajosos, ou seja, a licença de utilização deve conformar-se com a disciplina de localização das actividades presumidas como incómodas, insalubres e perigosas, de tal sorte que se mostre inválido o acto de licenciamento que para um certo local infrinja o uso admitido pelas Instruções.

61. As câmaras municipais não dispõem actualmente de um parâmetro sólido

que as habilite a indeferir o pedido de licenciamento de uma construção para um uso desconforme com as normas das Instruções. Caso as Instruções venham, pura e simplesmente, a ser revogadas pelo legislador, nem este mínimo ficaria assegurado.

62. Em suma, e repita-se, a licença de utilização é estritamente urbanística. Não tem por escopo a defesa de interesses ambientais ou de saúde pública , limitando-se a expressar a conformidade das obras com a licença de construção e esta, por sua vez, limita-se a verificar a conformidade da construção com critérios estritamente urbanísticos, em especial com os instrumentos de planeamento aplicáveis.

D
Instrumentos de Planeamento Territorial

63. Como acima foi referido , os instrumentos de planeamento territorial e urbanístico pouco regulam a utilização a conferir às edificações, o que de resto em nada contende com o regime jurídico da elaboração, aprovação e ratificação dos planos municipais de ordenamento do território contido no Decreto-Lei nº 69/90, de 2 de Março.

64. Ali apenas se exige que sejam estabelecidas classes de espaços em função do uso dominante do solo: urbanos, urbanizáveis, industriais, indústrias extractivas, espaços agrícolas, florestais, culturais e naturais, e espaços canais (art. 28º).

65. Mesmo os planos de pormenor, aos quais cabe especificar a tipologia de ocupação numa determinada área, dispondo sobre usos do solo e condições de edificação (art. 9º, nº4), abstêm-se de definir a utilização em concreto das edificações e suas fracções.

66. E não parece avisado que em cada plano de pormenor tenha de acautelar-se a posição dos edifícios habitacionais contra um acervo incomensurável de actividades incómodas cuja localização próxima compromete a qualidade de vida local.

67. A criação de um regime jurídico comum destinado a evitar, no silêncio dos planos, utilizações incompatíveis, parece pois adequada. Mesmo o princípio da separação das utilizações incompatíveis, trabalhado pela jurisprudência administrativa alemã , não é suficiente para salvaguardar posições individuais e concretas, já que os planos revelam neste ponto características programáticas e genéricas, como tal, não exequíveis por via das disposições planificatórias.

68. São bem modestas e fragmentárias as disposições próprias de planos urbanísticos que se preocupem com a compatibilidade das utilizações de edifícios ou suas fracções. Refira-se como caso isolado a norma do art. 16º do regulamento do Plano Di-

rector Municipal de Gondomar , mas observe-se, ainda assim, o teor demasiado indeterminado e vago dos conceitos usados e a excessiva prognose pedida ao órgão decisor, ao ver-lhe confiada a tarefa de prever os incómodos que, em concreto, uma certa actividade possa vir a causar.

69. Os direitos urbanísticos francês (Lei de 19 de Julho de 1976) e espanhol de há muito que manifestam a sua preocupação com as insuficiências dos instrumentos planificatórios para disciplinar a utilização das edificações e suas fracções . Parece-nos oportuno que o direito nacional consagre também instrumentos que salvaguardem esta necessária articulação.

E
A Prevenção e Controlo do Ruído

70. No Regulamento Geral sobre o Ruído (RGR) , por seu turno, não se regista qualquer articulação com o regime do licenciamento sanitário. Este diploma, aliás, tem apresentado dificuldades de ordem vária na sua concatenação com os regimes urbanísticos.

71. Na verdade, tal como pôde ser exposto ao Governo por Recomendação do Provedor de Justiça de 22/09/1993, o RGR deixa escapar as virtualidades de um controlo preventivo, na medida em que se limita a presumir como actividades ruidosas os espectáculos e diversões (art. 20º, nº1), pois quanto às restantes actividades, genericamente qualificadas como geradores de ruído susceptível de causar incomodidade, a presunção é de sentido inverso (art. 20º, nº2): a licença ou a imposição de condicionalismos para a realização de actividades ruidosas presume-se concedida sob condição de respeito dos limites de emissões ruidosas - 10dB(A) de diferença entre o valor do nível sonoro contínuo equivalente, corrigido do ruído proveniente dos locais em questão, e o valor do nível sonoro do ruído de fundo que é excedido num período de referência em 95% da duração deste.

72. Esta regra veio, por completo, desvirtuar o princípio geral enunciado no art. 3º, segundo o qual, qualquer actividade ruidosa está dependente de uma prévia avaliação do impacto ruidoso, mesmo quando é consabido que o ruído é inerente à laboração (v.g. discotecas, oficinas de reparação de automóveis).

73. Ao fim e ao cabo, o RGR quando faz depender a qualificação como actividade ruidosa de uma medição, por forma a conferir os valores máximos admitidos, está

a remeter para momento posterior ao início da laboração o controlo administrativo com a perda de eficácia que este mecanismo deixa antever.

74. Quando vier a confirmar-se que uma actividade é, afinal, ruidosa, assiste-se a uma sequência de múltiplas iniciativas da Administração Pública para o infractor realizar obras de insonorização, concluindo-se, não raras vezes, que estas se mostram insusceptíveis de isolar o local onde é desenvolvida a actividade poluente das fracções ou das outras edificações atingidas por propagação ruidosa intolerável.

75. Tem esta Provedoria conhecimento do projecto legislativo em preparação pelo Ministério do Ambiente , e do seu propósito de acatar a citada Recomendação formulada há perto de seis anos. Em parte, consideramos que se atinge um melhor controlo preventivo (cfr. art. 5º), mas ainda assim, não se encontra no seu articulado razão alguma que leve a concluir ser de afastar a necessidade do licenciamento sanitário.

76. A instalação de estabelecimentos ou actividades incómodas ou perigosas, quando não seja precedida da realização de obras ou da alteração à utilização licenciada, não se encontra sujeita a qualquer procedimento administrativo que ateste a conformidade com as condições técnicas estabelecidas no RGR. Pensamos, por exemplo, na situação de uma fracção onde se encontre instalada uma retrosaria e que dá lugar a uma loja de discos. Uma vez mais se regressaria ao controlo simplesmente sucessivo, pois perduraria a brecha originada pela falta de uma intervenção administrativa prévia nos casos em que não haja uma alteração urbanisticamente significativa.

77. Certo é que se mostra indispensável tal intervenção, não só para aferir das condições de isolamento do local potencialmente ruidoso, como também da viabilidade da localização pretendida em função das características da vizinhança (v.g. a presença de unidades hospitalares, hoteleiras ou habitacionais).

78. Tudo isto vem ajudar a revelar a utilidade do licenciamento sanitário, mais não seja com características residuais ou subsidiárias relativamente aos actos urbanísticos de licenciamento ou autorização.

79. O projecto mencionado impõe a elaboração de mapas de ruído por parte das direcções regionais do Ambiente em colaboração com as câmaras municipais, mapas esses que deverão condicionar a localização das actividades por forma a separar actividades ruidosas daquelas que reclamem sossego e concentração.

80. É de questionar, porém, sob que coordenadas serão efectuados os levantamentos acústicos impostos pela realização dos mapas. Será de reconhecer a utilidade de uma tabela onde figurem as inibições de localização de certas actividades, por reporte

às utilizações protegidas, não apenas segundo critérios de ruído, como também em função de outros parâmetros de ordem higio-sanitária.

81. E nada parece aconselhar que se remeta para a disciplina do planeamento urbanístico a salvaguarda de um escopo essencialmente ambiental. Como se referiu supra (cfr. supra secção C), a delimitação dos espaços por instrumentos de planeamento urbanístico em função dos usos dominantes não permite concretizar as finalidades de prevenção ruidosa. Quanto mais não seja, pense-se no modo como estes usos são configurados (v.g. uso habitacional, admitindo, porém, acessoriamente outros usos sem qualquer discriminação segundo critérios ambientais: art. 34º, nº4, do regulamento do PDM de Lisboa - nas áreas históricas habitacionais (...) podem ser admitidos nos 1ºs e 2ºs pisos (...) para além do uso predominantemente habitacional, os seguintes usos (...)- (a) comércio; (b) terciário; (c) equipamentos colectivos; e, (d) indústria compatível).

82. Em suma, ainda que tenha lugar o levantamento do existente para permitir mapas de ruído, continua a justificar-se a existência de regras que condicionem a localização de actividades consideradas como potencialmente incómodas, insalubres, tóxicas ou perigosas, mesmo segundo critérios de ordem acústica. Estes mapas de ruído apontam as áreas de silêncio, mas abstêm-se de indicar quais as actividades compatíveis com essa definição.

F
Licenciamento da Actividade Industrial

83. Neste sentido, avisado andou o legislador em matéria de licenciamento da actividade industrial, quando, ao aprovar o Decreto-Lei nº 109/91, de 15 de Março, lançou mão desta técnica, determinando a categorização das actividades industriais em classes e proscrevendo certas localizações.

84. Assim, por exemplo, as actividades industriais das classes A e B só podem localizar-se em zonas industriais segundo o plano ou em parques industriais (art. 4º, nº1, do Regulamento do Exercício da Actividade Industrial), ao passo que as actividades industriais da classe C já podem encontrar-se localizadas em outros locais, conquanto tenham de manter-se isoladas de edifícios habitacionais (art. 4º, nº4).

85. Neste domínio optou-se por fixar em tabela (aprovada, primeiro, como anexo ao Decreto Regulamentar nº 10/91, de 15 de Março, e mais tarde, através da Portaria nº 744-B/93, de 18 de Agosto) um enunciado taxativo das actividades industri-

ais submetidas ao licenciamento, procedendo-se à sua classificação de acordo com os riscos para a segurança e para o ambiente.

86. A entrada em vigor do mesmo Decreto-Lei nº 109/91, de 15 de Março, veio determinar a revogação da Portaria nº 6065, de 30 de Março de 1929, no que se refere a estabelecimentos constantes da tabela anexa ao Decreto Regulamentar nº 10/91, de 15 de Março (art. 26º, alínea a)), como determinou também a revogação do anterior regime do licenciamento industrial .

87. Poder-se-ia julgar que esta reforma retiraria espaço à necessidade do licenciamento sanitário, mas não é assim.

88. Primeiro, a subsunção de certa actividade ao REAI (Regulamento do Exercício da Actividade Industrial) depende da prévia qualificação da actividade na lista definida regulamentarmente. Por outras palavras, dir-se-á que, mesmo quando uma actividade possa ser reconhecida como industrial ou com características eminentemente industriais, nem por isso lhe será aplicado o regime próprio da actividade industrial.

89. Depois, porque algumas actividades que se encontravam sob licenciamento industrial, ao abrigo do precedente regime de 1966, deixaram de o estar com a nova disciplina (de 1991), constituindo paradigma o caso das oficinas de reparação e manutenção de veículos automóveis e motociclos. Também os armazéns de produtos industriais, sempre que não integrem a tabela aprovada pela Portaria nº 744-B/93, de 18 de Agosto, escapam ao licenciamento da actividade industrial.

90. E escapam – o que é mais grave – a qualquer espécie de licença ou autorização do seu funcionamento, mau grado a incomodidade e perigosidade que apresentam, reflectida na extensa litigiosidade ambiental que opõe moradores e empresários.

91. De resto, e com esta ordem de preocupações, foi formulada, em 29/9/1993, a Sua Excelência o Ministro da Indústria e Energia uma Recomendação com vista a fazer incluir na tabela das actividades industriais as oficinas de reparação e manutenção de veículos automóveis, os estabelecimentos com actividades de lavandaria e limpeza de confecções e vestuário e os armazéns de produtos tóxicos e inflamáveis.

92. Essa Recomendação não veio a ser acatada, fundamentalmente, por se entender que a estas actividades faltaria um vincado cunho industrial, pelo que mal se quadrariam com o exercício de competências por parte das ex-direcções regionais de Indústria e Energia.

93. Encontramos neste ponto, pois, um novo e ponderoso motivo para reconhecer justificação ao licenciamento sanitário, o qual tenderia, em nosso entender, a re-

gular situações que, de algum modo, devam encontrar-se a descoberto das autoridades de polícia administrativa ambiental, apesar da reconhecida incomodidade, insalubridade ou perigosidade inerentes ao seu desenvolvimento. O único ponto de arrimo no seu controlo é o do licenciamento urbanístico com todas as contingências de ordem ambiental que se descreveram supra.

94. Muito recentemente, veio a ser aprovado o Decreto-Lei nº 57/99, de 1 de Março, onde se estabelece um regime de licenciamento para as actividades de venda directa ao consumidor de produtos da indústria agro-alimentar.

95. O objectivo confessado deste diploma é ajustar o regime do licenciamento industrial aos estabelecimentos que comercializem produtos decorrentes de um processo de transformação industrial.

96. O seu interesse, neste ponto, é o de verificar que estas actividades deixaram de estar sujeitas ao licenciamento sanitário (art. 4º, nº1) e passaram a depender do licenciamento industrial, sendo qualificados, em todo e qualquer caso, na classe D.

97. Ora, as actividades industriais compreendidas na classe D – e este parece-nos um dos pontos mais débeis do regime do licenciamento industrial – beneficiam de livre localização, desde que observadas condições de isolamento que as tornem compatíveis com o uso do prédio onde se encontram (art. 4º, nº5, do REAI).

98. Assim, enquanto que sob a aplicação do regime do licenciamento sanitário a localização se encontrava condicionada em função dos incómodos ambientais a restrições gerais e abstractas, no domínio do Decreto-Lei nº 57/99, de 1 de Março, recaem no controlo sucessivo com base nos incómodos efectivamente produzidos desde o início da actividade. Caminhou-se, uma vez mais, de encontro ao princípio da prevenção do dano ambiental.

99. É de observar que este novo regime contribuiu para quebrar a já escassa congruência do sistema, porquanto ao lado do regime do licenciamento industrial e do licenciamento sanitário vem perfilar-se uma nova licença para um grupo muito restrito de actividades de prestação de serviços. Tudo isto nos leva a questionar sobre se mais não valeria a pena aproveitar as potencialidades do licenciamento sanitário e estender o seu regime a todas as actividades de prestação de serviços ou comerciais, mesmo quando complementares da actividade industrial, desde que se mostrem geradoras de conflitos ambientais de vizinhança.

G
Outros Licenciamentos Sectoriais

100. Referimos que os procedimentos sectoriais de autorização e licenciamento de actividades com incidência no ambiente urbano obedecem a finalidades que apenas reflexamente convergem com as preocupações de ordem sanitária e ecológica para com os moradores mais próximos.

101. Com alguns exemplos, pretendemos ilustrar esta afirmação e contribuir, assim, para sustentar a necessidade de um controlo preventivo determinado por razões de ambiente urbano.

102. Em primeiro lugar, veja-se, para este efeito, o caso das suiniculturas.

103. Não fora o facto de estes estabelecimentos se encontrarem classificados na tabela anexa à Portaria nº6065, de 30 de Março de 1929, e nada impediria que estas se localizassem junto a edifícios escolares ou habitacionais, porquanto a regra atinente à localização destas explorações visa, exclusivamente, a defesa sanitária da actividade de produção e reprodução de suínos, estabelecendo os mínimos afastamentos relativamente a actividades ou infra-estruturas que pela sua natureza ponham em perigo a segurança sanitária da exploração suinícola (nº1.1.1. e 1.1.1.1. da Portaria nº 158/81, de 31 de Janeiro).

104. Em segundo lugar, observe-se o regime da avicultura. Sob o regime da Portaria nº 6065, de 30 de Março de 1929, é condicionada a localização destas actividades, dado pertencerem à 1ª classe os estabelecimentos avícolas de produção (artigo único do Decreto nº 18/70, de 18 de Janeiro), pelo que terão de situar-se em local afastado das habitações, dentro de uma zona de isolamento a fixar para cada caso, tendo em conta a extensão da exploração (art. 4º, da Portaria nº 6065).

105. A aplicação do licenciamento sanitário coexiste com o licenciamento sectorial, por parte das autoridades pecuárias, quer sob a vigência do Decreto-Lei nº 182/79, de 15 de Junho, e das pertinentes regras regulamentares (Portaria nº 392/79, de 3 de Agosto), quer sob o regime vigente (Decreto-Lei nº 69/96, de 31 de Maio, e Portaria nº 206/96, de 7 de Junho) já que em ambos se exige a prévia deliberação camarária verificativa da observância do disposto na Portaria nº 6065 e no Decreto nº 18/70 em matéria de localização.

106. Isto bem mostra como o procedimento confiado às autoridades pecuárias só tem em conta as exigências de ambiente para a vizinhança por força do incidente

procedimental fundado no licenciamento sanitário, pois, de resto, as preocupações vertidas no licenciamento pecuário são de sinal oposto, ou seja, cuidar que as actividades circundantes não afectem a produção avícola, a bem do consumidor e da qualidade do produto alimentar.

107. Não pode, pois, subscrever-se a posição firmada no Relatório da Actividade do Grupo de Trabalho que procedeu à análise da Portaria nº 6065, ao considerar que a revogação desta não teria qualquer implicação no licenciamento da actividade avícola. Para além do já citado condicionamento relativo à localização, as condições higio-sanitárias contempladas no Decreto-Lei nº 69/96, de 31 de Maio, e na Portaria que o regulamenta, dizem respeito, tão somente, às condições de produção e não ao impacto ambiental sobre a vizinhança.

108. Mais entende o referido Grupo de Trabalho que a intervenção municipal atinente à localização pode perfeitamente ter lugar no procedimento do licenciamento de obras. Não é assim, como se julga ter deixado claro supra (secções C e D), visto não disporem as câmaras municipais de nenhum parâmetro que lhes permita inviabilizar a construção de um aviário, a não ser a sempre citada Portaria nº 6065.

H
Das Autoridades de Saúde

109. Como derradeiro argumento, o Grupo de Trabalho defende que os interesses públicos protegidos por este diploma já se encontram confiados à intercessão das autoridades de saúde, mas o certo é que a revogação das Instruções teria como efeito a não intervenção destas autoridades em qualquer um dos procedimentos de licenciamento.

110. As autoridades de saúde viram confinada a sua intervenção no campo das obras particulares àquelas que não careçam de licenciamento municipal, por força do disposto no art. 5º, nº2, do Decreto-Lei nº 250/94, de 15 de Outubro, já que este revogou a norma contida no art. 1º, alínea a), do Decreto-Lei nº 569/76, de 19 de Julho; e, no domínio dos trabalhos de construção sujeitos a licenciamento, aos casos em que se realize vistoria para efeitos de emissão da licença de utilização, o que apenas sucede quando não for apresentada declaração comprovativa da conformidade da obra com o projecto aprovado ou haja indícios de desconformidade (art. 27º do citado regime jurídico do licenciamento municipal de obras particulares).

111. Afastada que se encontra, quase por completo, a intervenção das autoridades sanitárias dos actos de licenciamento urbanístico, nem por isso se julgue que o regime das competências dos delegados concelhios de saúde lhes permite participar preventivamente no procedimento de instalação das actividades insalubres, incómodas, tóxicas e perigosas, uma vez que não se lhes atribui o poder de emitir parecer sobre os projectos de instalação ou alteração dos estabelecimentos. As competências confiadas no citado diploma reconduzem-se à fiscalização das condições de funcionamento e ao encerramento quando for verificado grave risco para a saúde dos trabalhadores ou dos aglomerados populacionais (art. 8º, nº1, alíneas g) e h)).

112. Por este controlo ser meramente sucessivo, pertinente é, pois então, questionar quem, se for simplesmente revogada a Portaria nº 6065, apreciará as condições higio-sanitárias de índole ambiental dos estabelecimentos até agora reputados como incómodos, insalubres, tóxicos ou perigosos.

113. Outros exemplos de equívoco em que nos parece ter laborado o Grupo de Trabalho encontram-se no caso das salas colectivas de ordenha mecânica, dos talhos e salsicharias não acoplados a unidades industriais e dos canis e gatis. Tudo parte de se confundirem os regimes de licenciamento ou autorização sectorial (pecuária, veterinária, etc.) com o escopo do licenciamento sanitário.

I
Actividades sem controlo prévio por parte da Administração Central

114. Importa, por fim, tratar (I) das actividades que se encontram abrangidas por licenciamento sanitário, mas não por licenciamento sectorial, bem como ainda (II) daquelas que, embora reconhecidamente poluentes, nenhum controlo administrativo preventivo (licença ou autorização) vêem incidir sobre si.

115. No que às primeiras diz respeito, e sem prejuízo de quanto já se expôs sobre este assunto (supra secção A), entende o Grupo de Trabalho que nada justifica um controlo municipal preventivo, antes devendo ser confiado à Administração central o seu licenciamento. Teríamos então de divisar qual o órgão ou serviço do Estado que mais apto se encontraria para o fazer em relação, por exemplo, aos salões de cabeleireiro e barbeiro, como também aos estabelecimentos de produtos fitofarmacêuticos (entre estes, as drogarias) e as mercearias ou supermercados de pequena dimensão .

116. Quanto às segundas, refira-se como paradigma o caso das lavandarias e

das oficinas de reparação de automóveis. De forma alguma se fixam condições quanto à sua localização ou funcionamento, pelo que a abertura indiscriminada destes estabelecimentos vem causando séria perturbação, só corrigida, e quase sempre tardiamente, por via do controlo sobre o ruído.

J
Empreendimentos turísticos, similares e recintos de espectáculos

117. O Decreto-Lei nº 168/97, de 4 de Julho, veio revogar, como se referiu supra, o disposto no art. 40º e segs. das Instruções aprovadas pela Portaria nº 6065, de 30 de Março de 1929.

118. Nestas disposições revogadas, os estabelecimentos hoteleiros e similares não eram se não equiparados aos estabelecimentos incómodos, insalubres e perigosos, mas nada se dispunha sobre a respectiva localização em face de edifícios de habitação.

119. O licenciamento sanitário foi, então, consumido pelo licenciamento de utilização turística, o qual compreende algumas finalidades de ordem ambiental. Não se trata de um licenciamento exclusivamente urbanístico, nem exclusivamente de ordem sectorial (para salvaguarda dos interesses turísticos e protecção dos consumidores). Subsiste, porém, lacuna na determinação das suas localizações, pesem embora as garantias de fiscalização sobre o seu funcionamento, já por parte dos governadores civis, já por parte das câmaras municipais, muito em especial, no âmbito da protecção contra o ruído e da preservação da ordem pública.

120. Outro tanto se poderá dizer dos recintos de espectáculos e divertimentos públicos, os quais não se encontram submetidos a regras gerais quanto à sua localização.

121. Na verdade, o Regulamento das Condições Técnicas e de Segurança dos Recintos de Espectáculos e Divertimentos Públicos limita-se a prescrever que sejam tomadas medidas para que as actividades em questão não constituam incómodo para a vizinhança. Este factor há-de ser tido em conta ora pela Direcção-Geral dos Espectáculos, ora pelas câmaras municipais, consoante a competência respectiva (arts. 4º e 9º, do Decreto-Lei nº 315/95, de 28 de Novembro).

122. Em ambas as situações, contudo, faltam regras gerais sobre a sua localização em função dos incómodos para a vizinhança, o que, na mesma linha de raciocínio levaria a dar como necessária a sua sujeição ao regime do licenciamento sanitário.

123. Contudo, estas actividades, porventura com a excepção das salas de dança e de certos recintos de espectáculos e divertimentos públicos, mostram-se susceptíveis de ser compatibilizadas com os usos residenciais ou outros especialmente carecidos de protecção ambiental, seja por condicionamentos horários, seja por controlo a disciplinar no Regulamento Geral sobre o Ruído.

124. Assim, o que parece pertinente é consagrar algumas disposições sobre a localização de determinadas actividades, entre estas, a aplicar na ausência de disposições contidas em instrumento de planeamento territorial ou regulamentos municipais.

L
Características procedimentais do licenciamento sanitário e do controlo a posteriori

125. Em face do exposto, é de concluir que o regime do licenciamento sanitário apresenta um conjunto significativo de vantagens no âmbito das regras jurídicas ambientais e que a sua supressão pode comportar um prejuízo não despiciendo na congruência e unidade do sistema.

126. Tem sido verificado que a maior parte das queixas dirigidas ao Provedor de Justiça em matéria ambiental dizem respeito a conflitos ambientais de vizinhança cuja resolução reclama, na maior parte dos casos, aplicação das regras contidas nas mencionadas Instruções.

127. Por seu turno, o regime jurídico de avaliação do impacto ambiental apenas é aplicável à aprovação de projectos de obras ou de infra-estruturas que pela sua natureza ou dimensão sejam susceptíveis de acarretar prejuízos ambientais significativos, deixando de fora todo um conjunto de actividades de menor dimensão, mas cuja perigosidade ou incomodidade ambiental carecem de ser avaliadas, quer numa fase prévia à da instalação e início de funcionamento da actividade respectiva, quer no decurso da laboração. O mesmo se diga da Lei nº 83/95, de 31 de Agosto, em matéria de acção procedimental.

128. Ora, o regime que vem sendo analisado, permite condicionar o exercício das actividades insalubres, incómodas e perigosas, fazendo constar do título administrativo que habilita o exercício da actividade um conjunto de imposições de índole higio-sanitária a cuja observância se acha condicionada a manutenção da licença e cujo cumprimento a posteriori é fiscalizado por parte dos municípios e das autoridades de saúde.

129. As Instruções aprovadas pela Portaria nº 6065 instituíram, pois, um sistema de controlo prévio e continuado das condições sanitárias e ambientais, sistema esse que permite à Administração fixar condições específicas para um certo estabelecimento em virtude das características individuais e concretas da actividade e do local e alterar essas mesmas condições se o interesse público ambiental e de saúde pública assim o vierem exigir, em face dos impactes negativos concretamente produzidos pela actividade em questão .

130. Possui inegáveis virtualidades, quanto a estes aspectos, o sistema de participação procedimental prévio e de fiscalização a posteriori contido na Portaria nº6065, sem prejuízo das actualizações que o mesmo reclama, motivadas pela sua longevidade e pela necessária adequação com o regime geral do procedimento administrativo.

131. O esquema participativo enunciado nas Instruções parece constituir uma réplica, nas devidas proporções, dos interesses em questão da avaliação do impacto ambiental. Recorde-se a afixação de edital "em que se convida quem tiver reclamações a fazer a apresentá-las na secretaria da câmara, dentro do prazo de quinze dias" (art. 10º).

132. Refira-se, ainda, o dever de decisão por parte da câmara municipal antes da licença ser concedida, das reclamações apresentadas pelos interessados (art. 16º).

133. É preciso não esquecer que os procedimentos administrativos ambientais têm uma função essencial de composição de interesses. Não que se trate de procurar cedências por parte do interesse público em face dos interesses privados por mais legítimos que estes sejam. Trata-se, isso sim, de conceder satisfação a interesses privados na estrita medida em que estes se apresentem coincidentes com o interesse público.

134. Neste domínio, parece-nos que o regime em análise contem um modelo de composição bastante interessante. E nem se diga, que o Código do Procedimento Administrativo concede plena satisfação a esta necessidade dos procedimentos administrativos ambientais. O Código contém um regime comum que em nada obsta à criação pelo legislador de procedimentos especiais em razão da matéria ou da especificidade dos interesses públicos em questão. Fê-lo a respeito da acção procedimental (Lei nº 83/95,) e mostra-se aconselhável que não o deixe de fazer em relação às pequenas actividades e estabelecimentos incómodos, insalubres, tóxicos e perigosos.

135. Certo é que no CPA se consagra a legitimidade para protecção de interesses difusos (art. 53º, nº 2). Contudo, esta legitimidade pressupõe que sejam os titulares respectivos a invocá-la e a intervir no procedimento. Ao invés, valerá a pena ter em

conta que o dever de comunicação aos interessados do início oficioso do procedimento só existe quanto aos interessados que possam ser nominalmente identificados (art. 55º, nº 1) e que o dever de notificação dos actos administrativos se mostra cerceado pela dificuldade em identificar os lesados difusos (art. 66º, alínea b)).

136. Ora, o conhecimento destes factos apresenta-se fundamental para que os potenciais lesados, não apenas participem em tempo útil, como também, possam reagir graciosa e contenciosamente através dos meios ao seu alcance.

3º
Actividades e estabelecimentos incómodos, insalubres, tóxicos e perigosos

137. A Tabela anexa às Instruções, tal como reconhece o Grupo de Trabalho, encontra-se manifestamente desactualizada e nos setenta anos de vigência a articulação das suas previsões com a multiplicidade de diplomas legislativos e regulamentares supervenientes ocasionou grandes dificuldades na aplicação.

138. Em nosso entender, o primeiro passo deverá ser o de proceder a uma profunda actualização desta Tabela, ora para contemplar estabelecimentos e actividades cuja incomodidade ambiental só hoje se faz sentir, ora para prever situações novas, já que a última alteração com esse objectivo resulta do Decreto nº 18/70. Por outro lado, importa expurgá-la de conteúdos manifestamente obsoletos nos nossos dias.

139. Sugere-se então, que sejam previstas as seguintes actividades e estabelecimentos, acompanhadas de uma classificação que o legislador deverá realizar: (a) por conta da intensidade dos inconvenientes ambientais de cada uma e que irá condicionar a respectiva localização, (b) em função da proximidade de edifícios escolares, estabelecimentos de saúde, unidades hoteleiras e de construções destinadas à habitação, apontando, designadamente, aquelas actividades ou estabelecimentos que deverão ser interditos no interior dos edifícios habitacionais, e (c) adoptando parâmetros quantitativos por forma a não estabelecer condicionamentos irrazoáveis (v.g. segundo a área do estabelecimento, segundo a quantidade de material depositado ou de acordo com o número de espécies animais ali mantidas):

Tabela I

(Actividades e Estabelecimentos a Sujeitar a Licenciamento Sanitário)

1) Depósitos e armazéns industriais ou outros onde se encontrem as seguintes matérias:

a) adubos de origem animal, vegetal ou mineral;

b) alfarroba;

c) algodão;

d) asfalto, resinas, betumes ou outras matérias betuminosas;

e) carne e peixe salgado;

f) carvão;

g) drogas ou tintas;

h) fitas cinematográficas;

i) fressuras e tripas;

j) mato seco, palha, lenha, ou pinha rama;

k) papel inutilizado;

l) peles e coiros verdes;

m) peles salgadas ou secas;

n) produtos alimentares congelados;

o) produtos tóxicos e inflamáveis (v.g. álcool, artigos de perfumaria, artigos de limpeza, produtos químicos, artigos farmacêuticos);

p) queijos;

q) trapos;

r) desperdícios de matérias filamentosas;

s) madeira ou cortiça;

t) sal;

2) Estabelecimentos de exploração e engorda de aves de criação, sem prejuízo do disposto no Decreto-Lei nº 69/96, de 31 de Maio, e na Portaria nº 206/97, de 7 de Junho;

3) Colectividades desportivas, culturais e de recreio, sem prejuízo do disposto no Decreto-Lei nº 317/97, de 25 de Novembro;

4) Estufas de bananas;

5) Salões de barbeiro e cabeleireiro e gabinetes de estética;

6) Canis, gatis e clínicas veterinárias, com ou sem hospedagem sem prejuízo do disposto no Decreto-Lei nº 317/85, de 2 de Agosto;

7) Estabelecimentos de criação e reprodução de coelhos sem prejuízo do disposto no Decreto-Regulamentar nº 39/80, de 20 de Agosto e na Portaria nº 1001/93, de 11 de Outubro;

8) Cortelhos, pocilgas e outras explorações suinícolas, sem prejuízo do disposto no Decreto-Lei nº 163/97, de 27 de Junho, no Decreto-Lei nº 255/94, de 20 de Outubro, nas Portarias nºs 1274, 1275 e 1276, de 26 de Outubro de 1995, no Decreto-Lei nº 233/79, de 24 de Julho, na Portaria nº 158/81, de 30 de Janeiro;

9) Currais de bovinos, compreendendo locais de recolha de leite, sem prejuízo do disposto no Decreto-Regulamentar nº 7/81, de 30 de Janeiro;

10) Estabelecimentos de abate de animais não considerados industriais, sem prejuízo do disposto no Decreto-Lei nº 304/84, de 18 de Setembro e na Portaria nº 817/90, de 11 de Setembro;

11) Estabelecimentos de venda ao público de animais domésticos e de estimação;

12) Estábulos, cavalariças e picadeiros;

13) Estúdios e laboratórios de fotografia, sem prejuízo do disposto na Portaria nº 977/83, de 19 de Novembro;

14) Estúdios de gravação e montagem de música e de produções audiovisuais;

15) Ginásios;

16) Lavandarias, tinturarias e engomadorias;

17) Mercearias, supermercados e outras superfícies comerciais não consideradas unidades comerciais de dimensão relevante, sem prejuízo do disposto nas Portaria nº 20922, de 21 de Novembro de 1964, e na Portaria nº 22970, de 20 de Outubro de 1967, bem como no Despacho Normativo nº 109/89, de 15 de Dezembro;

18) Oficinas de pintura, reparação e manutenção de automóveis e motociclos, de calibragem e reparação de pneus;

19) Centros de lavagem de automóveis e motociclos;

20) Estabelecimentos de venda ao público de pão, bolos e produtos afins, quando não compreendidos sob o regime jurídico da restauração, sem prejuízo do disposto no Decreto-Lei nº 286/86, de 6 de Setembro;

21) Estabelecimentos de venda ao público de peixe e marisco, frescos ou con-

gelados, sem prejuízo do disposto no Decreto-Lei nº 41380, de 20 de Novembro de 1957, no Decreto-Lei nº 230/90, de 11 de Julho, e no Decreto-Lei nº 288/98, de 17 de Setembro;

22) Outros estabelecimentos de venda ao público de produtos alimentares congelados;

23) Pombais, sem prejuízo do disposto no Decreto-Lei nº 36767, de 26 de Fevereiro de 1948;

24) Postos de abastecimento de combustíveis sem prejuízo do disposto no Decreto nº 29034, de 1 de Outubro de 1938, no Decreto-Lei nº 246/92, de 30 de Outubro, com a redacção conferida pelo Decreto-Lei nº 302/95, de 18 de Novembro, no Despacho SEOP nº 37-XII/92, de 22 de Dezembro;

25) Talhos, salsicharias e charcutarias, sem prejuízo do disposto no Decreto-Lei nº 261/84, de 31 de Julho, na Portaria nº 971/94, de 29 de Outubro, alterada pela Portaria nº 252/96, de 10 de Julho, e no Decreto-Lei nº 158/97, de 24 de Junho, alterado pelo Decreto-Lei nº 155/98, de 6 de Junho;

26) Estabelecimentos de venda ao público de discos e outros fonogramas;

27) Estabelecimentos de ensino, sem prejuízo do disposto no Decreto-Lei nº 133-A/97, de 30 de Maio, e no Despacho-Normativo nº 13/84, de 25 de Junho;

28) Laboratórios clínicos, centros médicos e de enfermagem, sem prejuízo do disposto no Decreto-Lei nº 13/93, de 15 de Janeiro, Decreto-Regulamentar nº 44/93, de 17 de Dezembro e no Decreto-Regulamentar nº 63/94, de 2 de Novembro;

29) Estabelecimentos comerciais com área superior a ...(a definir);

30) Capelas mortuárias;

31) Centros de informática;

32) Ovis e capris;

33) Centrais de camionagem e de transportes colectivos e de mercadorias e de auto-reboques, sem prejuízo do disposto no Decreto-Lei nº 45537, de 21 de Janeiro de 1964;

34) Piscinas, sem prejuízo do disposto no Decreto-Lei nº 33583, de 24 de Março de 1944, e no Decreto-Lei nº 317/97, de 25 de Novembro.

Tabela II

(Actividades e Estabelecimentos a Sujeitar a Regras Especiais de Utilização)

1. Salas de dança ou estabelecimentos que compreendam salas de dança;
2. Salas de espectáculos;
3. Salas de diversão; e,
4. Pavilhões desportivos.

140. Relativamente aos estabelecimentos que sugerimos sejam compreendidos na Tabela II, renova-se quanto foi exposto supra (nº117 e segs.), com o sentido de reconhecer que o interesse do seu enunciado na Tabela se prende apenas com a necessidade de fixar regras gerais atinentes à localização, na falta de parâmetro legal ou regulamentar que faculte às câmaras municipais inviabilizar o uso incompatível. Não se justifica, como tal, reintroduzir o licenciamento sanitário dos estabelecimentos similares aos hoteleiros, até porque o controlo posteriormente exercido sobre as condições de funcionamento já se mostra adequado à luz do disposto no Decreto-Lei nº 168/97, de 4 de Julho.

141. Mostra-se desejável que o enunciado das actividades e estabelecimentos compreendidos seja facilmente modificável caso se venham a revelar novas necessidades, quer por via da inclusão de actividades não classificadas quer por alteração da classificação estabelecida. A este propósito, refira-se o actual enunciado do art. 2º das Instruções, onde pode ler-se: "que na mesma tabela serão incluídos os estabelecimentos que se reconheça apresentarem inconvenientes que imponham sujeição às disposições do presente diploma".

4º
Articulação com o regime do licenciamento municipal de obras particulares

142. O que importará, em todo o caso, é estabelecer um sistema que permita harmonizar, sem duplicações nem vazios legais, o licenciamento municipal de obras particulares e da utilização de edifícios ou suas fracções com o regime jurídico do licenciamento sanitário.

143. Parece-nos que devem constituir objectivos desta articulação:

a) criar um fundamento legal que permita às câmaras municipais indeferir pedidos de licenciamento de obras ou de alteração do uso sempre que se revelem incompatíveis com as regras de localização das actividades insalubres, incómodas ou perigosas ;

b) habilitar as câmaras municipais a fixarem requisitos técnicos e de construção em função da actividade a desenvolver como condição do deferimento do pedido de licenciamento;

c) qualificar o alvará de licença sanitária como licença de funcionamento para efeito do disposto no art. 50º do Regime Jurídico do Licenciamento Municipal de Obras Particulares, tendo presente, em todo o caso, que ali se prevê uma concentração dos actos de vistoria (nº2); e,

d) definir uma concentração de procedimentos com o sentido seguinte: as determinações em matéria de licenciamento sanitário só serão apreciadas neste procedimento quando não tenham sido em outro (v.g. obras particulares, alteração do uso de edifício ou fracção), por forma a obstar à duplicação de actos e formalidades.

5º
Conclusões

144. No termo da presente análise, concluímos que o regime contido nas Instruções aprovadas pela Portaria nº 6065, de 30 de Março, não apenas continua a desempenhar uma função essencial na ordem jurídica, como se justifica aperfeiçoá-lo por forma a potenciar as vantagens que encerra:

A) permitindo um sistema de participação procedimental idóneo para os casos de conflitos jurídico-administrativos de vizinhança urbana;

B) facultando às câmaras municipais um parâmetro de decisão para o efeito de inviabilizarem a instalação de actividades poluentes incompatíveis com usos residenciais ou afins;

C) representando o único regime de controlo administrativo de actividades reconhecidamente perturbadoras do ambiente;

D) assegurando por via da fiscalização exercida a posteriori a correcção de anomalias e deficiências de laboração;

E) colmatando o interstício entre o domínio industrial e os domínios comercial

e de prestação de serviços;

F) preservando a intervenção das autoridades de saúde no momento da autorização da localização;

G) reforçando a eficácia do Regime Geral sobre o Ruído; e,

H) providenciando, enfim, por uma forma de aproximação entre a salvaguarda dos interesses públicos urbanísticos, ambientais e de ordenamento do território.

Parcialmente acatado pelo decreto-lei 370/99, de 18 de Setembro, e portaria 33/2000, de 28 de Janeiro.

A
Sua Excelência
A Ministra do Ambiente

R 3/98
Rec. n.º 18/B/99
1999.06.01

I
Exposição de Motivos

A Lei de Bases do Ambiente (Lei nº 11/87, de 7 de Abril), qualifica a protecção do ambiente e qualidade de vida das populações como bem público colectivo e como direito dos cidadãos, incumbindo ao Estado, através dos organismos próprios, promover a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos, quer individual, quer colectiva (artigo 2º), sendo tal direito acolhido, de forma clara e inequívoca, no nosso ordenamento jurídico, como direito fundamental.

Efectivamente, a Constituição, que neste particular se revela paradigmática em face dos demais modelos constitucionais europeus, eleva o direito ao ambiente como direito fundamental do cidadão (artigo 66º, n.º 1) e como tarefa fundamental do Estado (artigo 9º, alíneas d) e e)), autonomizando-o relativamente aos demais direitos nela consignados como sejam, entre outros, o direito à vida, o direito à saúde e o direito à propriedade.

O direito a um ambiente de vida humana sadio e ecologicamente equilibrado deve, pois, ser assumido como direito subjectivo de todo e qualquer cidadão individualmente considerado, podendo mesmo ser qualificado, na expressão utilizada por GO-

MES CANOTILHO, "como direito subjectivo inalienável, pertencente a qualquer pessoa", configurando–se,"...como um verdadeiro direito fundamental, formal, e materialmente constitucional" ("Procedimento Administrativo e Defesa do Ambiente", in Revista de Legislação e Jurisprudência, nº 3802, pgs. 8 e 9).

Pode, por outro lado, de acordo com a ordem jurídico-constitucional portuguesa, assumir-se como direito a uma acção do Estado (artigo 66º, nº 2 da CRP), ao qual está adstrito o dever jurídico de desenvolver os necessários mecanismos de controlo e de prevenção das acções poluidoras que concorram para a degradação da qualidade do ambiente, nelas se incluindo, entre outras, e ao nível do direito instituído, as acções que afectem negativamente a saúde e o bem-estar das populações (artigo 21º da Lei de Bases do Ambiente).

Entre os deveres cometidos ao Estado neste âmbito, releva o específico dever de prevenção do ruído (artigo 22º, alínea f) da Lei de Bases do Ambiente) ao qual corresponde o direito dos administrados à protecção contra o ruído, direito que goza de especial tutela garantística, e merece, por isso, por parte dos órgãos e serviços da Administração Pública, especial atenção. Com efeito, a Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, em concretização, aliás, do princípio da legalidade e do princípio da prossecução dos direitos e interesses dos cidadãos (Artigo 266º, nº1 e nº 2 da CRP e artigos 3º e 4º do Código do Procedimento Administrativo), pelo que não pode deixar de acautelar, no exercício das funções que lhe são cometidas, o respeito pelo cumprimento das normas legais aplicáveis em matéria de ruído.

Por outro lado, constituindo a poluição sonora um dos principais factores de degradação da qualidade de vida das populações, impõe-se a adopção de medidas preventivas e repressivas eficazes e mitigadoras do ruído, o que se materializa na rigorosa observância dos níveis sonoros legalmente exigíveis no que tange ao exercício de actividades ruidosas, através de numa acção fiscalizadora pronta e eficaz.

Ora, se se puser em evidência que o ambiente é um bem jurídico fundamental, consagrado constitucionalmente como direito subjectivo dos indivíduos, qual seja o direito de estes desfrutarem de um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado (artigo 66º da CRP), concretizado, no nosso ordenamento jurídico, na Lei de Bases do Ambiente (artigos 2º, nº1 e 40º, nº 4), não poderá o Provedor de Justiça, no exercício das funções que lhe são cometidas de defesa e promoção dos direitos liberdades, garantias e

dos interesses legítimos dos cidadãos, deixar de intervir sempre que esteja em causa a protecção desses direitos ou interesses ou a sua denegação e, bem assim, não se poderá furtar a assinalar as eventuais deficiências da legislação a este propósito.

As múltiplas reclamações apresentadas a este Órgão do Estado, na sua grande maioria contra a omissão dos poderes públicos no domínio que vem sendo referido, evidenciam a insuficiência de meios no combate e na prevenção da poluição sonora que se vem manifestando em todos os segmentos da vida em comunidade, e revelam-se como indicadores das deficiências de interpretação e aplicação do regime contido no Regulamento Geral Sobre o Ruído, aprovado pelo Decreto-Lei nº 251/87, de 24 de Junho.

Tal desiderato foi, aliás, objecto da Recomendação por mim formulada que, em 29 de Setembro de 1993, dirigi à antecessora de Vossa Excelência, onde se apontavam algumas das principais deficiências do regime jurídico em vigor, e se concluía pela necessidade de revisão do Regulamento supra referido.

E, sem prejuízo de se revelar louvável a iniciativa desenvolvida pelo Ministério do Ambiente relativamente à proposta de alteração legislativa, em curso, do Regulamento Geral Sobre o Ruído, atento o esforço nela patenteado de se corrigirem muitas das deficiências sentidas na aplicação do regime jurídico contido no citado texto legal, o certo é que ficaram excluídas do seu campo de análise outras tantas questões que importa resolver em sede de ruído, das quais se destaca a que ora me motivou a intervir, qual seja a da imposição ao lesado por actividades ruidosas da prestação de uma caução sempre que este requeira a realização de exames acústicos, por motivo de avaliação do grau de incomodidade sonora proveniente das referidas actividades.

Na realidade, aquela imposição decorre da Portaria nº 326/95 (2ª série), de 4 de Outubro, diploma que visou dotar as Direcções Regionais do Ambiente e Recursos Naturais –actualmente, Direcções Regionais do Ambiente, por força do disposto no Decreto-Lei nº 230/97, de 30 de Agosto - da adequada contrapartida financeira que lhes seria devida pelo acréscimo de atribuições que, "ex novo", lhes teriam sido cometidas pelo Decreto-Lei nº 190/93, de 24 de Maio.

Na perspectiva da "mens legislatoris" subjacente ao Preâmbulo do citado diploma legal, tal justifica-se pela necessidade de dotar as Direcções Regionais do Ambiente "...de instrumentos que lhes permitam gerir receitas como contrapartida dos serviços que, no âmbito das competências que lhes estão legalmente conferidas, são chamadas a exercer", tudo assente no pressuposto de que "...os custos do funcionamento dos

serviços devem ser tendencialmente suportados pelos respectivos utilizadores".

Com aquele alegado objectivo, adoptou-se o mesmo critério relativamente a procedimentos diversificados e de natureza distinta, como sejam, a cobrança de emolumentos pela passagem de certidões, declarações, pareceres, e pela realização de vistorias, medições, peritagens e análises laboratoriais, obtenção de dados da rede nacional, regional e local da qualidade do ar, venda de publicações e impressos (artigo 1º da Portaria nº 326/95 (2ª série), de 4 de Outubro), com a imposição da prestação de uma caução de Esc. 15 000$00 (quinze mil escudos) pela execução de ensaios acústicos ´"...realizados no âmbito de acções de fiscalização do cumprimento do Regulamento Geral sobre o Ruído, para avaliação do grau de incomodidade do ruído na sequência de reclamações e a requerimento de entidades públicas ou privadas" (artigo 1º, alínea g)i) da Portaria nº 326/95, de 4 de Outubro).

Ora, se o primeiro grupo de actividades administrativas configura a prestação de serviços requeridos por particulares à Administração, caso em que parece perfeitamente legítimo que esta cobre uma taxa que a compense pelo trabalho realizado e pelos benefícios recolhidos pelos particulares na percepção de tais serviços, outro tanto não sucede no caso dos ensaios acústicos previstos na alínea g)i) do artigo 1º da supra referida Portaria.

Com efeito, no artigo 33º do Decreto-Lei nº 251/87, de 24 de Junho, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei nº 292/89, de 2 de Setembro, atribuem-se às entidades com superintendência técnica em cada sector – no âmbito das quais se integram as Direcções Regionais do Ambiente na respectiva área de jurisdição – competências fiscalizadoras em matéria de ruído.

Na realidade, e não nos atendo, nesta sede, às implicações decorrentes da falta de rigor da expressão, pouco clara e equívoca, contida no citado normativo, qual seja a de "entidades com superintendência técnica em cada sector", certo é que a competência para a fiscalização do cumprimento das disposições constantes do Regulamento Geral Sobre o Ruído compete, entre outras entidades, às Direcções Regionais do Ambiente.

Assim sendo, o adequado exercício de uma acção fiscalizadora, pronta e eficaz, dos níveis sonoros legalmente estabelecidos relativamente às actividades geradoras de ruído, cuja aferição passa necessariamente pela realização dos competentes ensaios acústicos constitui, em si mesmo, o exercício de uma competência legalmente atribuída ás mencionadas Direcções Regionais.

Ora, o princípio da legalidade administrativa impõe aos órgãos administrativos que subordinem a sua conduta em obediência à Lei e ao direito, dentro dos limites dos poderes que lhes são atribuídos e em conformidade com os fins a que os mesmos poderes lhes são conferidos (artigo 266º, nº 2 da CRP e artigo 3º do Código do Procedimento Administrativo), impondo, outrossim, que exerçam as competências que lhes são confiadas.

Do exposto emerge, como concretização do princípio da legalidade da competência administrativa, a imposição às Direcções Regionais do Ambiente, no desempenho da sua actividade administrativa - em particular, no âmbito da sua acção fiscalizadora - a realização de ensaios acústicos.

Na realidade, tais ensaios acústicos, mesmo quando realizados na sequência de reclamações e a requerimento de entidades públicas ou privadas, sempre exprimem uma acção de fiscalização do cumprimento do Regulamento Geral sobre o Ruído, actividade fiscalizadora que, em todo o caso, já correspondia a uma incumbência, a uma obrigação de facere da própria Administração; e, assim, as reclamações e os requerimentos de realização de ensaios acústicos fundamentados na alegação de situações concretas de excesso de ruído não devem ser identificadas com a prestação de um serviço da Administração a particulares, revelando-se, antes, em tudo compaginável com o dever legal de actuar das entidades administrativas com competências neste domínio, o que fazem na prossecução das atribuições que lhes são legalmente conferidas.

Ao invés, aquelas reclamações e aqueles requerimentos, muito em especial quando subscritos por particulares, sempre deveriam ser havidos como "iniciativas dos particulares" e "informações" e, como tal, apoiados e estimulados pelos respectivos órgãos da Administração Pública, nos termos do preceituado na alínea b) do nº 1 do Artigo 7º do Código do Procedimento Administrativo.

O que sucede com a previsão normativa ínsita no preceito da Portaria a que me venho referindo é que, ao encontrar-se nos antípodas do entendimento plasmado no Código do Procedimento Administrativo enquanto princípio da colaboração da Administração com os particulares, a que antes também me referi, interpreta cada reclamação sobre excesso de ruído como subscrita por alguém que carece de razão ou que, no mínimo, possui e não deveria possuir uma hipersensibilidade auditiva que "irá forçar", desnecessariamente, a agir, a administração a quem incumbe fiscalizar o cumprimento do Regulamento Geral Sobre o Ruído.

Com efeito, o normativo em presença estabelece a presunção de que o cidadão

que se julga lesado por actividade geradora de ruído carece de razão até prova em contrário, prova essa produzida, a final, pela própria Administração à qual incumbiria, por excelência, o dever legal de actuar ex oficio.

Pelo que vem dito, a obrigação da prestação de uma caução de Esc. 15 000$00, por cada reclamação sobre excesso de ruído exprime, assim, um processo de intenção instaurado contra cada reclamante, visto pela Administração, até prova em contrário, não como a vítima indefesa de um excesso de poluição sonora, mas como o único "culpado" pela desnecessária e ingente tarefa de desencadear um procedimento administrativo.

Tal encargo pode, por outro lado, constituir um elemento dissuasor para o cidadão prejudicado no seu direito ao repouso e a um ambiente sadio, por motivo de excesso de poluição sonora, na medida em que este poderá desmotivar-se perante a exigência da prestação de uma caução, atentas as contingências próprias da sensibilidade auditiva e da difícil constatação prévia de que os níveis de ruído reclamados coincidam, rigorosamente, com os índices sonoros legalmente fixados.

A opção legislativa adoptada suscita, pelo exposto, sérias reservas, tanto quanto condiciona a realização de exames de medição acústica à prestação de uma caução, tentando-se reparar a incongruência desta opção legislativa isentando daquela obrigação o particular que puder demonstrar a sua comprovada insuficiência económica (artigo 3º ,*"in fine"* da Portaria 326/95, de 4 de Outubro).

Efectivamente, se o particular já carrega consigo o peso da sua comprovada insuficiência económica, não se vê como possa ter a força anímica bastante para, confrontado com a reiterada violação do direito ao repouso, desencadear os necessários mecanismos para se queixar de uma agressão contra o ambiente e da lesão de um direito fundamental que lhe assiste.

Haverá, por certo, situações em que ao reclamante não assiste qualquer razão, que reclama por reclamar ou, pior do que isso, reclama por motivo de existirem eventuais conflitos puramente pessoais de vizinhança. Em casos destes, afigura-se-me da mais salutar justiça que o impetrante pague, que a sua actuação seja cominada com a aplicação de uma coima graduada em função da gravidade do seu comportamento e que, inclusivamente, se pondere na criação da figura jurídica do reclamante de má-fé.

Esta cominação, todavia, segundo creio, deveria cingir-se a situações de manifesta improcedência, quando os resultados da medição se situem muito aquém do valor

de 10 dB (A) de diferença entre o valor do nível sonoro contínuo equivalente, corrigido, e o valor do ruído de fundo, que é excedido, num período de referência, em 95% da duração deste.

Dir-se-á, pelo exposto, que a ser prestada caução, tal encargo deverá ser suportado por quem mantém uma actividade potencialmente ruidosa ou por quem retire o benefício dessa actividade, onerando, antes, o agente poluidor que ficaria adstrito a suportar tal encargo, em conformidade, aliás, com o postulado pelo princípio do poluidor-pagador, qual seja o de que o agente causador da poluição seja responsabilizado pelos danos causados no ambiente e a terceiros e obrigado a corrigir ou a recuperar os recursos naturais, suportando os encargos daí resultantes.

Na verdade, os fins que o princípio a que atrás se alude permite realizar são a precaução e a prevenção dos danos ao ambiente e, bem assim, a justiça na redistribuição dos custos decorrentes das medidas públicas de luta contra a degradação do ambiente.

Assim sendo, a admitir a eventualidade de o procedimento administrativo de licença ou de autorização da actividade potencialmente ruidosa não integrar uma análise acústica (até por esta só se mostrar possível depois de iniciada a actividade), justo seria impor ao interessado a prestação de uma caução por conta da realização de exame de medição acústica. A verificar-se a perfeita compatibilidade com os padrões de ruído, operar-se-ia a devolução da quantia ao interessado.

Esta ideia não se mostra sequer inovadora, pois na Lei de Bases do Ambiente é previsto mecanismo análogo para os casos de estabelecimentos e actividades de exploração do subsolo, cujo licenciamento importa a prestação de caução para garantia do cumprimento da obrigação de recuperação da paisagem (artigo 33º, nº 4).

Ademais, sendo o cidadão titular de um direito ao ambiente porquanto goza, face ao nosso ordenamento jurídico, de uma posição jurídica subjectiva, tutelada como direito fundamental pela Constituição, é seguramente ao responsável pela poluição sonora a quem se devem pedir medidas que permitam de alguma forma reparar os efeitos nocivos contra o ambiente, resultantes de determinada actividade geradora de ruído, conforme, aliás, decorre da conjugação dos princípios da prevenção, da responsabilização e do poluidor-pagador, consagrados no artigo 3º, alíneas a) e h) da Lei de Bases do Ambiente.

Solução, aliás, que se compagina, do mesmo passo, com o princípio da correcção na fonte dos danos ao ambiente, o qual redunda na imposição ao poluidor, enquanto

fonte subjectiva ou causador da poluição, do dever de modificar a sua conduta, expurgando-a de acções lesivas do ambiente ou rectificando-a de modo a reduzir ao mínimo as agressões ambientais.

A corroborar todo o expendido, importará, ainda, ter presente o princípio da gratuitidade do procedimento administrativo, consagrado no artigo 11º do Código do Procedimento Administrativo, nos termos do qual se afirma que a actividade procedimental é gratuita, exceptuando o caso de vigorarem leis especiais que imponham o pagamento de taxas ou de despesas efectuadas pela Administração.

Deste modo, e ainda que o procedimento administrativo seja desencadeado por iniciativa do administrado, sempre se dirá que a gratuitidade procedimental deverá ser a regra, maxime quando esteja em causa, por um lado, um direito fundamental dos administrados, constitucionalmente garantido – como é o direito a um ambiente de vida humano sadio, que se acautela através da prevenção e controlo da poluição, no caso vertente, da poluição sonora (artigo 66º, nº 1 e nº 2, alínea a) da CRP) – e, por outro, o dever de fiscalização do cumprimento da Lei, no exercício da actividade administrativa. Na realidade, no âmbito do procedimento administrativo devem " ...ser gratuitos todos os actos que não impliquem actividade extraordinária dos serviços requerida em proveito predominante dos particulares" (MARCELLO CAETANO, Manual de Direito Administrativo, 1980, Vol. II, pg. 1297).

Ora, no caso vertente, a fiscalização do cumprimento dos níveis sonoros estabelecidos na Lei, não implica qualquer "actividade extraordinária" por banda da Administração, sendo, antes, realizada para prosseguir um interesse público e representa, na sua essência, o exercício de uma competência legalmente atribuída às Direcções Regionais do Ambiente, no âmbito das competências de fiscalização que lhe são atribuídas.

O princípio da gratuitidade tendencial do procedimento administrativo, longe de constituir uma regalia ou um privilégio, é verdadeiro corolário do princípio da legalidade administrativa. O regular exercício das funções de polícia administrativa por parte da Administração Pública, por que garantia do primado da Lei e da protecção que esta confere a certos bens, não pode ser deixado ao impulso dos administrados, quando para mais se condiciona a sua iniciativa a um esforço pecuniário significativo.

O administrado que pede a intervenção dos órgãos de fiscalização invocando a convergência do seu interesse particular com o interesse público lesado, não pode ser sujeito de procedimento análogo àquele que é próprio dos pedidos de licença, de autori-

zação ou de dispensa administrativa.

A fiscalização do cumprimento dos níveis sonoros legalmente exigíveis, constitui, assim, um dever legal que é cometido aos órgãos e serviços com competências neste domínio, através de uma acção fiscalizadora que comporta a adopção de diligências administrativas, entre as quais se inclui a realização de exames acústicos.

Com efeito, no pressuposto de que, e conforme é constitucionalmente garantido, a actividade administrativa visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos e no respeito pelo princípio da legalidade (artigo 266º, nº1 e nº 2 da CRP), conclui-se, pois , que a fiscalização das actividades ruidosas é de interesse público, quanto mais não seja por se tratar da fiscalização do cumprimento da Lei, nomeadamente, da fiscalização do Regulamento Geral Sobre o Ruído.

Em suma, o exercício dos poderes de fiscalização pelas autoridades administrativas consignados no Regulamento Geral Sobre o Ruído corresponde a um dever legal de agir por parte destas, no âmbito do exercício da sua actividade de polícia administrativa.

Assim sendo, e atento a que a acção fiscalizadora em matéria de ruído, se desenvolve no âmbito da prossecução do interesse público, sem prejuízo de, como se disse, não poucas vezes, este coincidir com o interesse dos particulares, suscitam-se sérias reservas quanto à legalidade da imposição aos cidadãos lesados no exercício do direito ao repouso que lhes assiste, por actividades ruidosas sujeitas à fiscalização das autoridades administrativas, do pagamento das quantias decorrentes da realização de ensaios acústicos e, bem assim, da prestação de caução, consignadas no artigo 1º, alínea g)i) e no artigo 3º, ambos da Portaria nº 326/95 (2ª série), de 4 de Outubro.

Importa, por outro lado, salientar, que o princípio da legalidade da competência administrativa implica a irrenunciabilidade e a inalienabilidade pelo órgão administrativo da competência que lhe está conferida. Como refere, a este propósito, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e OUTROS, in Código do Procedimento Administrativo, Anotado, 2ª ed., Coimbra, 1997, a pgs. 192, "A irrenunciabilidade e inalienabilidade, pelo órgão administrativo, da competência que lhe está legalmente conferida (tanto da sua titularidade como do seu exercício), são também corolários do princípio da legalidade e da sua funcionalidade jurídico-pública, entendida como uma adstrição da Administração à prossecução de interesses públicos. Por isso, os órgãos administrativos estão legalmente obrigados a exercer a sua competência - e um poder que se exerce por comi-

nação funcional da Lei é sempre, salvo disposição em contrário, de exercício pessoal, insusceptível de delegação ou de procuração. Não se trata, portanto, de regras ou princípios com vista à protecção dos interessados, mas de uma constrição que impende sobre os órgãos administrativos (ou competentes em matéria administrativa), com o objectivo de garantir a prossecução do interesse público".

Neste pressuposto, a prestação de caução como condição do exercício de uma competência administrativa fixada por Lei para a prossecução do interesse público, poderá significar a renúncia ao exercício de uma competência, pelo que as normas constantes da Portaria nº 326/95 (2ª série), de 4 de Outubro devem, neste particular, ser tidas como nulas (artigo 29º, nº2 do Código do Procedimento Administrativo).

Mas ainda que as reservas formuladas não encontrassem o apoio na legalidade, sempre seria de ter presente um considerável imperativo de justiça ao compaginar a actividade ruidosa, da qual o agente tantas vezes retira proveito económico, com a situação do administrado que se diz perturbado no sossego e repouso a que tem direito.

Concordará Vossa Excelência que é difícil aos administrados reclamantes compreenderem por que motivo têm eles, e não o reclamado, o ónus de suportar os custos da fiscalização.

II
Conclusões

De acordo com o exposto, e no exercício dos poderes que me são conferidos pelo artigo 23º, nº1 da Constituição e pelo artigo 20º, nº1, alínea b) da Lei nº 9/91, de 9 de Abril (Estatuto do Provedor de Justiça),

Recomendo

- Que seja revogada a norma constante da alínea g)i) do artigo 1º da Portaria nº 326/95 (2ª série), de 4 de Outubro, por motivo de impor, como contrapartida da realização dos ensaios acústicos realizados pelas Direcções Regionais do Ambiente no âmbito de acções de fiscalização do cumprimento do Regulamento Geral Sobre O Ruído, para avaliação do grau de incomodidade sonora, na sequência de reclamações e a requerimento de entidades públicas ou privadas, o pagamento da quantia de Esc. 50.000$00 (cinquenta mil escudos) e de Esc. 70.000$00 (setenta mil escudos), respectivamente.
- Que seja revogada a norma constante do artigo 3º da Portaria n.º 326/95, de 4 de Outubro (2ª série), por motivo de impor às entidades públicas ou privadas, que em sede de

reclamação por excesso de ruído requeiram a realização de ensaios acústicos, a prestação de uma caução.
- Que seja determinada a prestação de caução aos agentes económicos que desenvolvam actividades ruidosas, a qual poderá ser devolvida caso não surjam, num prazo razoável, reclamações por incomodidade imputada à actividade ou, surgindo, venha a concluir-se pela sua improcedência.

Recomendação sem resposta conclusiva.

A
Sua Excelência
O Presidente da Assembleia da República

P-8/96
Rec. n.º 31/B/99
1999.10.28

I
Exposição de Motivos

Considerando que a Lei nº 28/99, de 11 de Maio - por via da qual se autorizava o Governo cessante a alterar o regime jurídico da avaliação dos impactos ambientais de determinados projectos, públicos ou privados – caducou, por motivo de se ter verificado o termo da legislatura (artigo 165º, nº 4, da Constituição), e considerando ainda a necessidade de ser transposta, quanto antes, a directiva comunitária sobre este mesmo assunto, creio ser meu dever dirigir-me a Vossa Excelência e prevalecer-me da oportunidade para expor algumas breves considerações sobre aspectos que tenho por menos claros, ou mesmo equívocos, os quais se têm vindo a suscitar na aplicação do actual regime jurídico contido no Decreto-Lei nº 186/90, de 6 de Junho, na redacção dada pelo Decreto-Lei nº 278/97, de 8 de Outubro, e nos diplomas que os regulamentam (o Decreto Regulamentar nº 38/90, 27 de Novembro e o Decreto Regulamentar nº 42/97, de 10 de Outubro, respectivamente).

Com efeito, a autorização legislativa concedida pela Assembleia da República ao Governo, relativamente a matéria da sua reserva relativa (artigo 165º, nº 1, alínea g), da Constituição), só poderá ser concedida por uma Assembleia Legislativa na plenitude de funções e implica, na expressão utilizada por um ilustre constitucionalista, "(...) uma relação fiduciária entre a Assembleia e o Governo (...)" , cessando, por isso, com o ter-

mo da legislatura (JORGE MIRANDA, Funções, Órgãos e Actos do Estado, 1990, Lisboa, pg. 474)

Se a legislatura compreende quatro sessões legislativas e se cada uma delas se inicia em 15 de Setembro e é concluída um ano após, o termo da legislatura terá ocorrido inexoravelmente em 14 de Setembro p.p. (artigos 171º, nº 1 e 174º, nº 1, ambos da Constituição).

Na verdade, sessão legislativa e período de funcionamento não se confundem, especialmente se tivermos presente que a Constituição consagra o princípio da descontinuidade material ao lado do princípio da continuidade institucional (CANOTILHO, J.J. GOMES, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 1998, Coimbra, pg. 548).

A caducidade da autorização legislativa a que antes se alude operou, pois, automaticamente no termo da legislatura, sem que, contudo, o XIII Governo constitucional tivesse legislado sobre a matéria.

Na convicção de que irá ser desencadeada nova iniciativa legislativa sobre o instituto jurídico em presença, atenta a sua importância e repercussão no meio ambiente, julgo oportuno formular a presente Recomendação, cujas motivações enunciarei de seguida e cujo escopo fundamental será a observância das prescrições contidas na Directiva 97/11/CEE do Conselho, de 3 de Março de 1997, cuja obrigatoriedade de transposição, para o direito interno, impende sobre o Estado Português, sob pena de incumprimento.

Compete ao Provedor de Justiça, de acordo com o que se dispõe no artigo 20º, nº1, alínea b), do seu Estatuto, contribuir para o aperfeiçoamento da legislação.

É com este propósito, de contribuir para a melhoria da técnica legislativa e tendo presente que o regime de avaliação do impacto ambiental desempenha uma função axial no direito do ambiente nacional e comunitário, que entendo dever formular a presente Recomendação.

Com efeito, no âmbito da análise dos processos cuja instrução decorreu ou se encontra em curso na Provedoria de Justiça, tenho sido confrontado com dificuldades de vária ordem em sede de interpretação e aplicação do regime jurídico em vigor, em face de algumas deficiências e incongruências, uma vez que, não raras vezes, as situações que me são submetidas, para apreciação, suscitam sérias reservas quanto à aplicação do regime jurídico de avaliação do impacto ambiental, verificando-se, aqui e ali, um vazio legal no tratamento dado a essas matérias que mal se compagina com o rigor e

objectividade exigidos pela importância das disposições em questão.

Em conformidade, desenvolvem-se alguns pontos de vista sobre o seu conteúdo e, bem assim, sobre o que se mostra desejável modificar no regime jurídico de avaliação do impacto ambiental (AIA), à luz da experiência adquirida por este Órgão do Estado. Isto, independentemente da obrigação que impende sobre o Estado Português de proceder à transposição da directiva comunitária nº 97/11/CE, do Conselho, de 3 de Março de 1997, que carece de ser introduzida no direito interno com a máxima brevidade.

Assim:

A
Articulação entre o Disposto em Acto Legislativo e em Regulamento

No que se refere à problemática enunciada creio que a nova disciplina jurídica a acolher deveria dirimir as dúvidas que actualmente subsistem quanto a saber se a enumeração dos projectos a submeter a AIA é taxativa ou, ao invés, meramente exemplificativa.

Efectivamente, a cláusula geral contida no artigo 2º, nº 1, do Decreto-Lei nº 186/90, de 6 de Junho, na redacção dada pelo Decreto-Lei nº 278/97, de 8 de Outubro, vê restringido o seu âmbito de aplicação por força do disposto no nº 3 do citado preceito, nos termos do qual se infere que apenas a categoria de projectos constantes do Anexo I do Decreto–Lei nº 186/90, de 6 de Junho, são obrigatoriamente submetidos a avaliação do impacto ambiental.

O novo texto legislativo poderá, concomitantemente, resolver dúvidas quanto à problemática relativa à concretização dos projectos que devem ser submetidos a avaliação do impacto ambiental e que constam do anexo III do diploma legal atrás citado, os quais, como é consabido, são submetidos à referida avaliação "nos termos e de acordo com os critérios e limites a definir mediante decreto regulamentar" (artigo 7º, nº 1, do Decreto-Lei nº 186/90, de 6 de Junho).

Ora, o decreto regulamentar a que atrás se alude - Decreto Regulamentar nº38/90, de 27 de Novembro - ao qual incumbiria, por imperativo legal, estabelecer os critérios e limites em função dos quais os projectos enumerados no Anexo III do Decreto-Lei nº 186/90, de 6 de Junho, deveriam ser sujeitos a AIA, apenas parcialmente o fez porquanto omite de forma singela a regulamentação de determinados projectos nele contemplados.

Senão vejamos:

A legislação nacional sobre avaliação do impacto ambiental destinou-se a transpor para a ordem jurídica interna o conteúdo da directiva comunitária que disciplina a matéria em apreço, mormente a Directiva 85/337/CE do Conselho, de 27 de Junho de 1985, relativa à avaliação dos efeitos de determinados projectos públicos e privados no ambiente, parcialmente alterada pela Directiva 97/11/CEE do Conselho, de 3 de Março de 1997.

Todavia, no acto de transposição, o legislador nacional parece ter-se limitado a transcrever o elenco dos projectos constantes das listas I e II anexas à directiva de 1985 (a que corresponde a listagem do Anexo II e III do Decreto-Lei 186/90, de 6 de Junho) omitindo, com isto, a regulamentação de alguns dos projectos constantes deste Anexo III.

Na realidade, o Decreto Regulamentar nº 38/90, de 27 de Novembro, que deveria ter estabelecido os limiares, critérios e limites das categorias de projectos elencados no Anexo III do diploma legal a que atrás se alude - de acordo com os quais aqueles projectos estariam ou não sujeitos a avaliação do impacto ambiental - não o fez, pelo que foram omitidas categorias de projectos passíveis de serem objecto de avaliação de impacto ambiental uma vez que os mesmos não foram objecto de regulamentação, ao arrepio do que preconiza a legislação comunitária no domínio que vem sendo referido.

Com efeito, a directiva comunitária supra mencionada estatui que os projectos incluídos no seu Anexo I devem sempre ser submetidos a avaliação do impacto ambiental (artigo 4º, nº1), excepção feita às situações previstas no artigo 2º, nº 3. Quanto aos projectos enumerados no Anexo II serão submetidos a avaliação do impacto ambiental sempre que os Estados-Membros considerem que as suas características assim o exigem (artigo 4º, nº 2), tendo em conta, nomeadamente, a sua natureza, dimensão e localização.

Concede-se, pois, aos Estados-Membros, no que a estes últimos projectos respeita, uma certa margem de livre apreciação quanto à sujeição ou dispensa da realização da avaliação do impacto ambiental sobre os projectos em causa. E tal regime, assim enunciado, manteve-se na Directiva 97/11/CE do Conselho, de 3 de Março de 1997, que acrescentou, relativamente ao regime anterior, o modo como aquela apreciação deverá ser feita, com base numa análise caso a caso ou com base nos limiares ou critérios fixados pelos Estados-Membros, respectivamente.

Por outra palavras: na primeira lista encontram-se as categorias de projectos que devem ser obrigatoriamente submetidos a avaliação de impacto ambiental; e, na segunda lista, aquela categoria de projectos que apenas são submetidos a avaliação do impacto ambiental quando a natureza e características específicas dos projectos em questão assim o exijam.

Porém, o legislador nacional terá ido mais longe ao subtrair, pura e simplesmente, dessa apreciação, certa categoria de projectos através da não regulamentação dos critérios e limites de acordo com os quais, e face às características concretas de determinado projecto, se aferisse da necessidade ou desnecessidade de o submeter a uma avaliação prévia do impacto ambiental. É o caso, por exemplo, da gestão de resíduos a que alude o ponto 3. alínea i) e o ponto 11. alíneas c), e) e f), ambos constantes do Anexo III do Decreto-Lei nº 186/90, de 6 de Junho, no seio dos quais apenas estão regulamentadas as instalações para recolha e tratamento de resíduos radioactivos, conforme resulta do ponto 3.3 do Anexo ao Decreto Regulamentar nº 38/90, de 27 de Novembro, tendo posteriormente sido regulamentadas, aquando da entrada em vigor do Decreto Regulamentar nº 42/97, de 10 de Outubro, as instalações de eliminação destinadas à incineração ou tratamento químico de resíduos industriais não perigosos ou de resíduos urbanos com uma capacidade superior a 100t/dia (cfr. ponto 11., alínea c) do citado diploma regulamentar).

É, do mesmo passo, o caso concernente à construção de estradas a que se reporta o ponto 10, alínea d) do Anexo III ao Decreto-Lei nº 186/90, de 6 de Junho, caso em que o legislador preconizou a construção de estradas como actividade sujeita a avaliação do impacto ambiental, ao passo que o diploma regulamentar deixou de fora essa actividade.

Dever-se-á, face ao exposto, entender que por motivo da sua não inclusão na categoria de projectos elencados no diploma regulamentar antes referido, aquelas actividades deixaram de carecer de avaliação do impacto ambiental? Parece que não. No entanto, fica sempre aberta a porta para dúvidas e especulações indesejadas.

Na esteira, aliás, do que foi sustentado a este propósito pela Comissão em processo que correu termos no Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, "... liberdade de apreciação quer dizer apreciar e não renunciar antecipadamente a fazê-lo" (cfr. Processo C-133/94, Comissão/Bélgica). No âmbito do referido processo o Tribunal de Justiça das Comunidades veio a defender o que a seguir se transcreve: " O artigo 4º, nº 2 da Directiva 85/337, relativa à avaliação dos efeitos de determinados pro-

jectos públicos e privados no ambiente, prevê que os projectos pertencentes às categorias enumeradas no Anexo II da directiva sejam submetidos a uma avaliação sempre que os Estados–Membros considerarem que as suas características assim o exigem, e que os Estados-Membros podem, para este efeito, especificar certos tipos de projectos a submeter a uma avaliação ou fixar critérios e/ou limiares a reter para poderem, de entre os projectos em causa, determinar quais os que devem ser submetidos a uma avaliação. Esta disposição deve ser interpretada no sentido de que não confere aos Estados-Membros o poder de excluir global e definitivamente uma ou várias das categorias referidas da possibilidade de uma avaliação, pois os critérios e/ou os limiares mencionados não têm por finalidade subtrair de antemão à obrigação de uma avaliação certas categorias completas de projectos enumerados no Anexo II, previsíveis no território de um Estado-Membro, mas unicamente facilitar a apreciação das características concretas que apresenta um projecto com vista a determinar se está sujeito à referida obrigação".

Esta orientação jurisprudencial tem sido pacificamente firmada e acolhida por aquele órgão jurisdicional, o qual tem vindo a decidir, a este propósito, que sempre que um Estado-Membro fixa os critérios e limiares de modo a que, na prática, a totalidade dos projectos fique de antemão subtraída à obrigação de estudo do impacto ambiental, excede a margem de apreciação de que dispõe e que lhe é conferida pelos artigos 2º, nº 1 e 4º, nº 2, da Directiva antes mencionada, salvo se a totalidade dos projectos fossem excluídos com base numa apreciação global, não susceptível de ter efeitos significativos no ambiente (vd., entre outros, e a título meramente exemplificativo, os acórdãos do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia proferidos nos Processos J-72/95, no âmbito de pedido de decisão prejudicial pelo Nederlandse Raad van State (Países Baixos), e C-301/95, Comissão/Alemanha (in Colectânea de Jurisprudência, 1996, pg.I-5403 e Colectânea de Jurisprudência, 1998, pg.I-6135, respectivamente).

Com efeito, se relativamente aos projectos constantes no Anexo I do Decreto-Lei nº 186/90, de 6 de Junho, não é deixada qualquer margem de apreciação aos Estados-membros (artigo 2º, nº 3), excepção feita à situação vertida no artigo 4º, nº 4, do citado diploma legal, já quanto aos projectos contidos no Anexo III essa margem de discricionaridade é permitida. Porém, o citado diploma legal não estabelece nem os critérios, nem os limites em que as categorias dos projectos dele constantes estão sujeitos a avaliação do impacto ambiental, remetendo em tudo o mais para o Decreto Regulamentar nº 38/90, de 27 de Novembro, que o regulamenta (artigo 7º, nº 1), de modo

manifestamente insuficiente pelo vazio legal que gera, o que suscita dúvidas ao intérprete que se vê confrontado com dificuldades na articulação, harmonização e complementarização entre as disposições constantes nos referidos diplomas legais, para além de fazer incorrer o Estado Português em incumprimento do direito comunitário, uma vez que se omitem determinadas categorias de projectos constantes das directivas comunitárias.

Aquele diploma regulamentar cuja precípua missão consistia em definir os critérios e os limites de aplicabilidade do diploma habilitante, qual seja o Decreto-Lei nº 186/90, de 6 de Junho, contribui, outrossim, para restringir o âmbito de aplicação do Decreto-Lei que se propôs regulamentar, derrogando-o, o que, no plano da hierarquia das leis, constitui manifesta ilegalidade.

Se assim se não entendesse contrariar-se-ia o princípio da precedência e primado da Lei habilitante, para além de violar o disposto no artigo 112º, nºs 1, 6 e 9, da Constituição que, ao proceder à estratificação da hierarquia dos actos normativos, subordina os decretos regulamentares às leis que visam regulamentar, emergindo daqui, como decorrência lógica, que a interpretação atrás expendida, consubstanciaria uma inconstitucionalidade formal, uma vez que no plano da hierarquia das leis, um decreto regulamentar não pode derrogar, ainda que tacitamente, o Decreto-Lei que regulamenta e que contém a própria norma habilitante e que, por natureza, assume uma dignidade formal superior.

Os actos regulamentares, a par do que sucede com os demais actos normativos, estão sujeitos ao princípio da legalidade (artigo 3º, nº 2 da Constituição), pelo que o exercício do poder regulamentar deve ter sempre fundamento jurídico em Lei que o preceda, em consonância, aliás, com o princípio da precedência da Lei que postula a precedência de Lei habilitante relativamente a toda a actividade regulamentar.

Exceptuam-se os regulamentos independentes, é certo. Contudo, estes destinam-se a concretizar um conjunto mais ou menos difuso das leis, o que não é o caso. Isto, porque o Decreto Regulamentar nº 38/90, de 27 de Novembro, tem por fim exclusivo o desenvolvimento do Decreto-Lei nº 186/90, de 6 de Junho, de onde lhe deve estrita conformidade.

Impõe-se, pelo exposto, articular o disposto em acto legislativo e em regulamento, de modo a garantir a prevalência integral do primeiro sobre o segundo, em cumprimento dos princípios da legalidade e da hierarquia normativa.

Importa, ainda, a este propósito, referir, que o legislador nacional não transpôs

para o direito interno o conteúdo da Directiva 97/11/CEE do Conselho, de 3 de Março de 1997, no que tange aos critérios de selecção relevantes a que os Estados-Membros devem lançar mão para a apreciação casuística dos projectos a analisar, critérios em função dos quais se decidirá se determinado projecto será ou não submetido a avaliação do impacto ambiental. Aqueles critérios, plasmados no Anexo III da referida directiva, constituem verdadeiras normas orientadoras a ter em conta na decisão relativa à necessidade de submeter os projectos contidos no Anexo II a avaliação de impacto ambiental, sempre que forem efectuadas análises caso a caso ou fixados limites ou critérios(artigo 4º, nºs 2 e 3), o que manifestamente e à saciedade, não foi acolhido pela legislação nacional, devendo o Estado Português, também neste ponto particular, proceder à correcta transposição para o direito interno das normas emanadas da Directiva supra referida.

Instrumento idóneo para ultrapassar as dificuldades antes explanadas consistiria em aglutinar, no mesmo texto legal, a disciplina jurídica da avaliação do impacto ambiental, dispersa actualmente em acto legislativo e em regulamento, ali se especificando os tipos de projectos a submeter a avaliação do impacto ambiental e fixando os critérios e limiares em função dos quais se determina a categoria de projectos que devam ser submetidos à referida avaliação. Para isso aponta o disposto no artigo 112º, nº 9, da Constituição, inculcando que a transposição de directivas obedeça a uma reserva de acto legislativo nacional.

B
Articulação do Regime de Avaliação de Impacto Ambiental com o da Participação Procedimental

A promoção da participação das populações na formulação e execução da política do ambiente, bem como a reciprocidade dos fluxos contínuos de informação entre os serviços da Administração e os cidadãos a quem se dirige, como um dos objectivos a que se propõe a política ambiental (artigo 4º, alínea i), da Lei nº 11/87, de 7 de Abril), vem expressamente consagrada nos regimes jurídicos da avaliação do impacto ambiental (AIA) e da participação procedimental (Lei nº 83/95, de 31 de Agosto) que, na parte que se reporta à participação das populações no processo decisório, tem suscitado algumas dúvidas em sede de aplicação aos casos concretos.

"De jure constituto", os regimes jurídicos contidos nos citados diplomas legais consagram especificidades próprias que se não confundem e, bem assim, constituem institutos jurídicos autónomos com objectivos específicos que se não pretendem sobre-

por e que devem ser assegurados em fases diferenciadas dos respectivos procedimentos administrativos.

Sempre se dirá, muito sumariamente, que cada um destes regimes contém, em matéria de participação das populações no procedimento específico, disposições próprias que se não sobrepõem ou conflituam e, nomeadamente, regras específicas quanto à sua tramitação, termos e modo com se deverá processar o dever de consulta do público no âmbito da avaliação do impacto ambiental ou, ainda, o dever de audição dos cidadãos interessados e das entidades defensoras dos interesses que possam vir a ser afectados pela decisão, no âmbito do procedimento específico da participação procedimental.

Tal tem sido o meu entendimento conforme, aliás, tive oportunidade de o expressar através da Recomendação Nº 6/A/99, de 2 de Março, dirigida a Sua Excelência o Primeiro Ministro, relativa ao projecto de eliminação de resíduos industriais pelo sector cimenteiro.

Como ali sustentei, tem-se suscitado, na prática, alguma controvérsia na aplicação cumulativa dos regimes jurídicos da avaliação do impacto ambiental (AIA) e da participação procedimental por, aparentemente, se tratar de procedimentos alternativos e não cumulativos, argumentando-se que aqueles regimes se sobrepõem. Tal argumento serve, aliás, e como o tenho vindo a apontar em diversas ocasiões, de esteio para o incumprimento do disposto na Lei nº 83/95, de 31 de Agosto, que consagra o direito de participação popular em procedimento administrativo e institucionaliza o dever de prévia audiência relativamente à adopção dos planos de desenvolvimento das actividades da Administração Pública, de planos de urbanismo, de planos directores e de ordenamento do território, bem como à decisão sobre a localização e a realização de determinados investimentos públicos, com impacto relevante no ambiente ou nas condições económicas e sociais e da vida em geral das populações.

A avaliação do impacto ambiental, por seu lado, é o procedimento administrativo que visa a avaliação dos efeitos directos e indirectos de determinados projectos no ambiente e que compreende, em determinada fase, a consulta do público, com base no estudo de impacto ambiental (EIA) e no resumo não técnico (RNT), em ordem a permitir uma alargada participação das entidades interessadas e dos cidadãos, na apreciação do projecto em questão.

Ou seja, e em síntese: o objecto do procedimento de avaliação do impacto ambiental consiste na avaliação dos efeitos directos e indirectos de determinado projecto no ambiente; o objecto do procedimento da participação procedimental reconduz-se à

decisão de localização e realização de determinados investimentos públicos

Tal compreende-se, porquanto o procedimento de AIA se desencadeia com a apresentação, pelo dono da obra - no início do processo de autorização ou licenciamento do projecto - do EIA à entidade pública competente para decidir e exige, por isso, decisão anterior sobre a localização do projecto, pelo que impõe, como decorrência lógica, uma prévia decisão sobre a localização do projecto a submeter a avaliação do impacto ambiental e, em consequência, à consulta do público. Ora, é precisamente na fase da decisão da localização do investimento a realizar que deverá ser assegurada a audição dos interessados nos termos constantes da Lei de Participação Procedimental relativamente às obras públicas e outros investimentos públicos e, bem assim, às obras a que alude o nº 3 do artigo 4º do referido diploma legal.

O dever de prévia audiência traduzido na audição dos interessados no âmbito do direito de participação popular relativamente à decisão sobre a localização de determinado projecto precede, pois, a consulta do público relativamente aos projectos submetidos a avaliação do impacto ambiental que se desenvolverá em fase subsequente.

Assim sendo, conclui-se que o procedimento de AIA compreende, na prática, um duplo envolvimento do público interessado: numa fase prévia, aquando da audiência pública, relativamente à decisão sobre a localização e a realização de obras e investimentos públicos a que alude o artigo 4º da Lei nº 83/95, de 31 de Agosto; numa fase subsequente, aquando da apreciação do estudo do impacto ambiental (EIA) e, concretamente, do resumo não técnico (RNT), fornecido pelo dono da obra, relativamente aos projectos que, nos termos legais, devam submeter-se à avaliação do impacto ambiental.

Em suma, seria deveras pertinente que no novo texto legislativo se preconizasse que, quando os dois regimes se mostrem de aplicação cumulativa, o procedimento de AIA fosse instruído com a resposta aos interessados relativa à decisão sobre a localização do projecto em questão, a que aludem os artigos 9º e 10º da Lei nº 83/95, de 31 de Agosto, sob pena de tal procedimento não poder prosseguir.

E, no que à consulta pública respeita, a legislação nacional deverá, igualmente, acolher as obrigações que, neste âmbito, decorrem da Directiva nº 97/11/CE do Conselho, de 3 de Março de 1997, em cumprimento da qual devem ser divulgados todos os pedidos de aprovação e todas as informações fornecidas pelo dono da obra e por quaisquer autoridades consultadas. Deve ainda ser assegurado que a decisão adoptada pelas autoridades competentes relativamente aos projectos a que alude o Anexo II da Directi-

va seja disponibilizada ao público (artigo 5º), assim como todos os pedidos de aprovação e informações obtidos nos termos dos artigo 5º devem, num prazo razoável, ser facultados à disposição do público para que este possa emitir o seu parecer antes de ser concedida a competente autorização(artigo 6º, nº 2). E, se determinado projecto se apresentar à margem da necessidade de AIA, os Estados-Membros devem disponibilizar ao público interessado as informações relativas a essa isenção e as razões que a fundamentam (artigo 2º, nº3, alínea b)). Ademais, tão logo a aprovação do projecto tiver sido concedida ou recusada devem, as autoridades competentes dar, de tal facto, conhecimento ao público nos termos do disposto no artigo 9º da Directiva em apreço. Para tanto, os Estados-Membros, em função das características particulares dos projectos ou dos locais em questão, estão adstritos ao cumprimento do disposto no artigo 6º , nº 3, da Directiva, relativamente ao modo como se deverá processar a informação e a consulta a promover.

Eis, pois, o modo como julgo deverá processar-se a tramitação do instituto jurídico da consulta do público no âmbito do procedimento de AIA que carece de transposição para o direito interno e cuja aplicação permite suprir algumas das deficiências sentidas neste domínio. Com efeito, no âmbito do regime vertido nos diplomas legais em vigor sobre a matéria, apenas se determina a divulgação parcial do EIA, ou seja do resumo não técnico (RNT) e, em casos excepcionais, a divulgação de parte integrante do EIA relativamente a aspectos específicos do projecto em causa e, em qualquer dos casos, ao arrepio do que determinam as directivas comunitárias neste âmbito.

Em suma, para além da necessidade, que urge, de transpor para o direito interno o conteúdo da Directiva comunitária supra referida, nos seus exactos termos, no domínio que vem sendo referido, sempre se dirá que, não obstante as dúvidas suscitadas no que se reporta à virtual sobreposição dos regimes constantes da Lei de avaliação do impacto ambiental e da Lei de participação popular (Lei nº 83/95, de 31 de Agosto), por da sua aplicação simultânea resultar uma aparente duplicação do acto de audição das populações, seria oportuno que, na definição do novo regime de avaliação do impacto ambiental, se coadunassem aqueles regimes, através da consagração de um comando legal que expressamente estabelecesse que a aplicação do regime dele constante não excluiria a aplicação das normas relativas à audição dos interessados consignada na Lei nº 83/95, de 31 de Agosto, nos casos e nos termos aqui determinados.

C
Vinculatividade do Parecer a que Alude o Artigo 5º do Decreto-Lei nº186/90, de 6 de Junho

Importa, neste domínio, salientar a fragilidade resultante da falta de vinculação jurídica do parecer consignado no artigo 5º do Decreto-Lei nº 186/90, de 6 de Junho, plasmada na norma contida no artigo 6º do citado diploma legal. Com efeito, o parecer a que se alude no artigo 5º é um parecer que, embora necessário, se apresenta como não vinculativo, destituído de qualquer força jurídica que imponha a concreta e pontual observância do seu conteúdo e conclusões. *"De jure"*, o parecer consignado no citado preceito legal, pese embora constitua uma formalidade essencial no âmbito da tramitação específica do procedimento de AIA, e cuja omissão faz inquinar o respectivo processo do vício de forma por preterição de formalidade essencial, certo é que as conclusões dele constantes não têm, por imperativo legal, de ser acatadas pelo órgão competente para a decisão. Trata-se, pois, de um parecer obrigatório mas não vinculativo (artigo 98º do Código do Procedimento Administrativo), que em nada vincula, que nada impõe, permitindo esvaziar de conteúdo os objectivos a que a avaliação de impacto ambiental se propõe e retirando todo o sentido útil ao processo de avaliação do impacto ambiental e à sua concreta tramitação, no âmbito da qual o parecer em análise se revela, em face do exposto, com uma eventual postergação dos interesses públicos de ordem ambiental, traduzindo uma inaceitável subalternização do direito a um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado (artigo 66º, nº1 da CRP) e das tarefas fundamentais do Estado neste domínio (artigo 9º, alínea d), da CRP).

Na realidade, sendo a AIA um essencial instrumento da política do ambiente e do ordenamento do território (artigo 27º, nº 1, alínea g), da Lei nº 11/87, de 7 de Abril), cujos objectivos primeiros são os da prevenção da poluição e a protecção e preservação dos componentes ambientais naturais (ar, luz, água, solo, flora e fauna) e dos componentes ambientais humanos (paisagem, património natural e construído), visando a promoção da qualidade de vida dos cidadãos, a protecção da saúde humana e, bem assim, garantir a diversidade das espécies e a conservação das características dos ecossistemas enquanto patrimónios naturais insubstituíveis, emerge que, para satisfação daqueles objectivos, não poderá deixar de se defender que uma protecção pronta e eficiente do ambiente obrigará a que, quando a avaliação do impacto ambiental de determinado projecto seja negativa por motivo de se concluir que o projecto em causa é sus-

ceptível de provocar incidências demasiado negativas no ambiente, o parecer negativo que, em resultado da avaliação sobre aquele projecto, incidir, deverá ser vinculativo, impossibilitando a viabilidade de o projecto em causa prosseguir, não podendo o mesmo ser aprovado ou licenciado, sob pena de se frustrarem os objectivos a que se propõe a avaliação do impacto ambiental.

Com efeito, parece-me ser tempo de se adoptar uma consciência ambiental adulta traduzida numa política de ambiente que não precisa já de procurar o seu legítimo lugar no quadro de satisfação das necessidades colectivas.

E as razões em que se fundamenta a prolação de parecer negativo sobre determinado projecto deveriam, do mesmo passo, ser publicitadas por forma a dar pleno cumprimento aos princípios da informação e da participação no procedimento de AIA.

No caso de tal parecer ser, pelo contrário, de sinal positivo, tal não deverá significar que o projecto em causa, atenta a natureza vinculativa do parecer, seja inequivocamente viabilizado, sem mais, nem tal parecer implicará automaticamente a sua imperativa aprovação. Com efeito, o projecto em apreciação pode ser indeferido em fase posterior por motivos diversos dos que estiveram na base do referido parecer.

Tal desiderato assume particular relevância no âmbito dos projectos que contemplem o exercício das actividades económicas e industriais, caso em que, não obstante eventual parecer positivo de AIA, o projecto em análise poderia ficar, contudo, à mercê de parecer negativo no procedimento específico do licenciamento da actividade em causa não sendo, assim, neste particular, imperativo.

Em suma, a decisão final de AIA, consubstanciada no parecer a cuja força jurídica se adere, permitiria dar satisfação aos objectivos de prevenção e de precaução que o processo de AIA se propõe atingir, assumindo a natureza jurídica de um Parecer conforme favorável, pelo que tal parecer deveria ser obrigatório e vinculativo. Assim sendo, as respectivas conclusões vinculariam o órgão competente para a decisão, no caso de ser negativo, o qual ficaria adstrito a decidir em conformidade com o parecer, acatando as suas conclusões e fundamentos. Em suma, a entidade licenciadora só deveria poder aprovar ou licenciar o projecto se a decisão de AIA fosse favorável à sua realização ou favorável com condições (parecer favorável condicionado), devendo, neste caso, ser meticulosamente controlado o cumprimento das condições consignadas. Caso a entidade decisória não acate tal parecer, a decisão enfermará de ilegalidade insuprível por padecer de vício de forma e de violação de Lei.

Mal se compreenderia que assim não fosse, já que se o parecer a que nos vi-

mos referindo, no caso de ser negativo, não for obrigatório e vinculativo, não se vislumbra o alcance da norma contida no artigo 30º, nº 3 da Lei nº 11/87, de 7 de Abril (Lei de Bases do Ambiente) quando estabelece que a aprovação do estudo do impacto ambiental é condição essencial para o licenciamento final das obras e trabalhos pelos serviços competentes, nos termos da Lei, atribuindo-se, pois, aos estudos do impacto ambiental a característica de formalidade essencial.

Com efeito, considerando que a aprovação do estudo de impacto ambiental é uma formalidade essencial do procedimento de AIA e, nos termos legais aplicáveis, conditio sine qua non do licenciamento final, não se entende como se possa conciliar ambos os regimes, contraditórios por natureza, sem fixar a vinculatividade do parecer conclusivo de AIA. Ora, parece líquido que é a Lei de Bases, por força da sua proeminência, quem há-de prevalecer.

Concluo, em face do exposto, pela necessidade de o parecer a que me venho referindo ser vinculativo com o sentido de impedir a aprovação ou autorização de determinado projecto que colida com parecer negativo, sob pena de os interesses públicos de ordem ambiental que se visa acautelar poderem ser postergados de modo irrazoável.

Estou ciente das objecções que do ponto de vista económico e financeiro podem facilmente ser esgrimidas contra a vinculatividade do parecer. Não creio, todavia, que seja caso de as aceitar, sem mais. Não será ocioso recordar que uma eventual diminuição dos custos económicos de uma obra pública ambientalmente lesiva apenas constitui uma aparente poupança, já que mais tarde, terão as gerações vindouras de suportar custos acrescidos para remover os danos causados aos bens ambientais, se ainda for tempo de o fazer.

Impõe-se, também, por razões de clareza e segurança jurídicas que se atribua força obrigatória bastante à decisão da Comissão de Avaliação, consubstanciada no Parecer a que alude o artigo 4º, nº 1, do Decreto-Lei nº 186/90, de 6 de Junho, e que o novo diploma legal consagre expressamente que o projecto submetido a AIA só poderá ser licenciado se a decisão que sobre ele incidir for favorável à sua realização ou se, pelo menos, tal decisão não for desfavorável sob reserva de condicionalismos.

Neste contexto, importa ainda referir que quando se verifique o deferimento tácito do parecer a que atrás se alude, consignado no artigo 5º, nº 3 do Decreto-Lei nº 186/90, de 6 de Junho, dever-se-ia tornar públicas as razões contidas no aludido parecer, no respeito pelo princípio da participação pública no procedimento de AIA em es-

trito cumprimento do artigo 6º, nº 2, da Directiva 97/11/CE, de 3 de Março.

Tal asserção justifica-se, para além do mais, em nome das especificidades do procedimento administrativo de AIA, do entrosamento dos interesses envolvidos e, bem assim, pelo facto deste procedimento constituir um instrumento idóneo e eficaz de prevenção das acções poluidoras que concorram para a degradação da qualidade do ambiente. É que o procedimento de AIA contribui adequadamente para a protecção do ambiente e qualidade de vida das populações, elevada, como é consabido, a bem público colectivo e consagrada como direito dos cidadãos, sendo tal direito acolhido, de forma clara e inequívoca, no nosso ordenamento jurídico, como direito fundamental (artigo 66º, nº 1, da CRP) e como tarefa fundamental do Estado (artigo 9º, alíneas d) e e), da CRP), incumbindo aos poderes públicos estaduais, através dos organismos próprios, promover a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos, quer individual, quer colectiva (artigo 2º da Lei nº 11/87, de 7 de Abril).

D
Regras de Tramitação Procedimental do Processo de Avaliação do Impacto Ambiental

Matéria de importante relevo é também a que se prende com a tramitação do procedimento de AIA que importa alterar no âmbito de futura revisão legislativa, nomeadamente pela consagração de um procedimento faseado do processo de AIA.

Neste particular, creio que o procedimento de AIA deveria, na sua essência, incorporar duas fases: uma preliminar, cujo objecto consistiria na apreciação das diversas alternativas de concepção, elaboração e localização dos projectos cuja avaliação se pretenderia realizar e, bem assim na apreciação do estudo prévio elaborado para o efeito, que envolvesse já as componentes ambientais; a fase subsequente corresponderia à análise e apreciação do projecto e do seu licenciamento.

Questão que importa salientar, a este propósito, é a que se prende com o facto de o estudo do impacto ambiental (EIA) se revelar, na prática, um instrumento diminuído do seu inegável relevo, cuja credibilidade poderá ser posta em causa quando, não raras vezes, o concurso para a empreitada da obra a realizar se encontra já aberto e em fase adiantada, antes da aprovação do referido estudo, pelas entidades competentes.

Impunha-se, como defendo, criar um mecanismo legal garantístico por força do qual se determine que a obra, objecto do estudo do impacto ambiental, só se iniciará

após a prolação do parecer final de avaliação de impacto ambiental.

Por outro lado, o facto de no estudo do impacto ambiental, não se ponderarem localizações alternativas contribui, outrossim, para de algum modo condicionar a decisão a tomar, pelo que se deveria optar por, desde logo, se ponderarem soluções alternativas para a localização do projecto em questão.

Com efeito, se a bondade dos projectos submetidos a avaliação do impacto ambiental é, em grande medida, inquestionável, o certo é que a prática tem vindo a evidenciar que a não ponderação de locais alternativos poderá condicionar os resultados da avaliação.

Deste modo, em sede de avaliação do impacto ambiental, dever-se-ia estipular a obrigatoriedade de ponderação entre localizações alternativas, ao menos de certas obras ou projectos, em ordem a serem encontradas outras soluções que maior viabilidade denotem do ponto de vista ambiental.

Tal desiderato permitiria que o estudo do impacto ambiental, cujo âmbito material consiste na descrição das medidas de minimização, desenvolva a sua vocação, qual seja a de constituir um instrumento de apoio à decisão e ao serviço do princípio pelo respeito pelas preocupações ambientais.

O acolhimento do que ora é sugerido permitiria, sem dúvida, ultrapassar as deficiências do actual regime jurídico que, como é a todas as luzes consabido, faz coincidir o procedimento de AIA com o início do processo conducente à autorização ou licenciamento do projecto; isto é, remete o procedimento de AIA para o momento em que o projecto já está elaborado e em condições de ser apreciado pela entidade administrativa competente, sendo neste fase já pouco viável a introdução de alterações e modificações a imprimir ao projecto, em ordem a ficar salvaguardada a defesa do ambiente. Permitiria, por outro lado, satisfazer os objectivos de prevenção dos atentados contra o ambiente e a paisagem, a que se propõe a avaliação prévia do impacto ambiental, que se assume como importante instrumento de política ambiental e de ordenamento do território (artigo 27º, nº 1, alínea g), da Lei nº 11/87, de 7 de Abril) mas que a prática tem vindo a evidenciar que se relegam para segundo plano os objectivos a que o referido instrumento de política ambiental se vocaciona, confundindo-se, por vezes, com um mero expediente de viabilização do licenciamento de projectos.

Tal solução não se mostraria, sequer, pioneira. É mesmo levada ao extremo por outros ordenamentos jurídicos como, por exemplo, pelo direito alemão, cujo regime de

AIA preconiza procedimentos paralelos sujeitos a sucessivas autorizações parcelares uma vez que no âmbito deste direito se submete a AIA, não só a autorização final do projecto mas, também, as decisões que precedem a autorização final, acomodando o instituto jurídico de AIA aos diversos procedimentos parcelares existentes e fazendo-o incidir sobre os sucessivos procedimentos que careçam de um acto de aprovação. Tanto assim é que, de acordo com o modelo germânico, todas as decisões que respeitem à autorização de um projecto no âmbito de determinado procedimento administrativo são submetidas a avaliação do impacto ambiental, no âmbito das quais se compreendem as decisões relativas à preparação, modificação ou conclusão de planos directores gerais ou de pormenor, e com esta base se condiciona a aprovação de determinado projecto.

Dever-se-ia, para além do mais, consagrar no novo texto legislativo a constituição de comissões de acompanhamento na realização de auditorias, controlos e monitorizações na fase da execução do projecto, não obstante o parecer favorável de AIA na realização do projecto em causa.

Estou em crer que uma das deficiências do regime jurídico de AIA reside no facto de este não contemplar qualquer mecanismo de acompanhamento, na fase de execução do projecto, dos efeitos da avaliação do impacto ambiental, situação apenas prevista para os casos em que não existe parecer expresso (artigo 6º do Decreto Regulamentar nº 38/90, de 27 de Novembro).

Com efeito, à semelhança do que sucede com outros ordenamentos jurídicos do espaço comunitário, e concretamente com o ordenamento jurídico espanhol – que instituiu um "programa de vigilância ambiental" como instrumento auxiliar para garantir o cumprimento das medidas protectoras e correctoras contidas no estudo de impacto ambiental – seria, do mesmo passo, desejável a criação, na fase da execução do projecto, de um mecanismo de acompanhamento ambiental em ordem a garantir que as medidas correctivas e mitigadoras contidas no estudo sejam concretamente efectivadas.

E
Projectos com Impactos Ambientais Transfronteiriços

Relativamente aos projectos com impactos ambientais transfronteiriços decorre para o Estado Português a obrigatoriedade de transposição da Directiva 85/337/CEE do Conselho, de 27 de Junho de 1985, na redacção dada pela Directiva 97/11/CEE de 3 de Março de 1997 e, nomeadamente, o conteúdo do artigo 7º dela constante, nos termos do qual se prescreve um procedimento específico para os projectos desta natureza.

Dever-se-á, pelo exposto, usar a oportunidade para transpor para o direito interno os termos e modos do procedimento específico a aplicar aos projectos com impactos ambientais transfronteiriços nos termos e modos previstos no citado normativo.

F
Fiscalização e Sanções

Em sede de fiscalização importa, desde logo, salientar que o regime jurídico em vigor se revela deficiente, porquanto se limita a atribuir aos serviços competentes do Ministério do Ambiente competências fiscalizadoras (artigo 7º do Decreto Regulamentar nº 38/90, de 27 de Novembro), mas não estabelece os termos e modo como será concretamente exercida a referida acção de fiscalização, pelo que o novo diploma legal deveria acolher tal metodologia.

Deveria, do mesmo passo, definir com exactidão quais as entidades com poderes de fiscalização quanto ao cumprimento das normas legais de AIA e qual o âmbito dos mencionados poderes de fiscalização.

Acresce, por outro lado, que por razões de segurança e certeza jurídicas e de maior clareza na interpretação da Lei, urge especificar quais as condutas ou infracções cujos elementos integradores sejam passíveis de constituir contra-ordenação, em cumprimento, aliás, do princípio da legalidade plasmado no artigo 2º do Decreto-Lei nº 433/82, de 27 de Outubro. Este princípio obriga a que os comportamentos infractores sejam tipificados, devendo resultar de modo expresso, claro e inequívoco da norma que qualifique determinado comportamento como ilícito de mera ordenação social com a correspondente cominação de uma coima. Assim sendo, o texto legislativo ex novo poderia conter uma norma que actualizasse os montantes mínimos e máximos, actualmente em vigor, da coima a aplicar em caso de incumprimento das normas de AIA (artigo 10º, nº 1, do Decreto-Lei nº 186/90, de 6 de Junho), em estreita consonância com os montantes estabelecidos e expressamente previstos no artigo 17º do Decreto-Lei nº 433/82, de 27 de Outubro, na redacção dada pelo Decreto-Lei nº 244/95, de 14 de Setembro. Porém, igualmente, deveria estabelecer que a determinação da medida da coima se efectuará em função da gravidade da contra-ordenação, da culpa, da situação económica do agente e do benefício económico que este retirou da prática da contra-ordenação, podendo, neste caso, o limite máximo da coima elevar-se até ao montante

do benefício, nos exactos termos do disposto no artigo 18º, nºs 1 e 2, do citado diploma legal.

E, sem prejuízo da imposição de sanções às infracções ao disposto na legislação relativa à avaliação do impacto ambiental importa, do mesmo passo, determinar a obrigação jurídica de reparar o dano ambiental causado, restabelecendo a situação anterior à ocorrência da infracção ou, no caso de não ser possível, impondo o pagamento de uma indemnização, em conformidade com o disposto no artigo 48º, nºs 1, 2 e 3, da Lei nº 11/87, de Abril.

II
Conclusões

De acordo com o exposto, e no exercício dos poderes que me são conferidos pelo artigo 23º, nº1, da Constituição e pelo artigo 20º, nº1, alínea b), da Lei nº 9/91, de 9 de Abril (Estatuto do Provedor de Justiça),

Recomendo

à Assembleia da República, dignamente presidida por Vossa Excelência, que providencie por adoptar medida legislativa adequada a permitir a integral transposição do conteúdo da Directiva 97/11/CEE do Conselho, de 3 de Março de 1997, que altera a Directiva 85/337/CEE do Conselho, de 27 de Junho de 1985, relativa à avaliação dos efeitos de determinados projectos públicos e privados no ambiente, acolhendo-a no ordenamento jurídico português, nos seus exactos termos e cuidando de obter:

a) A articulação entre o disposto em acto legislativo e em regulamento, por forma a garantir a prevalência integral do primeiro sobre o segundo, em cumprimento dos princípios da legalidade e da hierarquia dos actos normativos aglutinando, num mesmo diploma legal, a disciplina jurídica da avaliação do impacto ambiental;

b) A introdução, no ordenamento jurídico português, das prescrições contidas no Anexo III da Directiva 97/11/CE do Conselho, de 3 de Março de 1997, fixando-se os critérios e limites em função dos quais os projectos enumerados no Anexo II da referida directiva comunitária são submetidos a avaliação do impacto ambiental e a consagrar, por razões de segurança e certeza jurídicas, uma tipologia dos projectos a submeter a avaliação do impacto ambiental;

c) A coadunação do regime de avaliação do impacto ambiental com o da participação procedimental (Lei nº 83/95, de 31 de Agosto), sempre que os dois regimes fo-

rem de aplicação cumulativa, determinando que a aplicação daquele regime não exclui a aplicação deste, nos termos e modo aqui determinados;

d) A concessão do maior interesse ao regime da consulta pública, tal como ele resulta da Directiva 85/337/CEE, de 27 de Junho de 1985, na redacção dada pela Directiva 97/11/CE do Conselho, de 3 de Março de 1997, nos seus artigos 6º e 9º;

e) A atribuição de natureza vinculativa ao parecer da entidade competente para decidir, que incide sobre o projecto submetido a avaliação do impacto ambiental, determinando que a entidade licenciadora só poderá aprovar ou licenciar o projecto em questão se a decisão contida naquele parecer for favorável à sua realização ou favorável com condições (verificadas estas) e, no caso de tal parecer ser de conteúdo negativo, publicitar as razões em que se fundamenta;

f) No caso de se manter o deferimento tácito a que alude o artigo 5º, nº 3, do Decreto-Lei nº 186/90, de 6 de Junho, a entidade competente para decidir sobre o processo de avaliação de impacto ambiental deverá divulgar os resultados da consulta pública e explicar publicamente por que razões não foi proferido o parecer em devido tempo ou tomada decisão final sobre o seu teor, tudo em ordem a ser concretizado o princípio da participação pública no procedimento de avaliação do impacto ambiental;

g) A definição de novas regras de tramitação procedimental de AIA, impondo um procedimento faseado, com um âmbito material que compreenda a apreciação das diversas alternativas de concepção, elaboração e localização do projectos;

h) A estatuição da obrigatoriedade de ponderação, ao menos de certas obras ou projectos, entre localizações alternativas que maior viabilidade demonstrem do ponto de vista ambiental;

i) A caracterização expressa das situações em que a alteração ou simples ampliação de um projecto importe novo estudo do impacto ambiental ou, apenas, uma extensão ou adaptação do estudo já elaborado;

j) A criação de um mecanismo de acompanhamento, na fase de execução do projecto, traduzido na realização de auditorias, controlos e monitorizações, ainda que o parecer da entidade competente para decidir os efeitos de avaliação de impacto ambiental seja de conteúdo favorável ou favorável com condições (verificadas estas) à realização do projecto;

l) O tratamento da questão dos impactos ambientais transfronteiriços, tendo em especial atenção o disposto no artigo 7º da Directiva 97/11/CE do Conselho, de 3 de

Março de 1997;

m) A definição, em sede de fiscalização, das entidades a quem compete o exercício dos poderes de fiscalização quanto ao cumprimento das normas legais de avaliação do impacto ambiental, a definição do âmbito material dos poderes de fiscalização e, bem assim, a tipificação dos comportamentos infractores e das sanções aplicáveis;

n) A especificação, por razões de segurança e certeza jurídicas e em cumprimento do princípio da legalidade, das condutas ou infracções cujos elementos integradores sejam passíveis de constituir contra-ordenação e, bem assim, a actualização dos montantes mínimos e máximos, actualmente em vigor, das coimas a aplicar, em estreita consonância com os montantes estabelecidos no artigo 17º do Decreto-Lei nº 433/82, de 27 de Outubro, na redacção dada pelo Decreto-Lei nº 244/95, de 14 de Setembro;

o) A estatuição da possibilidade de o limite máximo do montante da coima a aplicar poder elevar-se até ao montante do benefício económico que o agente da infracção retirou da prática da contra-ordenação, nos termos do disposto no artigo 18º, n.º 2, do Decreto-Lei 433/82, de 27 de Outubro, na redacção dada pelo Decreto-Lei nº 244/95, de 14 de Setembro.

Recomendação sem resposta conclusiva

Tendo sido, por lapso, publicada no Relatório de 1998 uma versão incorrecta da recomendação 13/B/98, embora idêntica na substância, procede-se agora à sua republicação, substituindo assim as pgs. 87 a 162 daquele Relatório.

A
Sua Excelência
o Presidente da Assembleia da República

Proc. P-11/92
Rec. n.º 13/B/98
1998.12.18

Foi elaborado neste Órgão do Estado um estudo sobre as áreas urbanas de génese ilegal, a partir da análise dos regimes jurídicos contidos no Decreto-Lei nº 804/76, de 6 de Novembro e na Lei nº 91/95, de 2 de Setembro, e da sua aplicação.

As questões suscitadas a propósito da reconversão e legalização dos lotea-

mentos clandestinos, as quais me foram presentes através das várias queixas apresentadas na Provedoria de Justiça sobre o assunto, revelam a extensão e gravidade dos problemas que afectam não apenas os particulares interessados no processo de reconversão, mas também as entidades públicas competentes, sobretudo municipais.

No âmbito da instrução dos processos abertos na Provedoria de Justiça, foram ouvidas as Câmaras Municipais das autarquias que mais frequentemente deparam com o problema da existência de loteamentos clandestinos, coincidindo aquelas com os municípios sitos na área envolvente do município de Lisboa.

A análise dos problemas em causa e a ponderação das soluções que possam contribuir para a sua resolução constituem o objecto do presente estudo. De entre as conclusões alcançadas, releva, em especial, a necessidade de introdução de modificações legislativas, alterando-se a Lei nº 91/95, de 2 de Setembro, por forma a dotar o quadro legal aplicável de maior eficácia e justiça.

No capítulo VI do estudo incluem-se as Recomendações legislativas que entendi formular, no exercício dos poderes que me são constitucional e legalmente conferidos, as quais dirijo à Assembleia da República.

Na certeza de que a Assembleia da República não deixará de considerar a necessidade de aperfeiçoamento do actual regime legal de reconversão das áreas urbanas de génese ilegal, subscrevo-me, solicitando a Vossa Excelência, nos termos do disposto no art. 38º, nºs 2 e 3, do Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei nº 9/91, de 9 de Abril, que me comunique a apreciação feita por esse Órgão de Soberania das presentes Recomendações.

Áreas Urbanas de Génese Ilegal
Avaliação dos Regimes Legais e da sua Aplicação

I. Introdução
II. Os problemas
III. Regime jurídico do Decreto-Lei nº 804/76, de 6 de Novembro
1. Introdução
2. Âmbito de aplicação (uma análise sistemática)
2.1. O art. 1º do Decreto-Lei nº 804/76, de 6 de Novembro
2.2. Os Decretos-Lei nºs 275/76, de 13 de Abril e 289/73, de 6 de Junho
2.3. O Decreto-Lei nº 278/71, de 23 de Junho

3. Regime Legal
4. O Procedimento de Legalização
5.O Projecto
6. Associação da Administração com os proprietários
7. Impossibilidade ou inviabilidade de legalização
IV. Regime jurídico da Lei nº 91/95, de 2 de Setembro
1. Introdução
2. Âmbito de Aplicação
3. Delimitação das AUGI
4. Modalidades do processo de reconversão
4.1. Pedido de loteamento
4.2. Plano de pormenor de reconversão
5. Regime da Administração das AUGI
5.1. Os órgãos da Administração Conjunta
5.2. As competências
6. Competências das entidades públicas versus deveres dos interessados
6.1. Na Reconversão por iniciativa dos particulares
6.2. Na Reconversão por iniciativa municipal
6.2.1. Com o Apoio da Administração Conjunta
6.2.2. Sem o Apoio da Administração Conjunta
6.3. Dever de reconversão
7. Do Regime de Excepção
8. Divisão de Coisa Comum e Registo
9. Legalização de Construções
V. Das conclusões alcançadas
VI. Recomendações

I
Introdução

Foram apresentadas ao Provedor de Justiça várias queixas relativas aos procedimentos em curso de reconversão urbanística e legalização de áreas de construção clandestina, associadas, na generalidade dos casos, a operações de loteamento (ou divisão de terrenos) não precedidas da necessária licença municipal.

Com efeito, desde a entrada em vigor do Decreto-Lei nº 46.673, de 29 de No-

vembro de 1965, é obrigatório o licenciamento prévio das operações de loteamento, entendidas estas como a operação ou o resultado da operação de divisão em lotes de um ou vários prédios, destinados à construção.

Como se pode ler no preâmbulo deste diploma, a preocupação fundamental de introdução de uma disciplina de licenciamento dos loteamentos teve em vista contrariar situações especulativas de aproveitamento indiscriminado de terrenos, as mais das vezes ligadas à criação de aglomerados populacionais sem sujeição a qualquer disciplina, com prejuízo da execução dos planos de ordenamento do território.

Nesta linha, procura-se garantir um racional desenvolvimento urbano do território e evitar que se efectuem operações de loteamento sem que estejam asseguradas as indispensáveis infra-estruturas urbanísticas. Daí que se mostre imperioso o licenciamento municipal das operações de loteamento e das obras de urbanização, nos termos das regras fixadas no Decreto-Lei nº 46.673, de 29 de Novembro de 1965, as quais viriam a ser alteradas por força da sucessão dos vários regimes jurídicos aprovados pelos Decretos-Lei nºs 289/73, de 6 de Junho, 400/84, de 31 de Dezembro e 448/91, de 29 de Novembro.

Não será despiciendo notar que já em 1965 se procurava obviar as actividades especulativas associadas ao desenvolvimento urbano, na medida em que *"além de lesarem, por vezes, os compradores de boa fé, criam para as câmaras municipais sérios problemas de ordem financeira, pois mais cedo ou mais tarde elas serão chamadas a realizar importantes obras de urbanização, impostas pela necessidade de se dotarem os referidos núcleos populacionais com os indispensáveis acessos, redes de abastecimento de água e drenagem de esgotos, espaços livres, etc., e procederem à sua conservação, assumindo encargos que não têm qualquer compensação e que, na maior parte dos casos, não podem ser suportados pelo erário municipal"* (Cfr. Preâmbulo do Decreto-Lei nº 46673, de 29 de Novembro de 1965).

Cerca de trinta anos decorridos sobre a publicação do diploma citado, verifica-se a subsistência dos problemas então suscitados, atenta a proliferação de loteamentos à revelia de uma disciplina procedimental e substantiva, exigindo soluções equilibradas e eficazes, com vista à reconversão urbanística daqueles.

Os problemas inerentes aos processos de reconversão incidem, fundamentalmente sobre dois aspectos, quais sejam o da direcção das operações de reconversão e legalização destas áreas e o da execução e financiamento das obras de urbanização em

falta.

Os aspectos focados prendem-se com a aplicação dos sucessivos regimes legais de reconversão e legalização das áreas de construção clandestina, constantes dos Decretos-Lei nºs 804/76, de 6 de Novembro e 90/77, de 9 de Março e da Lei nº 91/95, de 2 de Setembro, a qual atribui às situações em análise a designação de "*áreas urbanas de génese ilegal (AUGI)*", quer contestando-se a bondade das soluções legais preconizadas, quer, sobretudo, reclamando-se a sua aplicação pela Administração Pública. Isto porque se verifica que em muitos dos processos de reconversão, a iniciativa e direcção das operações e loteamento e das obras de urbanização foi deixada aos particulares, organizados em comissões ou associações, cujo funcionamento tem merecido contestação, sobretudo por parte dos não associados ou não representados nas mesmas.

II
Os Problemas

As queixas apresentadas nesta matéria deram origem a vários processos abertos na Provedoria de Justiça, mostrando-se útil ao estudo em análise o conhecimento de algumas situações de facto, elucidativas da real dimensão do problema das áreas urbanas de génese ilegal. Isto quer pela reiteração dos motivos das citadas queixas, quer pela extensão e gravidade das mesmas.

Não se deve perder de vista que se trata de um fenómeno associado ao crescimento dos grandes centros urbanos, em especial Lisboa, como se poderá denotar da descrição sumária das queixas que, em seguida, se enuncia.

Dessa descrição também se retira que a complexidade e a morosidade da resolução dos problemas suscitados estão, sem dúvida, associadas aos elevados custos da reconversão, nomeadamente no que concerne à execução das obras de urbanização e à necessidade de adequação das construções e usos conferidos aos terrenos às regras urbanísticas e de ordenamento do território, bem como às exigências ambientais.

Atente-se, pois, na diversidade das questões suscitadas, reflectindo diferentes pontos de vista, consoante o papel desempenhado no processo de reconversão pelos reclamantes.

A
Concelho de Almada

Processo R-612/97

Foi apresentada uma queixa colectiva dando conta de problemas surgidos na reconversão da área urbana de génese ilegal designada Quintinhas-Pinheirinho, na Charneca da Caparica, especialmente no que se refere à actuação da Associação de Proprietários Moradores das Quintinhas-Pinheirinho, na sequência de um protocolo celebrado em 23.03.93, com a Câmara Municipal de Almada, nos termos do qual a realização das obras de urbanização fica a cargo da Associação, assim como o cálculo e cobrança das quantias correspondentes à comparticipação nas despesas, comprometendo-se o município a não licenciar as obras de construção senão mediante a apresentação de documento comprovativo do pagamento pelo requerente daquelas despesas, emitido pela Associação.

Alegam os reclamantes que os termos do citado protocolo não acautelam os interesses dos comproprietários, sobretudo dos não associados, que não se sentem representados junto da Câmara Municipal de Almada pela referida Associação, invocando o direito de não se associarem.

No que respeita às despesas de reconversão, os reclamantes pretendem que seja a Câmara Municipal a proceder ao seu cálculo e cobrança, porquanto consideram excessivas as quantias exigidas pela Associação de Proprietários Moradores e ilegítima a cobrança de juros de mora que é realizada por esta Associação, os quais atingem 2% ao mês.

A estas questões acrescem a alegada falta de clareza quanto às contas da Associação e ao procedimento seguido, para mais não tendo sido adoptada qualquer das modalidades previstas na Lei nº 91/95, de 2 de Setembro, bem como a demora na realização das obras de urbanização previstas.

A Câmara Municipal de Almada informou que, à semelhança do que acontece noutras áreas de construção clandestina existentes no concelho, a reconversão urbanística das Quintinhas-Pinheirinho tem sido conduzida pela Associação dos Proprietários, considerando que o principal obstáculo à reconversão consiste na recusa ou demora do pagamento das comparticipações nas despesas àquela inerentes. Mais entende a Câmara que não lhe compete fiscalizar o funcionamento das associações dos particulares.

Posteriormente, a Comissão de Coordenação da Região de Lisboa e Vale do Tejo informou que a Câmara Municipal de Almada havia delimitado as Quintinhas-Pinheirinho como área urbana de génese ilegal, encontrando-se constituída a associação de proprietários e comproprietários, à qual cabe a administração conjunta da área, nos termos da Lei nº 91/95, de 2 de Setembro. Por seu turno, a própria Associação de Proprietários Moradores das Quintinhas-Pinheirinho facultou uma cópia dos seus estatutos, bem como da acta da assembleia constitutiva da administração conjunta, na qual foi igualmente deliberado ratificar as deliberações da antiga Assembleia de Proprietários (entre as quais se inclui o citado acordo com a autarquia, com vista à realização das obras de urbanização).

Processo R-4466/97

Neste processo é a associação dos comproprietários que tem vindo a promover a reconversão urbanística da Quinta da Queimada-Nascente, situada nos concelhos de Almada e do Seixal, que apresenta queixa, alegando falta de participação das autarquias nas despesas com a realização das obras de infra-estruturas.

Os Serviços Municipalizados de Água e Saneamento do Município de Almada esclareceram já que se encontram em fase de conclusão as obras de construção do emissário pluvial, cujos custos são exclusivamente suportados por esses Serviços e pela Câmara Municipal do Seixal.

B
Concelho do Barreiro

Processo R-1373/96

Foi apresentada uma queixa colectiva por parte dos moradores do bairro da Quinta dos Catarinos e Vale do Trabuco, freguesia de Santo António da Charneca, dando conta da demora na realização das obras de urbanização em falta (arruamentos e redes de esgotos), por parte da autarquia. Entendem os moradores que quer as obras quer as respectivas despesas devem ser assumidas pela Câmara Municipal do Barreiro. Neste caso, e conforme as informações prestadas pela Câmara Municipal, o procedimento de reconversão foi iniciado no âmbito da vigência do Decreto-Lei nº 804/76, de 6 de Novembro, tendo sido aprovado e publicado o Regulamento Municipal para Execução de Infra-estruturas de Loteamentos Urbanos Realizados ao Abrigo de Planos de Reconver-

são (aprovado em 1991), no qual se definem os critérios de comparticipação, sendo da responsabilidade da Câmara a execução das obras de urbanização mas o respectivo custo suportado pelos proprietários dos lotes.

Processo R-1586/97

Este processo foi aberto com base numa queixa apresentada por um dos comproprietários da Quinta dos Catarinos e Vale do Trabuco e refere-se à exigência, pela Câmara Municipal do Barreiro, do pagamento de uma quantia destinada às obras de infraestruturação daquela área de construção ilegal. Embora a queixa seja apresentada em termos concretos e individualizados, as questões suscitadas são idênticas às colocadas no âmbito do citado Processo R-1373/96.

Processo R-3945/97

A queixa apresentada respeita à reconversão dos bairros da Quinta das Gateiras, Quinta dos Castanheiros e Quinta J. Onofre, merecendo contestação a quantia cobrada pela Câmara Municipal do Barreiro a título de compensação de infra-estruturas, nos termos do citado Regulamento Municipal para Execução de Infra-estruturas de Loteamentos Urbanos Realizados ao Abrigo de Planos de Reconversão, bem como a legitimidade da Associação de Moradores para adjudicação das obras de infra-estruturas realizadas. A Câmara Municipal do Barreiro esclareceu que as áreas de construção clandestina foram definidas no Plano Director Municipal como unidades operativas de planeamento e gestão e, posteriormente, delimitadas como áreas urbanas de génese ilegal, tendo sido adoptado o processo de reconversão de iniciativa municipal com apoio da administração conjunta, previsto na Lei nº 91/95, de 2 de Setembro. Mais informou que as obras de urbanização do supra referido bairro estão concluídas, com excepção da pavimentação dos passeios, devendo o seu custo ser suportado pelos interessados, como é o caso da reclamante, de acordo com os critérios regulamentares, podendo o pagamento ser feito em prestações.

C
Concelho de Loures

Processo R-1962/96

A queixa em análise foi subscrita pela Associação dos Moradores do Bairro do Mato do Antão e por vários comproprietários deste bairro, tendo por objecto a recusa, por parte da Câmara Municipal de Loures, de legalização do loteamento e construções existentes no local, reivindicando o direito à habitação (e à auto-construção). A Câmara Municipal informou que a legalização não é possível, porquanto a zona é classificada no Plano Director municipal de Loures como espaços não urbanizáveis (solos florestais e silvo-pastoris), pelo que as construções estão sujeitas a demolição, conforme já havia informado os interessados. Questionada a Câmara sobre a possibilidade de realojamento ou de atribuição de lotes e empréstimos ou subsídios para construção, foi esclarecido que apenas procedem ao realojamento das famílias residentes em barracas ao abrigo do Plano Especial de Realojamento, vocacionado para esse efeito.

Processo R-297/97

A reclamação põe em causa a condução do processo de reconversão da área urbana de génese ilegal de Vale Grande, freguesia da Pontinha, pela Associação de Melhoramentos Sócio-culturais do Vale Grande, sobretudo no que concerne ao cálculo e à cobrança das comparticipações nas obras de infra-estruturas e cobrança de juros de mora. Funda-se a queixa na ilegitimidade da Associação para exigir aqueles pagamentos e na falta de informação e controlo sobre as contas. A Câmara Municipal de Loures informou que o processo de reconversão foi iniciado em Agosto de 1986, por iniciativa particular (na vigência do Decreto-Lei nº 804/76, de 6 de Novembro, considerando a autarquia que o cálculo e cobrança das verbas em causa são da responsabilidade exclusiva da Associação de Proprietários.

Processo R-4707/97

No âmbito deste processo, queixa-se um dos comproprietários do bairro do Casal dos Apréstimos, freguesia da Ramada, da recusa, por parte da Associação Cultural e Desportiva do Casal dos Apréstimos (hoje Administração Conjunta do Bairro Casal dos Apréstimos), de emissão de declaração indispensável à obtenção, junto dos ser-

viços municipalizados de Loures e da LTE, respectivamente, do fornecimento de água e electricidade. A referida Associação, por seu turno, informou a Provedoria de Justiça que a edificação do reclamante não respeita o projecto de recuperação urbanística apresentado na Câmara Municipal de Loures e o regulamento aprovado para as edificações.

Processo R-1152/98

A queixa refere-se à reconversão da área urbana de génese ilegal do Bairro do Olival Queimado, em S. Julião do Tojal, no âmbito da qual foi exigido a um dos comproprietários a cedência de uma parcela de terreno para alargamento da via pública, com inerente destruição dos muros de vedação existentes. É pretensão do reclamante que o alargamento da via não seja feito apenas à custa dos lotes situados num dos seus lados, incidindo, assim, a questão sobre a repartição dos encargos inerentes à execução das obras de urbanização.

A Câmara Municipal de Loures informou que se trata de uma reconversão sujeita ao regime da Lei nº 91/95, de 2 de Setembro, na modalidade de iniciativa dos particulares, remetendo as opções em matéria de obras de urbanização e de repartição dos respectivos encargos para os órgãos próprios da administração conjunta.

Processo R-1469/98

Foi suscitada neste processo questão idêntica à do processo R-1152/98 (cfr. supra).

D
Concelho do Seixal

Processo R-1816/95

Neste processo, queixa-se o proprietário de um prédio rústico de 5000 m2, sito na Quinta das Laranjeiras, agricolamente aproveitado, em virtude do projecto do Plano de Pormenor da Quinta das Laranjeiras (entretanto publicado) prever a construção de uma escola no seu terreno. Considera o reclamante injusto o facto de ser sujeito às obrigações (de reconversão) que impendem sobre os que lotearam ou construíram ilegalmente na Quinta das Laranjeiras, o que ele não fez, nem pretende fazer. A Câmara Municipal do Seixal deu conta de algumas propostas de permuta do terreno em causa, as

quais não foram aceites, sendo ponderada a possibilidade de alteração da localização do empreendimento escolar projectado.

Processo R-5468/96

Neste processo está em causa a reconversão do bairro do Pinhal do Conde da Cunha, em Foros de Amora, sobretudo no que concerne ao cálculo e cobrança das despesas de reconversão pela Associação para o Desenvolvimento do Pinhal do Conde da Cunha. Assim, a queixa refere-se à não comunicação atempada das importâncias devidas pelo interessado, as quais são cobradas posteriormente, acrescidas de juros moratórios elevados, bem como da falta de justificação e de quitação relativamente às quantias pagas.

Processo R-570/97

A queixa foi apresentada por uma associação de proprietários da freguesia de Fernão Ferro, a partir de situações verificadas nos procedimentos de reconversão das áreas de construção clandestina do Pinhal do General, do Pinhal do Conde da Cunha, de Redondos, da Quinta das Laranjeiras e dos Foros de Catrapona.

Reclamam os interessados uma maior intervenção da Câmara Municipal do Seixal, nos termos previstos na legislação aplicável, na medida em que os processos de legalização e reconversão pendentes têm sido conduzidos por entidades privadas, sobretudo associações de particulares, nas quais não se vêem representados.

Alegadamente estas associações elaboram os projectos de reconversão a submeter à aprovação camarária, executam as obras de infra-estruturas e cobram taxas, compensações, cedências e comparticipações, assim como elevados juros de mora.

Consideram os reclamantes excessivas a percentagem de área de terreno cuja cedência é exigida, baseando-se o seu cálculo em escalões fixados arbitrariamente, ao que acresce o facto de as áreas cedidas nem sempre serem utilizadas para o fim a que se destinavam.

Invocam os reclamantes que a Câmara Municipal exige, como condição da legalização dos lotes e das construções, a apresentação de documento comprovativo do pagamento das contribuições às associações, entre as quais o pagamento de uma sobretaxa de 20% cuja finalidade é desconhecida, sem que seja fiscalizado a afectação dessas receitas às despesas de urbanização.

Mais refere a queixa que não existe controlo sobre as contas das associações

que têm promovido a reconversão das áreas clandestinas, desconhecendo-se, por vezes, a que se destinam as quantias cobradas, como acontece em casos em que servem as mesmas para aquisição de terrenos situados fora da área clandestina para instalação de equipamentos ou espaços de uso colectivo.

Ainda é dito que a forma como têm sido executadas as obras de infra-estruturas levanta dúvidas quanto à titularidade do direito de propriedade e de utilização das mesmas.

Processo R-4080/97

A queixa tem por objecto a reconversão do bairro clandestino de Redondos, na freguesia de Fernão Ferro. O reclamante insurge-se contra a exigência do pagamento de comparticipações nas despesas de urbanização e de juros de mora, considerando que assegura o pagamento de contribuição autárquica.

Processo R-4466/97

As questões invocadas pela Associação de Comproprietários da Quinta da Queimada-Nascente incidem, fundamentalmente, na participação das autarquias de Almada e do Seixal nas despesas emergentes da execução de redes de infra-estruturas, pretendendo os reclamantes que o custo das infra-estruturas recentemente construídas na zona seja suportado pelas referidas Câmaras Municipais.

Processo R-4936/97

Está em causa a reconversão do bairro do Pinhal do Conde da Cunha, Amora, referindo-se a queixa à imposição, feita pela Câmara Municipal do Seixal, de recuo do muro do lote do reclamante, com vista à execução das redes de infra-estruturas. A Câmara Municipal informou que a exigência reclamada se funda no Plano elaborado para a área em questão, mostrando-se superada a situação, uma vez que o muro foi reconstruído no alinhamento previsto.

Processo R-2741/98

O comproprietário de um prédio rústico situado no Casal do Sapo, freguesia de Paio Pires, reclama da ocupação dos seus dois lotes, por um depósito de água que terá

sido construído pela Câmara Municipal de Sesimbra. Foi promovida a audição das Câmaras Municipais de Sesimbra e do Seixal, tendo já a primeira informado que desconhece a existência de qualquer depósito de água no local.

Processo R-2741/98

A situação reclamada apresenta semelhanças com a descrita no processo R-4936/97. Em concreto, reporta-se a queixa à falta de ligação às redes de infra-estruturas existentes no bairro do Pinhal do Conde da Cunha, a qual é recusada pela Câmara Municipal do Seixal, não obstante, alegadamente, se mostrarem pagas as quantias devidas pelo reclamante, no âmbito do processo de reconversão em curso. Ulteriores informações trazidas ao processo revelam que o fundamento da recusa de abastecimento de água e electricidade reside no facto de o interessado não ter procedido à demolição e recuo de um muro, em consonância com o projecto de reconversão.

E
Concelho de Sintra

Processo R-1275/96

A queixa tem por objecto a exigência, pela Câmara Municipal de Sintra, do pagamento de despesas de urbanização, relativamente a um "lote" situado na área crítica de recuperação e reconversão urbanística designada por Casal de Cambra, freguesia de Belas, com base no denominado Plano Geral de Urbanização de Casal de Cambra, aprovado pela Câmara Municipal de Sintra, em 1994, mas não ratificado pelo Governo.

Processo R-2888/96

Trata-se da reconversão urbanística da referida área crítica de recuperação e reconversão urbanística designada por Casal de Cambra. A queixa reporta-se à exigência feita pela Câmara Municipal de Sintra da cedência de uma parcela de terreno para construção de um arruamento, implicando a demolição de um muro. A Câmara Municipal esclareceu que a cedência foi exigida nos termos previstos do designado Plano Geral de Urbanização de Casal de Cambra e na sequência de uma alteração do traçado do arruamento confinante com o lote, determinada pela execução da passagem superior nº 3 à CREL (PS3).

Processo R-4943/96

A queixa é apresentada pela associação que vem promovendo a reconversão da área de construção clandestina do Vale dos Cavaquinhos ou dos Castanheiros. Pretende a reclamante que a Câmara Municipal de Sintra exerça os seus poderes legais, nomeadamente de expropriação, relativamente aos comproprietários que não procederam ao pagamento da sua quota parte nas despesas de urbanização, porquanto as obras foram iniciadas, mas encontram-se actualmente suspensas e a deteriorar-se, existindo já uma elevada dívida para com o empreiteiro, podendo vir a frustrar-se as expectativas dos comproprietários que procederam ao pagamento das suas comparticipações.

A Câmara Municipal de Sintra entende que se trata de uma relação entre privados, à qual é alheia, pois já comparticipou em 30% do valor das obras de urbanização.

F
Concelho de Vila Franca de Xira

Processo R-2375/93

Foi apresentada uma reclamação relativa à demora no processo de reconversão da Zona Alta de Arcena, em Alverca do Ribatejo. A Câmara Municipal de Vila Franca de Xira veio prestar informações sobre o estado do processo de reconversão, esclarecendo que o mesmo procura acautelar, quer a zona de reserva de calcários, quer os interesses económicos dos adquirentes das parcelas de terrenos e das construções, prevendo, quanto a estes, a atribuição de indemnizações ou a permuta de lotes.

Processo R-2761/97

Foi apresentada uma queixa subscrita pela proprietária de um prédio rústico, sito em Forte da Casa, objecto de uma operação de loteamento ilegal, dando conta da morosidade do procedimento tendente à emissão de alvará de loteamento. A Câmara Municipal de Vila Franca de Xira informou que o loteamento clandestino data dos anos 80, tendo sido aprovado e publicado plano de pormenor. Uma vez que o mesmo apenas foi parcialmente ratificado, não abrange todos os lotes da reclamante, tendo a Câmara Municipal encetado contactos com o Instituto da Água, a Direcção Regional do Ambiente de Lisboa e Vale do Tejo e a Direcção Regional do Ordenamento do Território e

Desenvolvimento Urbano com vista a que sejam retiradas as condicionantes que obstam à ratificação integral do plano.

III
Regime jurídico do Decreto-Lei nº 804/76, de 6 de Novembro

1. Introdução

A primeira definição legal do regime de enquadramento da construção clandestina em larga escala, fenómeno associado, as mais das vezes, a operações de loteamento realizadas à revelia do devido licenciamento municipal, encontra-se no Decreto-Lei nº 804/76, de 6 de Novembro, alterado pelo Decreto-Lei nº 90/77, de 9 de Março.

Estes dois diplomas, procurando disciplinar a situação criada por essas actividades clandestinas, desenvolvidas sobretudo nas regiões envolventes dos grandes centros urbanos, pautaram-se por *"uma certa contemporização com as situações criadas, na medida em que se considere viável, técnica e economicamente, a reconversão das áreas, no que se refere aos edifícios e às infra-estruturas indispensáveis, e a ocupação das mesmas não se mostre contrária ao adequado ordenamento do território"* (cfr. Preâmbulo do Decreto-Lei nº 804/76).

Certo é que pragmaticamente se reconheceram as enormes dificuldades associadas à demolição de todos os edifícios construídos clandestinamente (investimentos realizados, desalojamento de famílias, etc.).

As soluções preconizadas, não obstante a inclusão da demolição no seu elenco, passam, assim, primacialmente pela possibilidade de legalização das operações de loteamento e das obras de construção efectuadas e pela reconversão urbanística da zona, ditada esta, sobretudo, pela necessidade de infraestruturação das áreas em causa.

Com efeito, nos termos art. 1º, nº 2 do Decreto-Lei nº 804/76, de 6 de Novembro, as áreas de construção clandestina poderão ser objecto, consoante as circunstâncias, de medidas tendentes à sua legalização, à sua manutenção temporária ou à imediata ou próxima demolição, devendo procurar-se o apoio dos interessados na primeira das hipóteses apontadas.

O legislador revela ainda que a disciplina das situações visadas contará com a devida colaboração entre a Administração Local e a Administração Central e, naturalmente, com a participação das populações.

As últimas preocupações expressadas no preâmbulo do diploma centram-se no papel e responsabilidades dos loteadores clandestinos, que poderão ter de pagar indem-

nizações pelos prejuízos causados, não recebendo, por seu turno, qualquer indemnização pelas expropriações que hajam de ser feitas no caso de, através de negócios jurídicos (inválidos), terem procedido à cedência dos terrenos e recebido importâncias dos pretensos adquirentes dos mesmos.

2. Âmbito de aplicação (uma análise sistemática)

2.1 O art. 1º do Decreto-Lei nº 804/76, de 6 de Novembro

A disciplina fixada visa as designadas áreas de construção clandestina, ou seja, "aquelas em que se verifique acentuada percentagem de construções efectuadas sem licença legalmente exigida, incluindo as realizadas em terrenos loteados sem a competente licença" (art. 1º, nº 1).

Como já se viu, poderá optar-se pela legalização das áreas de construção clandestina, pela sua manutenção temporária ou pela sua demolição (imediata ou próxima), sendo que as diversas medidas poderão ser adoptadas "conjuntamente" dentro de uma mesma área, se esta apresentar zonas diferenciadas, reclamando soluções igualmente diferenciadas.

Na definição do âmbito de aplicação da Lei, não se poderá perder de vista que é excluída a opção de legalização quanto às áreas que tenham sido objecto de loteamentos clandestinos ou de cedência para construção em fraude à exigência legal de licença de loteamento depois da entrada em vigor do Decreto-Lei nº 275/76, de 13 de Abril (art. 17º).

Os Decretos-Lei nºs 275/76, de 13 de Abril e 289/73, de 6 de Junho

Deve recordar-se que o Decreto-Lei nº 275/76, de 13 de Abril teve por escopo a repressão das actividades tendentes à divisão de terrenos em lotes e à construção sem o prévio licenciamento camarário, procurando prevenir e combater o desenvolvimento da construção clandestina.

Nesta linha, o diploma agora citado veio estabelecer um regime punitivo (prisão e multas) para as seguintes actividades:

a) a divisão de um terreno em lotes destinados à construção sem prévia licença ou caso esta se mostrar caducada ou suspensa;

b) a realização de trabalhos tendentes a esta divisão em lotes, nomeadamente obras de urbanização;

c) a autorização concedida a terceiros, por qualquer título, mesmo que juridicamente inválido, para construir no terreno, em fraude à exigência legal de loteamento.

Deverá notar-se que já o Decreto-Lei nº 289/73, de 3 de Junho (regime de licenciamento das operações de loteamento e de obras de urbanização) previa a responsabilidade criminal dos que prosseguiam as actividades enunciadas nas alíneas a) e c), do parágrafo anterior, vindo agora o Decreto-Lei nº 275/76 adoptar regime semelhante para os actos praticados após a sua entrada em vigor, até porque, como se lê no seu preâmbulo "*o Decreto-Lei nº 289/73, de 6 de Junho, já prevê sanções penais, que se podem considerar de certa gravidade, para os actos de loteamento clandestino.*

Mas tais sanções não têm tido actuação prática, designadamente por falta de participação generalizada às autoridades competentes para a instauração de procedimento criminal".

Do regime fixado no Decreto-Lei nº 275/76 há ainda que realçar os poderes cometidos à Administração Local logo que se iniciem quaisquer trabalhos ou obras tendentes ao loteamento ilegal. Verificada essa ocorrência, podem os órgãos autárquicos competentes para o licenciamento dos loteamentos, tomar posse administrativa dos prédios, a qual terá por efeitos a imediata suspensão dos trabalhos e actividades visadas e a proibição de quaisquer trabalhos e actividades que não respeitem à exploração normal do prédio. Mais é conferido o poder de demolição das obras de urbanização realizadas sem licença ou em desconformidade com esta ou com prescrições legais e regulamentares.

Por seu turno, à Administração Central é conferido o poder de embargar os trabalhos e actividades tendentes ao loteamento clandestino, no caso de o município não tomar posse administrativa do prédio, bem como o poder de demolir as obras de urbanização ilegalmente realizadas.

Prevê-se ainda que a decisão judicial que condene o proprietário, comproprietário ou usufrutuário pela prática das actividades em causa decreta, do mesmo passo, a perda a favor do município do prédio ou prédios objecto da infracção.

Esta breve incursão no regimes sancionatórios fixados nos Decretos-Lei nºs 289/73 e 275/76, especialmente no que a este último se refere, apenas pretende dilucidar o que ficou dito quanto ao âmbito de aplicação das diversas medidas previstas no

Decreto-Lei nº 804/76. Assim, se o prévio licenciamento das operações de loteamento e das obras de urbanização era obrigatório nos termos do Decreto-Lei nº 289/73, de 6 de Junho, a realização destas actividades à margem do regime legalmente fixado passa a ser estritamente reprimida depois da entrada em vigor do Decreto-Lei nº 275/76, de 13 de Abril.

Pelo exposto, compreende-se melhor que a escolha da data que determina (doravante) a impossibilidade de legalização dos loteamentos clandestinos coincida com a data da entrada em vigor de um regime legal que não apenas sanciona os autores dessas actividades, como prevê a posse administrativa das áreas onde as mesmas actividades sejam levadas a cabo, associada ao exercício de poderes de intervenção nessas áreas conferidos à Administração Local e Central.

De qualquer forma, a possibilidade de legalização das áreas de loteamentos e construção clandestinas nunca seria prevista para situações futuras, ao contrário do que acontece com o disposto no art. 167º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, que prevê a legalização de obras de construção sem restringir o âmbito da aplicação do regime às situações pretéritas, pois aquele fenómeno atinge proporções e acarreta inconvenientes do ponto de vista ambiental e do ordenamento do território não comparáveis aos associados à feitura de obras de construção isoladas à revelia ou em desconformidade com a licença municipal.

2.3 O Decreto-Lei nº 278/71, de 23 de Junho

Merece, a este propósito, referência o regime estabelecido no Decreto-Lei nº 278/71, de 23 de Junho, não obstante ter sido operada a sua revogação por força do disposto no art. 18º do Decreto-Lei nº 804/76, de 6 de Novembro.

Este diploma vem sufragar o que ficou dito quanto à diversidade das situações de construção clandestina, consoante se trate de uma infracção pontual ou de um fenómeno de larga escala, ao qual a Lei associa os bairros clandestinos.

Se se reconhece que a demolição dos edifícios clandestinos pode ser evitada se as autoridades competentes reconhecerem que esses imóveis são susceptíveis de vir a satisfazer aos requisitos legais e regulamentares de urbanização, estética, segurança e salubridade (o que corresponde, *grosso modo*, ao que vem enunciado no citado art. 167º, do RGEU), optando-se pela legalização da obra, não podem deixar de se ponderar os custos que tal procedimento acarreta quando aplicado a áreas, mais ou menos exten-

sas, de construção clandestina. Daí que se considere que nos casos em que se admite a legalização de vários edifícios, "esta tolerância com as construções clandestinas, pode obrigar o Estado ou os municípios a subsequentes investimentos de vulto em infra-estruturas, dado que os bairros clandestinos carecem de arruamentos pavimentados, de redes de esgoto e de abastecimento de água e energia eléctrica (...). Uma vez legalizados, as autarquias locais são forçadas a custear essas obras. Mas não é razoável que os infractores venham depois a aproveitar da valorização imediata que daí resulta para os prédios (...). Isso equivaleria a premiar o desrespeito da Lei".

Estas preocupações estão na base da solução encontrada: a sujeição das edificações em causa a expropriação por utilidade pública, se for julgado necessário para a resolução do problema da habitação, mediante o pagamento de uma indemnização a cujo valor serão deduzidas as despesas com as obras de infra-estruturas.

3. Regime Legal

Dita a Lei que, verificada uma zona de construção clandestina, será a mesma delimitada por decreto, o que se obtém pela conjugação do art. 5º do Decreto-Lei nº 804/76, de 6 de Novembro (com a redacção dada pelo Decreto-Lei nº 90/77, de 9 de Março) com o art. 41º, nº 2, do Decreto-Lei nº 794/76, de 5 de Novembro (Lei dos Solos). Com efeito, o citado art. 5º do Decreto-Lei nº 804/76 remete para o disposto no Cap. XI da Lei dos Solos, que tem por epígrafe "áreas críticas de recuperação e reconversão urbanística", prevendo o seu art. 41º, nº 2, que as mesmas sejam delimitadas por decreto.

Atenda-se, porém, ao que vem disposto no art. 10º, nº 1 e 2, do Decreto-Lei nº 77/84, de 8 de Março (que aprova o regime de delimitação e coordenação das actuações da Administração Central e Local em matéria de investimentos públicos). Prevêem os citados preceitos que a delimitação das áreas críticas de recuperação e reconversão urbanística seja aprovada pela Câmara Municipal ou pela Assembleia Municipal, consoante haja, ou não, plano de ordenamento do território em vigor.

A aplicação do referido capítulo do Decreto-Lei nº 794/76 far-se-á com as necessárias adaptações, devendo notar-se que existem pontos de contacto entre as áreas de construção clandestina e as áreas críticas de recuperação e reconversão urbanística.

Estas áreas são definidas como aquelas em que a falta ou insuficiência de infra-estruturas urbanísticas, de equipamento social, de áreas livres e espaços verdes, ou as deficiências dos edifícios existentes, no que se refere a condições de solidez, segu-

rança ou salubridade, atinja uma gravidade tal que só a intervenção da Administração, através de providências expeditas, permita obviar, eficazmente, aos inconvenientes e perigos inerentes às mencionadas situações.

Sendo certo que as situações descritas não se reconduzem necessariamente a situações clandestinas, não menos certo parece poder concluir-se que os problemas suscitados pelas áreas de construção clandestina se centram, em grande parte, na carência de infra-estruturas adequadas e de condições de habitabilidade dos imóveis, o que, se seguido o devido procedimento de licenciamento, não ocorreria. Do mesmo passo, em determinadas circunstâncias, e ponderada a sua razoabilidade e eficácia, a resolução daqueles problemas também passa por operações de beneficiação e reconversão urbanísticas.

Assim, e de acordo com o regime fixado no citado capítulo XI da Lei dos Solos, a delimitação das áreas de construção clandestina tem por efeitos directos e imediatos: i) a declaração de utilidade pública da expropriação urgente dos imóveis de que a Administração careça para execução de trabalhos a realizar e ii) a faculdade de a Administração tomar posse administrativa dos imóveis ali situados para proceder à sua ocupação temporária, à sua demolição ou à realização de obras de reparação ou beneficiação, se urgentes (art. 41º).

Atente-se, porém, no regime fixado no Decreto-Lei nº 804/76, de 6 de Novembro, o qual, como já vimos, define o destino que pode ser dado a uma área de construção clandestina, de entre as seguintes alternativas: ou se procede à sua legalização, ou se opta pela manutenção temporária ou se adoptam medidas tendentes à sua imediata ou próxima demolição (art. 1º, nº 2).

A escolha de cada uma das alternativas possíveis depende, no entanto, da verificação dos requisitos fixados na Lei.

A legalização apenas será possível se for aceitável, na perspectiva do ordenamento do território, a ocupação da área para fins habitacionais, devendo ainda ponderar-se a viabilidade técnica e económica das obras de infra-estruturas urbanísticas e da instalação de equipamentos sociais que se mostrem indispensáveis, bem como considerar-se que as construções existentes são aceitáveis no que respeita à sua solidez, segurança e salubridade ou são susceptíveis de assim se tornarem mediante a realização de obras economicamente justificáveis (art. 2º, nº 1).

Se os requisitos agora enunciados são de verificação cumulativa, tal só pode

significar que a falta de um deles impede a legalização da área de construção clandestina, determinando, do mesmo passo, a necessidade de se optar pela manutenção temporária ou pela demolição das edificações clandestinas, não obstante a infeliz formulação dos artigos 3º e 4º, do Decreto-Lei nº 804/76, mesmo na redacção que veio a ser introduzida pelo Decreto-Lei nº 90/77, de 9 de Março.

Com efeito, os requisitos definidos para a opção de manutenção temporária ou de demolição não coincidem integralmente com a falta de verificação de alguns dos requisitos de legalização.

Afastada a possibilidade de legalização da área de construção clandestina, a Administração Pública pode decidir manter temporariamente as edificações existentes se não se mostrar necessária a ocupação da área para a realização de qualquer empreendimento público, desde que a manutenção das construções e da sua ocupação não acarrete perigos, para os ocupantes ou terceiros.

Por último, a demolição surge como a solução a adoptar nas situações de inviabilidade de manutenção das áreas clandestinas, ditadas, quer pela necessidade de ocupação do terreno para localização de um empreendimento público projectado, quer pela falta de segurança oferecida pelas edificações existentes.

Quanto à norma constante do art. 4º, não será de mais notar que se exige um esforço acrescido ao intérprete aplicador, já que o preceito remete, tão só, para a verificação das circunstâncias referidas no art. 3º, nº 1, alíneas b) e c), pese embora a formulação negativa das mesmas.

4. O Procedimento de Legalização

Verificada preliminarmente, e de acordo com os requisitos acima enunciados, a existência de uma área clandestina legalizável, como tal delimitada, a Administração Pública elabora um projecto de reconversão ou urbanização, nos termos do art. 6º do Decreto-Lei nº 804/76, de 5 de Novembro.

A formulação do preceito agora citado indica claramente que a elaboração do projecto em causa consubstancia um dever, não sendo, para mais, estabelecida qualquer opção ou alternativa.

5. O Projecto

O projecto de urbanização ou reconversão prevê as infra-estruturas e o equi-

pamento social a instalar ou a melhorar e as despesas a tal associadas; o reordenamento dos lotes (redistribuições, correcções ou reduções), contemplando-se as áreas a ceder para a instalação daquelas infra-estruturas e equipamentos e as comparticipações a assumir, quer pelos proprietários ou possuidores dos terrenos e construções para as infra-estruturas e equipamentos, quer pelos loteadores clandestinos para a eliminação dos prejuízos causados pela sua actuação. Poderá ainda conter normas sobre as obras de beneficiação que se mostrem indispensáveis à legalização das edificações existentes.

Sobre cada um destes aspectos do projecto, a Lei vem estabelecer as directrizes a ter em conta na sua elaboração.

Desde logo, o reordenamento dos lotes é proporcional às áreas de cada um desses lotes, sem se perder de vista, contudo, a preocupação de salvaguarda das construções existentes e de manutenção da capacidade edificatória dos lotes mais diminutos.

As despesas previstas para fazer face à instalação e melhoramento das infra-estruturas projectadas, bem como à construção de equipamentos colectivos, deverão ser comparticipadas pelos proprietários ou possuidores das parcelas a constituir em lotes, quando e na medida em que tal comparticipação seja considerada socialmente justa e possível. Esta ponderação e quantificação dos montantes devidos por cada um, feita pela Administração, constitui elemento integrante do projecto.

Facultativamente, o projecto contempla facilidades a conceder a todos os interessados ou apenas àqueles cujos rendimentos do agregado familiar sejam mais reduzidos.

Estas facilidades incluem a possibilidade de pagamento faseado (em prestações) das referidas comparticipações e das despesas com obras de beneficiação que a Administração tenha assumido. Quanto a estas obras de beneficiação, poderá prever-se a concessão de empréstimos, mediante prestação de garantia adequada.

Por último, note-se que o projecto pode estabelecer que os terrenos da área passem a pertencer à Administração em propriedade, passando os possuidores dos lotes ou construções a titulares do direito de superfície. Este regime é, porém, obrigatório quando as áreas de construção clandestina constituam novos aglomerados urbanos ou expansão de aglomerados urbanos com mais de 25.000 habitantes (art. 8º).

6. Associação da Administração com os proprietários

A Administração, concluído o projecto, procurará obter o acordo dos proprie-

tários e possuidores dos terrenos e construções, no que respeita à execução do referido projecto, nomeadamente quanto ao que o mesmo prevê em matéria de reordenamento dos lotes e comparticipações devidas (cfr. art. 9º do Decreto-Lei nº 804/76, de 6 de Novembro).

A execução do projecto de urbanização ou reconversão depende da obtenção do acordo de "*parte significativa*" dos interessados, como resulta da leitura do art. 10º do diploma legal sempre citado. Na falta de outros elementos que possam integrar o preenchimento daquele conceito indeterminado, podemos recorrer ao disposto no art. 23º, nº 2, alínea a), da Lei dos Solos, integrado no seu capítulo V ("Associação da Administração com os Proprietários"), para o qual remete o referido art. 10º. Com efeito, na Lei dos Solos, a associação da Administração com os proprietários baseia-se na concordância manifestada pelos proprietários ou outros interessados detentores de uma área igual ou superior a dois terços da área total dos prédios.

Não sendo obtido acordo de parte significativa dos interessados, a execução do projecto de legalização mostra-se inviabilizada, pelo que se pode concluir que à Administração restará optar por uma das soluções facultadas pela Lei, no seu art. 11º (manutenção temporária da área; expropriação de toda ou parte da área, com demolição das construções que se não possam manter; demolição de todas as construções).

Obtido acordo quanto ao projecto, eventualmente com as alterações sugeridas pelos interessados e aceites pela Administração, deverá proceder-se à constituição de uma associação da Administração com os proprietários e possuidores que tenham dado o seu acordo, regendo-se esta associação pelo disposto no capítulo V da Lei dos Solos (e no Decreto nº 15/77, de 18 de Fevereiro, que o veio regulamentar).

Quanto aos proprietários e possuidores que não prestem o seu acordo ao projecto (e estando excluídos da referida Associação), prevê-se no art. 10º, nº 1, *in fine*, do Decreto-Lei nº 804/76, que os respectivos terrenos ou construções são expropriados por utilidade pública. Aliás, podemos encontrar disposição semelhante no art. 23º, nº 3, da Lei dos Solos, que determina que os imóveis expropriados na sequência da falta de acordo dos interessados integram a participação da Administração na associação com os proprietários.

A associação é constituída mediante auto lavrado por notário ou pelo chefe de secretaria da câmara municipal, onde consta o acordo dos interessados e a assinatura de todos (art. 24º, nº 3, do Decreto-Lei nº 804/76 e art. 6º, nº 3, do Decreto nº 15/77, de 18 de Fevereiro) e produz efeitos, apenas, entre os seus associados, não possuindo perso-

nalidade jurídica nem representando, para com terceiros, individualidade diferente da Administração (art. 4º do Decreto nº 15/77).

Merece regulamentação a publicitação do acto de constituição da Associação, bem como a possibilidade e consequências das reclamações dos munícipes ou da recusa de participação dos interessados, o que serve o objectivo, ilustrado no preâmbulo do Decreto Regulamentar nº 15/77, de "facultar um amplo e eficaz *controlo* das populações sobre o uso da associação da Administração com os proprietários, com vista a impedir que tal processo ou instrumento seja utilizado para favorecer interesses privados ou sem vantagem para o interesse público".

A Associação tem por finalidades a realização dos trabalhos de urbanização, o loteamento e a partilha entre os associados dos lotes ou do produto da cedência dos mesmos, na proporção das respectivas participações (art. 25º, nº 1, da Lei dos Solos).

Estas participações correspondem ao valor dos imóveis e direitos a eles inerentes dos associados particulares e, do lado da Administração Pública, ao valor dos imóveis que a mesma possua na área (que incluem os prédios expropriados, como vimos) e ao capital que investir nas obras de infra-estruturas (art. 24º, nºs 1 e 2). As ideias de proporcionalidade na participação dos interessados e de igualdade na repartição dos encargos e benefícios permitem assinalar a importante função perequativa do instituto da associação (neste sentido, ALVES CORREIA, O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade, Coimbra, 1989, p. 636), cumprindo assinalar a recente elevação do princípio perequativo às bases da política de ordenamento do território e de urbanismo aprovadas pela Lei nº 48/98, de 11 de Agosto.

Fixados estes valores, a propriedade dos imóveis é transferida para o património da Administração, sendo gratuito o registo e dispensado o registo prévio a favor dos associados particulares. Para o cancelamento dos ónus e encargos inscritos sobre os prédios é suficiente o título constitutivo da associação (pacto associativo, com menção do acordo dos interessados).

Esta transferência de património é justificada pelo facto de ser a Administração que procede aos trabalhos de urbanização e ao loteamento, isto é, compete-lhe a reconversão e legalização da área clandestina. A Administração passa a ser proprietária exclusiva de todos os bens, dispondo de amplos poderes de administração, sempre tendo em vista os fins da associação e o interesse comum (cfr. artigos 6º a 9º). De todo o modo, prevê-se a compensação dos encargos de gerência da Administração, por via do

pagamento de uma retribuição proporcional ao preço da construção e das infra-estruturas (art. 10º).

Terminadas as obras de urbanização, a Administração procede à cedência dos direitos sobre os terrenos aos interessados (art. 13º do Decreto nº 15/77), ou seja, aos associados particulares, quer estes tenham integrado a associação em virtude do seu direito de propriedade ou compropriedade, quer em razão da sua qualidade de possuidores dos terrenos ou das construções abrangidas pela área de construção clandestina, na medida em que sobre todos recaem os deveres de comparticipação inerentes à legalização.

Esta cedência pode ser realizada em propriedade plena ou em direito de superfície, consoante o que estiver previsto no projecto de reconversão (art. 13º). Nesta sede, o Decreto em análise remete para o disposto nos artigos 29º a 31º da Lei dos Solos.

Aqui se prevê que a cedência aos interessados seja feita por acordo directo, tratando-se de terrenos destinados a habitação própria, de acordo com os critérios gerais aprovados ministerialmente, por preços não lucrativos para a Administração, atendendo aos custos de aquisição, acrescidos dos custos dos estudos e da realização dos trabalhos de urbanização calculados em relação a toda a zona.

Cumpre advertir que as disposições contidas nos artigos 29º e 5º da Lei dos Solos sobre a possibilidade de cedência da propriedade plena, restringindo-a (na medida em que a mera constituição do direito de superfície parece ser a regra), devem ceder perante o que vier estipulado no projecto de reconversão, no qual se optou pela cedência da propriedade ou do direito de superfície (sem prejuízo da regra legal imperativa contida no art. 8º, nº 2, do Decreto-Lei nº 804/76, de 6 de Novembro).

Do mesmo modo, e quanto ao preço (contrapartida) pela cedência de lotes, não se pode perder de vista que o que se pretende é fazer repercutir as despesas com o loteamento e as obras de urbanização sobre os adquirentes dos lotes, parecendo irrelevantes as despesas com a aquisição dos terrenos pela Administração, pelo menos quando os mesmos correspondam às áreas transferidas para o património da Administração nos termos do art. 6º do Decreto nº 15/77, de 18 de Fevereiro.

Assim, o preço a pagar corresponde ao valor das comparticipações previstas no projecto de loteamento de acordo com o disposto no art. 6º, nº 1, do Decreto-Lei nº 804/76, de 6 de Novembro. Essas comparticipações são calculadas tendo em atenção as despesas inerentes à instalação ou melhoria das infra-estruturas e equipamento social, incluindo as relativas à obtenção dos terrenos necessários para a sua implantação.

Findo o processo de reconversão, estes terrenos ficam a pertencer à Adminis-

tração (art. 14º, nº 2 do Decreto nº 15/77), à semelhança do que sucede com as áreas objecto de cedência para o domínio público no âmbito do licenciamento das operações de loteamento. Compreende-se, por isso, que o custo desses terrenos seja suportado proporcionalmente por todos os associados.

Nas disposições legais e regulamentares relativas aos custos e comparticipações devidas pelos associados particulares não se encontra referência explícita quanto à inclusão nas mesmas do valor dos terrenos que constituem a participação da Administração, eventualmente adquiridos por expropriação (art. 10º, nº 1, do Decreto-Lei nº 804/76). Parece que, pelo menos, as despesas de aquisição desses terrenos, deverão ser contabilizadas e incluídas nas comparticipações sempre que os mesmos terrenos sejam afectos à instalação de infra-estruturas e de equipamento colectivo.

A correspondência feita entre as despesas com as operações de reconversão e o montante total das comparticipações devidas pode, porém, não se verificar em concreto, atento que as mesmas só devem ser exigidas na medida em que forem socialmente justas e possíveis (art. art. 6º, nº 1, alínea c), do Decreto-Lei nº 804/76). Tal indicia que a Administração pode, na presença de situações de carência económica, que reclamem tratamento diferenciado, coadjuvar no pagamento das despesas a suportar pelos associados, o que deverá, desde logo, ser previsto no projecto de reconversão.

Preocupações congéneres poderão igualmente determinar a concessão de facilidades no pagamento das comparticipações, mediante a previsão do seu faseamento (art. 7º, nº 1, alínea a), do Decreto-Lei nº 804/76).

Além das comparticipações devidas pelos proprietários ou possuidores dos terrenos e construções nas despesas com a instalação ou melhoria das infra-estruturas e equipamento social, a Lei prevê, ainda, uma comparticipação a assumir pelos loteadores clandestinos nas despesas necessárias para a eliminação dos prejuízos e inconvenientes causados pelos loteamentos clandestinos (art. 6º, nº. 1, alínea d), do Decreto-Lei nº 804/76).

Note-se a este propósito que, caso não sejam satisfeitas as referidas comparticipações, recai sobre os loteadores clandestinos a obrigação de pagamento de uma indemnização à Administração, correspondente às despesas que esta tenha que suportar com a instalação e melhoria das infra-estruturas necessárias (art. 16º, nº 1, do Decreto-Lei nº 804/76). No cálculo da indemnização devida pelo loteador clandestino atende-se, quer à área dos terrenos por ele loteados, quer aos lucros obtidos com esta operação,

considerando-se, ainda, os valores dos terrenos com que tenha contribuído para a execução do projecto de legalização (art. 16º, nºs 2 e 3, do Decreto-Lei nº 804/76).

Face ao exposto, e não obstante o disposto no art. 6º, nº. 1, alínea d), do Decreto-Lei nº 804/76 não se referir à medida da comparticipação dos loteadores clandestinos, será de considerar que a mesma traduzirá a aplicação dos critérios enunciados quanto ao cálculo da indemnização.

7. Impossibilidade ou inviabilidade de legalização

Como se viu anteriormente, não se mostrando possível a legalização por falta de preenchimento dos requisitos previstos no art. 2º do Decreto-Lei nº 804/76, de 6 de Novembro ou, ainda, não se mostrando viável a execução do projecto de legalização (v.g. falta de acordo de parte significativa dos interessados), restará à Administração optar, consoante as circunstâncias, pela manutenção temporária da área de construção clandestina, pela expropriação de parte ou da totalidade daquela área e das construções que se possam manter, com a demolição das restantes, ou pela demolição de todas as construções (cfr. art. 11º, nº 1, do citado diploma).

Nas situações em que a Administração opte pela manutenção temporária da área, cabe-lhe, ainda, o poder de fazer cessar a ocupação da mesma, sempre que se torne desaconselhável o prolongamento da situação, determinando a demolição das construções, acompanhada ou não da expropriação dos terrenos.

Quanto às expropriações, determina o Decreto-Lei nº 804/76 que serão tidos por interessados além dos proprietários e usufrutuários, os possuidores. A consequência mais visível desta asserção legal traduz-se no facto de as respectivas indemnizações não serem pagas àqueles titulares de direitos reais enquanto estes não provarem que não receberam qualquer importância por parte dos possuidores, ou que, tendo-a recebido, procederam já à sua restituição.

Compreendendo-se o objectivo contido na norma em análise, não se poderá deixar de criticar a fórmula encontrada pelo legislador para o prosseguir. Com efeito, a prova de facto negativo exigida aos proprietários e usufrutuários revelar-se-á, as mais das vezes, impossível. Aliás, prevenindo esta objecção, a Lei remete para a via judicial a resolução das situações de complexa indagação, suspendendo-se, até à decisão final, o pagamento da indemnização.

Nas situações de insusceptibilidade de legalização, e quando estejam em causa lotes ou construções destinadas a habitação do possuidor ou do respectivo agregado fa-

miliar, a Administração poderá facultar lotes para o mesmo fim, dando preferência àqueles cujas construções forem prioritariamente demolidas e aos agregados que tenham menos recursos económicos. Quanto a estes últimos, prevê-se ainda a possibilidade de ser concedido empréstimo ou atribuído subsídio não reembolsável (artigos 14º e 15º).

Estas faculdades, a exercer no domínio de uma Administração prestadora, vêm na esteira do regime de realojamento previsto no capítulo XIII da Lei dos Solos, no qual se estabelece essa obrigação para a Administração nos casos em que haja que desalojar os moradores de casas de habitação para a realização de qualquer empreendimento ou a execução de qualquer actividade ou trabalho, se a situação sócio-económica dos referidos moradores o justificar.

Lamentavelmente, o novo regime de reconversão e legalização das áreas urbanas de génese ilegal não veio consagrar medidas semelhantes, em sede de protecção dos agregados de maior carência económica, cuja habitação possa ser posta em causa.

IV. Regime jurídico da Lei nº. 91/95, de 2 de Setembro

1. Introdução

A Lei nº 91/95, de 2 de Setembro, decorridos dezanove anos sobre a entrada em vigor do Decreto-Lei nº 804/76, de 6 de Novembro, veio definir uma nova disciplina jurídica com vista à resolução dos problemas gerados pela construção ilegal e pelos loteamentos clandestinos.

A citada Lei nº 91/95 surge, assim, como forma de responder às inúmeras situações de parcelamento ilegal de prédios existentes, quer àquelas que eram susceptíveis de ter sido reconvertidas por força da aplicação do Decreto-Lei nº 804/76 (mas que este se revelou incapaz de solucionar), quer às que se constituíram no decurso da vigência daquele diploma, sem se mostrarem sequer susceptíveis de legalização à luz do seu regime.

A necessidade de uma nova disciplina jurídica parece ter sido ditada, assim, pelo facto de o regime previsto no Decreto-Lei nº 804/76, não ter permitido a reconversão e resolução dos problemas emergentes dos loteamentos clandestinos a que se aplicava, designadamente os que tiveram lugar em data anterior à entrada em vigor do Decreto-Lei nº 275/76, de 13 de Abril.

O fracasso dos objectivos prosseguidos pelo Decreto-Lei nº 804/76, como se

referiu, resultou da escassa aplicação prática que este diploma mereceu, o que está, indiscutivelmente, associado à complexidade do regime fixado mas, sobretudo, ao facto de as autarquias não terem assumido as competências que lhe foram atribuídas em ordem à reconversão das áreas de construção clandestina. Isto, apesar dos pesados custos de ordem social e urbanística que comportam.

Excepção seja feita ao Município do Barreiro, uma vez que a actuação dos respectivos órgãos se revelou a mais consentânea com o espírito e a letra doas normas constantes do Decreto-Lei nº 804/76, de 6 de Novembro, não renunciando ao exercício de importantes competências neste domínio, como as relativas à elaboração dos projectos ou planos de reconversão e execução das obras de urbanização (pelo menos nalguns casos), estabelecendo critérios, por via regulamentar, quanto ao cálculo dos montantes das comparticipações a cobrar pela autarquia, concedendo, ainda, facilidades de pagamento das quantias devidas pelos particulares.

Mais se deverá notar que a disciplina repressiva prevista no Decreto-Lei nº 275/76, em parte retomada pelo Decreto-Lei nº 400/84, de 31 de Dezembro, não conseguiu evitar o superveniente aparecimento de múltiplos loteamentos clandestinos, os quais conheceram, mesmo nesta fase, uma clara expansão.

Não obstante, o novo regime de reconversão não revogou o Decreto-Lei nº 804/76 e prevê, inclusivamente, que as medidas previstas pelo citado diploma possam continuar a ser aplicadas complementarmente e sempre que se revele necessário à reconversão da AUGI.

2. Âmbito de Aplicação

O regime excepcional estabelecido pela Lei nº 91/95 não abrange todas as situações criadas em violação da Lei, mas apenas as que o legislador julgou merecedoras de tutela, no intuito, porventura, de não incentivar a criação de novas situações idênticas, em detrimento do regime do licenciamento das operações de loteamento.

Como resulta, desde logo, do art. 1º da Lei nº 91/95, este diploma aplica-se às áreas urbanas de génese ilegal (AUGI), considerando como tais as áreas:

- objecto de parcelamento físico antes mesmo de a Lei prever o licenciamento das operações de loteamento, ou seja, antes da entrada em vigor do Decreto-Lei nº 46.673, de 29 de Novembro de 1965, quando predominantemente ocupadas por construção clandestina;
- objecto de loteamento clandestino (prédios objecto de operações físicas de parcelamento destinadas à construção, sem prévia licença municipal), desde a

entrada em vigor do Decreto-Lei nº 46.673, de 29 de Novembro de 1965 até à data da entrada em vigor do Decreto-Lei nº 400/84, de 31 de Dezembro, quando classificadas como espaço urbano ou urbanizável pelo respectivo plano municipal de ordenamento do território.

Cabe salientar a este propósito, que a Lei nº 91/95 não tem um objecto tão amplo como o do Decreto-Lei nº 804/76, o qual se aplicava a todas as áreas de construção clandestina, quer se tivesse verificado, ou não, um loteamento clandestino.

Assim, a Lei nº 91/95, embora não se aplique apenas a situações de loteamentos clandestinos, só tem por objecto situações de construção clandestina quando estas tenham propiciado o parcelamento de um prédio ou conjunto de prédios, nos termos do nº 3 do seu art. 1º.

Por outro lado, apenas são abrangidas pela Lei nº 91/95 algumas situações já consolidadas pelo decurso do tempo, quais sejam, as constituídas antes da entrada em vigor do Decreto-Lei nº 400/84.

Aliás, também a aplicação no tempo do regime da Lei nº 91/95 é limitada, impondo o seu art. 57º que as AUGI disponham de título de reconversão até 31 de Dezembro de 1999, para que possam beneficiar do regime previsto. De todo o modo, o regime deste diploma não se aplica apenas aos processos de reconversão iniciados depois da sua entrada em vigor, mas também aos processos pendentes nessa data, mediante requerimento dos interessados.

3. Delimitação das AUGI

Contrariamente ao que acontecia no âmbito do Decreto-Lei nº 804/76, em que, como vimos, a delimitação das áreas de construção clandestina era realizada por decreto do Governo, a competência para proceder à delimitação das AUGI passa a caber às câmaras municipais, nos termos do art. 1º, nº 4, da Lei nº 91/95, o qual impõe, do mesmo passo, que essa delimitação seja realizada no prazo de 180 dias.

Relativamente às demais áreas de loteamento ou construção ilegais insusceptíveis de reconversão urbanística, estabelece a Lei nº 91/95 que as câmaras municipais devem elaborar, no prazo de dois anos, estudo de reafectação destas áreas ao uso previsto no plano municipal de ordenamento do território (cfr. artigos 1º, nº. 5 e 48º).

Não obstante a delimitação das AUGI competir às câmaras municipais, os proprietários ou comproprietários e os donos das construções erigidas e participadas na

matriz podem apresentar, à câmara municipal respectiva, pedido de declaração da AUGI, acompanhado por proposta de delimitação devidamente justificada, sendo certo que, na falta de deliberação, os requerentes podem pedir, no Tribunal Administrativo de Círculo territorialmente competente, a intimação judicial da respectiva câmara para proceder à delimitação da AUGI.

4. Modalidades do processo de reconversão

Às câmaras municipais compete, igualmente, determinar qual das modalidades de reconversão das AUGI, previstas no art. 4º da Lei nº 91/95, deverá ser adoptada em concreto.

Com efeito, a Lei prevê duas modalidades de reconversão, quais sejam a reconversão por iniciativa dos proprietários ou comproprietários (com a apresentação de projecto de loteamento) e a reconversão da iniciativa municipal, mediante a elaboração de plano de pormenor.

4.1 Pedido de loteamento

O pedido de loteamento que seja apresentado pelos proprietários ou comproprietários rege-se pelo disposto na Lei nº 91/95 e, subsidiariamente, pelo regime do licenciamento municipal de operações de loteamento e de obras de urbanização, aprovado pelo Decreto-Lei nº 448/91, de 29 de Novembro.

Note-se que o procedimento estabelecido na Lei nº 91/95 apresenta diferenças significativas relativamente ao do citado Decreto-Lei nº 448/91. Tal decorre, naturalmente, do facto de a Lei agora em análise estabelecer um regime excepcional para a reconversão urbanística das áreas urbanas de génese ilegal (art. 1º, nº 1).

Desde logo, o pedido inicial abrange quer o licenciamento do loteamento, quer o licenciamento das obras de urbanização, conforme resulta do elenco dos elementos que devem instruir o pedido, estabelecido no art. 18º da Lei nº 91/95.

O pedido formulado pelos particulares é necessariamente instruído com o estudo de loteamento e o projecto das obras de urbanização, que serão objecto de apreciação em conjunto pela câmara municipal. Isto, sem prejuízo de a Lei prever a dispensa de apresentação do projecto de obras de urbanização, nos casos em que já existam as redes de infra-estruturas e as mesmas se mostrem em condições de funcionamento (art. 18º, nº 2).

Diversamente, no âmbito do licenciamento das operações de loteamento e obras de urbanização, sendo facultada aos particulares a possibilidade de, querendo, apresentarem os projectos em simultâneo, certo é que a apreciação camarária incidirá primeiro sobre o pedido de licenciamento de loteamento, correndo o prazo de apreciação do projecto de obras de urbanização apenas a partir da notificação da deliberação que haja merecido aquele pedido (art. 22º, nº 4, do Decreto-Lei nº 448/91, de 29 de Novembro).

De entre os elementos instrutórios a apresentar, pela especificidade que apresentam relativamente ao regime dos loteamentos constante do Decreto-Lei nº 448/91, salienta-se a planta da realidade actual da AUGI, com indicação das construções existentes e da medida em que as mesmas não cumprem o estudo apresentado ou as normas legais ou regulamentares aplicáveis.

Merece, igualmente, referência a obrigatoriedade de explicitação, na memória descritiva e justificativa, das construções a manter e das construções a demolir. Ainda em sede de instrução do pedido, releva-se a necessidade de apresentação de uma listagem dos possuidores das parcelas já constituídas.

Na sequência da recepção do pedido e no prazo de trinta dias, a câmara municipal deve apreciar liminarmente o pedido. Admitindo o mesmo, consulta as entidades que se devam pronunciar em virtude da existência de servidão administrativa ou restrição de utilidade pública, bem como as entidades gestoras das redes de infra-estruturas, nos termos dos artigos 19º e 20º da Lei nº 91/95.

Não obstante o pedido de loteamento incluir os supra referenciados elementos sobre a realidade existente, a câmara municipal deve confirmar a mesma, assim como verificar as circunstâncias que determinam a manutenção, alteração ou demolição das construções, mediante a realização de uma vistoria, no prazo de 180 dias a contar da apresentação daquele pedido, prorrogável por igual período - art. 22º da Lei nº 91/95.

Realizada a vistoria, além de poder autorizar o início das obras de urbanização que tenham merecido parecer favorável das entidades consultadas (art. 24º da Lei nº 91/95), a câmara municipal está obrigada a decidir o pedido de loteamento, no prazo de trinta dias, por força do art. 25º da Lei nº 91/95, sob pena de deferimento tácito do pedido, conforme estabelece o art. 26º, nº 6, do mesmo diploma.

De acordo com o art. 25º, nº 2, do diploma em análise, a câmara municipal só pode indeferir o pedido de loteamento com fundamento em violação das disposições da

Lei nº 91/95 ou de Plano Municipal de Ordenamento do Território ou por desconformidade com a deliberação camarária que delimitou a AUGI, fixando a modalidade de reconversão.

O referido elenco dos motivos de indeferimento do pedido de loteamento mostra-se mais reduzido do que o previsto no Decreto-Lei nº 448/91, de 29 de Novembro. Contudo não parece aceitável que o legislador tenha pretendido afastar dos parâmetros de decisão a necessária conformidade do loteamento com planos de ordenamento do território que não municipais (Planos Regionais de Ordenamento do Território, Planos Especiais de Ordenamento do Território e Planos de Salvaguarda do Património Cultural).

A deliberação da câmara municipal que deferir o pedido de loteamento, aprovando, também, as obras de urbanização, deve definir o montante dos custos destas obras e a caução de boa execução das mesmas, fixando a comparticipação de cada lote nestas despesas em função da área de construção que lhe é atribuída no projecto de loteamento (cfr. art. 26º da Lei nº 91/95).

De acordo com o disposto no art. 28º da Lei nº 91/95, a referida caução por boa execução das obras de urbanização pode ser prestada nos termos gerais, se assim for declarado, no prazo de oito dias a contar da deliberação de deferimento do pedido de loteamento, pela comissão de administração. Caso contrário, a caução é prestada pela primeira hipoteca legal sobre todos os lotes que integram a AUGI.

A deliberação que aprova o loteamento identifica, também, as construções que devem ser demolidas ou alteradas, fixando um prazo não inferior a três anos para o efeito, a menos que a câmara municipal invoque, fundamentadamente, a urgência da demolição. A referida deliberação estabelece, ainda, outros condicionamentos sobre o lote ou as construções.

Quanto ao conteúdo do acto de aprovação do loteamento, a Lei refere-se às soluções previstas para a realização das expectativas dos interessados (art. 26º, nº 4, alínea c)), as quais, aliás, devem constar da memória descritiva (art. 18º, nº 1, alínea b)).

Cumpre, a este propósito, indagar do significado e alcance da preocupação do legislador com "as soluções previstas para a realização das expectativas dos interessados".

Na falta de outro contributo que ajude à compreensão dos conceitos em causa, parece poder adiantar-se que se trata da satisfação das pretensões que possam decorrer do reordenamento dos lotes e da disciplina fixada para cada uma das parcelas, o que se

poderá traduzir na redução ou correcção da área dos lotes ou da área de construção. Com maior clareza, referia-se o Decreto-Lei nº 804/76 à redistribuição de lotes que se mostrasse indispensável para o adequado reordenamento da área e à ideia de proporcionalidade na correcção ou redução da área das parcelas constituídas relativamente à sua superfície e às expectativas edificatórias (art. 6º, nº 1, alínea b) e 3, do citado Decreto-Lei nº 804/76).

O deferimento do pedido de loteamento deve ser publicitado, nos termos previstos no art. 28º da Lei nº 91/95, passando-se à fase da apresentação e decisão de reclamações que o mesmo mereça. É, então, emitido o alvará de loteamento, o qual, além das menções constantes do art. 29º do Decreto-Lei nº 448/91, 28 de Dezembro, deverá indicar a lista de factos sujeitos a registo predial, o montante da comparticipação de cada lote nos custos das obras de urbanização e da caução supra referida e bem assim a listagem dos proprietários dos vários lotes, se tiver sido apresentado acordo de divisão de coisa comum.

O referido alvará de loteamento deve ser enviado, pela câmara municipal, à conservatória de registo predial competente, a qual procede à sua inscrição, assim como dos ónus e outros factos sujeitos a registo que dele constem (art. 30º da Lei nº 91/95).

4.2 Plano de pormenor de reconversão

Caso a câmara municipal opte pela reconversão por iniciativa municipal, deverá elaborar plano de pormenor de reconversão, o qual se rege pelo disposto na Lei nº 91/95 e, subsidiariamente, pelas disposições do Decreto-Lei nº 69/90, de 2 de Março, que aprova o regime da feitura dos planos municipais de ordenamento do território.

O referido plano de pormenor deve incluir todos os elementos que integram o pedido de loteamento e o alvará de loteamento, nos termos descritos.

De entre os elementos que integram o plano, merece especial referência o valor total dos encargos de urbanização, no qual se incluem as despesas realizadas com a elaboração do plano de pormenor (art. 31º, nº 3), assim como a comparticipação correspondente a cada um dos lotes.

Saliente-se, aliás, que a câmara municipal não deverá submeter o plano de pormenor à aprovação da Assembleia Municipal, enquanto não se encontrar assegurado o pagamento de todas as referidas comparticipações nos encargos de urbanização (art. 33º).

No entanto, não é forçoso que seja a própria autarquia a assumir a execução das obras de urbanização, o que efectivamente só acontecerá se a câmara municipal optar por não ter apoio da administração conjunta, conforme resulta do art. 32º, nº 3, da Lei nº 91/95.

Com efeito, a câmara municipal pode adoptar a modalidade de reconversão por iniciativa municipal com apoio da administração conjunta e, nesta hipótese, é o contrato de urbanização a celebrar entre a mesma câmara municipal e a comissão de administração que define o âmbito de intervenção de cada uma das entidades.

5. Regime da Administração da AUGI

5.1 Os órgãos da Administração Conjunta

A Lei nº 91/95 sujeita o prédio ou prédios integrados na AUGI a administração dos proprietários e comproprietários, a designada "administração conjunta", a qual constitui uma figura *sui generis,* atento que não se trata de uma pessoa colectiva, não obstante se prever uma estrutura orgânica e a sua inscrição no Registo Nacional de Pessoas Colectivas.

A referida administração é atribuída a dois órgãos: à assembleia dos proprietários ou comproprietários e à comissão de administração, aos quais cabem, respectivamente, as competências previstas nos artigos 10º e 15º da Lei nº. 91/95.

Têm assento na referida assembleia, os titulares do direito de propriedade ou compropriedade, cujo direito estiver inscrito na conservatória de registo predial competente, bem assim como, com preterição destes, os donos de construções participadas na matriz e os promitentes compradores de parcelas quando tenha havido tradição da coisa (art. 9º). Na mesma assembleia pode, ainda, participar a câmara municipal, mediante representante devidamente credenciado.

Relativamente a todas as matérias da competência da assembleia de proprietários ou comproprietários, encontram-se privados de voto os que, de entre estes, hajam celebrado negócios de venda de parcelas, de quotas indivisas e de promessa de compra e venda com autorização de ocupação (artigos 13º, nº 4, e 45º da Lei nº 91/95).

Esta regra não terá ponderado, por certo, a hipótese de o loteador ilegal revestir, também, a qualidade de possuidor de parcelas ou construções existentes na área de construção clandestina. Com efeito, não se vislumbram razões para o afastar da participação nas deliberações da assembleia, a par dos demais possuidores, com o direito de

voto correspondente à área que detém.

O órgão executivo - a comissão de administração - é eleito e destituído pela assembleia de proprietários e comproprietários, especialmente convocada para o efeito, sendo certo que a destituição tem que se fundar em violação de deveres gerais ou especiais de administração, nos termos de deliberação tomada por maioria absoluta do total de votos da assembleia e ser concomitante com a eleição de nova comissão.

Neste âmbito, o legislador terá procurado assegurar que o procedimento de reconversão não fosse prejudicado ou paralisado por não existir comissão de administração eleita ou pela falta de estabilidade do seu funcionamento em razão de frequentes destituições da mesma comissão.

No entanto, porque a Lei não exige qualquer maioria qualificada para a eleição da comissão de administração, mas estabelece sérios limites à sua destituição, e considerando, também, os latos poderes atribuídos a este mesmo órgão, poder-se-á questionar a prudência deste regime quanto à forma como acautela os interesses dos membros da assembleia e até se o mesmo funcionará em prol do sucesso do processo de reconversão, na medida em que este depende de larga aceitação das medidas adoptadas por esta comissão.

As funções cometidas à comissão de administração podem ser assumidas pela entidade que venha promovendo a reconversão do prédio, se assim for deliberado pela assembleia de proprietários e comproprietários (art. 55º, nº 2, da Lei nº 91/95). Esta faculdade tem, efectivamente, sido exercida, como aconteceu no bairro das Quintinhas-Pinheirinho, no concelho de Almada e no bairro do Casal dos Apréstimos, no concelho de Loures.

Com efeito, como já se referiu, as entidades públicas envolvidas não assumiram, na generalidade dos casos, o exercício das competências que lhe eram atribuídas pelo Decreto-Lei nº 804/76, no domínio da legalização das áreas de construção clandestina.

Em consequência, vieram a ser adoptados na prática, na vigência do citado diploma, modelos diversificados de legalização, que privilegiaram a iniciativa e gestão do processo por parte dos particulares, frequentemente assegurada por entidades privadas já constituídas, com fins sócio-culturais e recreativos, consideradas como interlocutoras pela Administração, a quem esta concedia o poder de conduzir o processo de reconversão, definindo as obrigações dos proprietários e comproprietários, associados ou não

dessa associação, sem que a representatividade destes estivesse efectivamente assegurada.

Esta situação que explica os inúmeros problemas surgidos no passado e fundamenta muitas das reclamações apresentadas ao Provedor de Justiça, parece, agora, clarificada pelo regime previsto para a administração das áreas urbanas de génese ilegal, sem que, contudo, o legislador tenha deixado de fazer uma concessão face às situações pretéritas, na medida em que prevê a possibilidade de as entidades que até agora promoviam a reconversão poderem ser mandatadas pela assembleia para exercer as funções de comissão de administração.

5.2 As competências

Não obstante a designação *"administração conjunta"*, os actos da competência dos seus órgãos da administração conjunta não se esgotam em actos de administração ordinária, nem em actos de administração "*stricto sensu*".

Na verdade, a assembleia de proprietários ou comproprietários aprova, por exemplo, o projecto de reconversão a apresentar à câmara municipal para efeitos do pedido de loteamento, assim como aprova o projecto de divisão da coisa comum por acordo de uso.

E é a propósito destes dois poderes que ressalta, com maior evidência, que a extensão e importância das deliberações dos órgãos da administração conjunta não são acompanhadas por um regime que permita acautelar devidamente todos os interesses em presença.

Se quanto ao quorum de deliberação, a Lei nº 91/95, de 2 de Setembro, remete, pura e simplesmente, para o regime de funcionamento das assembleias de condóminos dos prédios em propriedade horizontal, previsto no art. 1432º do Código Civil, em matéria de sistemas de votação, a mesma Lei, no seu art. 13º, estabelece como regra de tomada de deliberações, a maioria simples dos votos, exigindo a maioria absoluta, apenas, para as deliberações relativas ao acordo de divisão de coisa comum e aprovação das contas da responsabilidade da comissão de administração.

Daqui se infere que a deliberação de aprovação do projecto de reconversão, a submeter à apreciação camarária, na modalidade de pedido de loteamento, carece apenas da maioria simples dos votos dos membros da Assembleia de Proprietários e Comproprietários.

Não se perca de vista, porém, o alcance e a importância desta mesma delibera-

ção: o pedido de loteamento é instruído com as plantas da realidade actual e de síntese do loteamento pretendido, identificando-se as construções existentes que não cumprem o estudo de loteamento ou violem quaisquer normas legais ou regulamentares, assim como as construções a manter e a demolir. Do mesmo passo, são definidos os lotes e a sua ocupação e as áreas de cedências, podendo tocar parcelas possuídas por qualquer dos interessados. Desta forma, todos os referidos aspectos são definidos, apenas, pela maioria simples dos votos da assembleia dos proprietários e comproprietários, o que abre a possibilidade de ocorrerem coligações entre os votantes e de serem tomadas decisões em prejuízo dos direitos e interesses de alguns.

A partir do que fica exposto e considerando que a introdução de uma regra de unanimidade quanto a esta deliberação a tornaria, por certo, inviável, não se encontra solução satisfatória que não se baseie na adopção de uma plano de pormenor de reconversão pela entidade pública competente, resultado de uma ponderação imparcial de todos os interesses públicos e privados em presença.

Por seu turno, o regime contido na Lei nº 91/95 quanto à divisão de coisa comum por acordo de uso, prevendo que a mesma resulte de deliberação tomada por maioria absoluta dos votos da assembleia de comproprietários, traduz uma alteração significativa ao regime de compropriedade previsto no Código Civil.

Assim, em geral, a administração da coisa comum está sujeita à regra prevista no art. 1407º do Código Civil, dependendo da maioria dos consortes, desde que representem, pelo menos, metade do valor total das quotas.

No entanto, quanto aos actos de administração extraordinária, entende a doutrina mais autorizada, que se exige o consentimento unânime dos consortes (neste sentido, Henrique Mesquita, Lições dact., nº 8, págs. 262 e segs. e Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil Anotado, Vol. III, pág. 363).

Também relativamente à divisão amigável da coisa comum resulta indispensável, à luz do regime civilístico, o acordo de todos os comproprietários.

Com efeito, esse regime assenta no princípio geral de que todos os consortes são titulares do direito de propriedade e porque o seu direito é qualitativamente igual, exercem em conjunto todos os poderes que cabem ao proprietário singular.

A divisão da coisa comum extingue o direito de compropriedade, pelo que a mesma só pode resultar de um acordo de todos, por forma a salvaguardar a disponibilidade do direito pelo seu titular ou, na falta desse acordo, de uma sentença judicial, com

vista a garantir o direito de exigir a divisão.

Nesta conformidade, ao optar por atribuir à maioria dos comproprietários o direito de deliberarem sobre a divisão da coisa comum e sobre a forma de proceder a essa divisão, a Lei nº 91/95 não terá acautelado, devidamente, os direitos de todos os que não concordem com a citada deliberação.

Em suma, e atentando no que fica dito quanto ao pedido de loteamento e ao acordo de divisão de coisa comum, ao não ser exigida a unanimidade entre os proprietários ou comproprietários, facilitou-se a tomada de posição, evitando-se as inelutáveis situações de impasse a que daria lugar. No entanto, descurou-se, dessa forma, o facto de os órgãos da administração conjunta poderem ser utilizados para favorecer interesses privados.

Essas preocupações sempre acompanharam o regime legal anterior, como resulta claro das regras fixadas no Decreto-Lei nº 804/76 e no Decreto nº 15/77, de 18 de Fevereiro.

A verdade é que à luz do regime destes diplomas, o projecto de reconversão era realizado pela Administração. E embora estes diplomas previssem que a legalização da área de construção clandestina fosse levada a cabo por uma associação entre os particulares e a Administração, a verdade é que as regras de funcionamento desta associação sempre procuraram acautelar os direitos de todos os interessados, nomeadamente através dos meios de intervenção atribuídos aos poderes públicos.

Nesse sentido, aquela associação não se limitava a ser constituída por iniciativa das câmaras municipais, como acontece com a administração conjunta, mas significava uma associação entre os particulares e as referidas câmaras na prossecução de um propósito comum - a reconversão da área - no qual estavam envolvidos relevantes interesses públicos e privados.

Por essa razão, a associação não constituía uma forma de organização dos proprietários ou comproprietários, mas uma associação destes com as câmaras municipais, sendo certo que se salvaguardava o acordo prévio de todos os que a integravam, relativamente a um projecto de reconversão já definido pela Administração, à qual cabia a condução e a responsabilidade pela execução das obras de urbanização.

6. Competências públicas versus deveres dos interessados

Cumpre, desde já, advertir que a análise das atribuições dos municípios nesta matéria, cuja prossecução possa ser exigida na sequência da delimitação de uma área

urbana de génese ilegal, deve considerar as diferentes modalidades de reconversão.

Como se viu, são várias as modalidades de reconversão das áreas urbanas de génese ilegal, podendo o processo ser organizado como operação de loteamento da iniciativa dos proprietários ou comproprietários ou mediante plano de pormenor da iniciativa da câmara municipal, com ou sem o apoio da administração conjunta (cfr. artigos 4º e 32º, da Lei nº 91/95, de 2 de Setembro).

Não obstante, em sede de princípios gerais, os deveres de reconversão urbanística do solo e de legalização das construções constituem deveres dos proprietários e comproprietários. Compreensivamente, a Lei integra no dever de reconversão os deveres de conformação dos prédios que integram a AUGI com o alvará de loteamento ou com o plano de pormenor e os deveres de comparticipação nas despesas de reconversão (incluindo estas as despesas inerentes à elaboração do plano de pormenor, se for caso disso).

6.1 Na reconversão por iniciativa dos particulares

Sendo cometido à câmara municipal o poder de determinar a modalidade de reconversão da AUGI, no caso de ser escolhida a reconversão por iniciativa dos particulares, verifica-se que recai sobre estes a responsabilidade pela generalidade das operações e medidas tidas por indispensáveis à reconversão.

Com efeito, nesta hipótese, compete aos interessados, através dos órgãos da administração conjunta, elaborar o projecto de loteamento, o qual deve definir quer a configuração dos lotes e a disciplina a que ficam sujeitos, quer o destino das construções existentes, para além das obras de urbanização a realizar e respectivos orçamentos.

Cabe-lhes, ainda, a execução das obras de urbanização, o que compreende a celebração dos contratos àquela relativos e a sua fiscalização. Para o efeito, esta comissão elabora os mapas de comparticipação e cobra essas mesmas comparticipações. Note-se que as quantias fixadas e cobradas dizem respeito, não apenas à execução das obras de urbanização, mas também às despesas com a elaboração dos projectos, o acompanhamento técnico do processo e o funcionamento da comissão.

Como resulta da leitura da descrição dos casos apresentados na Provedoria de Justiça, a questão da realização das obras de urbanização e do seu pagamento encontra-se no cerne dos mais vivos problemas suscitados no processo de reconversão e com um alcance capaz de comprometer as iniciativas de reconversão em curso.

Fundamentalmente, os proprietários, comproprietários e possuidores de terrenos e construções em áreas de génese ilegal contestam a exigência do pagamento das comparticipações nas despesas de reconversão, quer por acharem que o pagamento de contribuição autárquica é suficiente para fazer face àquelas despesas, quer porque discordam das fórmulas de cálculo e de cobrança adoptadas.

A este propósito afasta-se, desde já, a procedência das queixas dos que se procuram furtar ao cumprimento dos deveres de reconversão, alegando o pagamento de contribuição autárquica. Na verdade, trata-se de obrigações de diferente natureza, pelo que o cumprimento das obrigações fiscais em nada contende com o cumprimento do dever de reconversão.

Por outro lado, a imposição aos interessados particulares do pagamento das despesas de reconversão resulta justificada à luz do princípio da igualdade, porquanto aquelas despesas correspondem ao cumprimento das obrigações que impendem sobre todos os particulares que procedam a uma operação de loteamento devidamente licenciada ou ao afastamento dos inconvenientes propiciados pelo não cumprimento da Lei.

Aliás, os custos das obras de urbanização assumidos pelo loteador no âmbito de um loteamento legal são repercutidos no preço dos lotes colocados no mercado, o que não terá acontecido na generalidade das transações dos terrenos não infraestruturados que integram as AUGI. Daí resultou, sem dúvida, o diminuto custo dos terrenos e a proliferação deste fenómeno. Se as receitas públicas servissem - como é pretendido por alguns - para fazer face às despesas de reconversão, seria injustificadamente criada uma discriminação a favor dos adquirentes dos lotes ilegais, sem prejuízo das responsabilidades que possam ser assacadas às entidades públicas competentes. Seria fazer acrescer à ilegalidade das construções e do fraccionamento de unidades prediais uma manifesta violação do princípio da igualdade dos cidadãos na repartição dos encargos públicos.

Note-se, porém, que esta pretensão, cuja bondade se afasta, não é invocada na maioria das queixas apresentadas, as quais se baseiam fundamentalmente na segunda ordem de factores - o cálculo e cobrança das comparticipações. Vem sendo esta, por isso, a preocupação mais sentida pelo Provedor de Justiça.

A aplicação do regime previsto na Lei nº 91/95, que atribui aos órgãos da administração conjunta o dever de calcular e cobrar as comparticipações, permitirá, tão só, afastar as questões relativas à falta de legitimidade das antigas associações e comissões de proprietários, mantendo-se os problemas inerentes à direcção de vultuosos empreendimento por particulares.

Nesta matéria, registam-se várias queixas que invocam, cumulativamente, a falta de transparência e a arbitrariedade na gestão e cobrança das comparticipações, a falta de informação por parte dos interessados relativamente às mesmas, o não cumprimento do dever de quitação e a cobrança de juros de mora que atingem valores exorbitantes como 2% ao mês.

Numa relação que se apresenta como de natureza civil e administrativa, os interessados dizem-se confrontados, por um lado, com a ausência das garantias próprias dos administrados, e por outro lado, com os atropelos dos direitos de natureza obrigacional próprios das relações creditícias.

Entre as alegadas situações poderão encontrar-se algumas que indiciam matéria com relevância jurídico-criminal. Quanto a estas, porque a sua indagação não compete à Provedoria de Justiça mas ao Ministério Público, será de ponderar a remessa dos elementos facultados pelos reclamantes, para efeitos da sua investigação, se tal for reputado como justificado por aquela entidade.

É o que acontece com a invocada cobrança de juros usurários, que pode constituir crime, não apenas porque se trata de juros superiores à taxa legal, mas porque podem corresponder a uma exigência realizada em exploração de uma situação de necessidade ou de dependência do credor, para efeitos de aplicação do art. 226º do Código Penal. Esta situação é indiciada por, na generalidade das situações o pagamento dos juros ser essencial a que se mantenha a ligação das construções às infra-estruturas existentes, nomeadamente de água e electricidade, e à legalização das construções. De sorte, que se prevêem medidas de interrupção no abastecimento de bens essenciais para os que incumpram o pagamento das quantias de juros reclamadas.

Nas demais situações de alegadas irregularidades no funcionamento das associações privadas ou incumprimento de deveres de carácter obrigacional, porque se tratam de relações jurídicas privadas, estranhas ao âmbito de intervenção do Provedor de Justiça, terão as mesmas que encontrar resolução nos termos das normas legais de carácter civilístico aplicáveis às associações civis ou às relações jurídicas entre particulares, sem prejuízo de se ponderarem soluções que, de futuro, permitam obviar ao seu aparecimento.

Não podemos deixar de salientar uma outra observação relativa ao pagamento das despesas de urbanização, qual seja a das associações de proprietários que, na falta de pagamento das comparticipações por alguns dos interessados, se vejam impedidas de

iniciar ou prosseguir as obras de urbanização e de cumprir os compromissos assumidos nos negócios jurídicos que hajam celebrado com esse propósito. Frustram-se, nessa hipótese, as expectativas dos que, efectivamente, procederam ao pagamento das comparticipações devidas.

No sentido de pressionar os interessados que não cumpram os seus deveres de reconversão a Lei nº 91/95 veio prever a possibilidade de a Câmara Municipal suspender a sua ligação às redes de infra-estruturas existentes (cfr. art. 3º, nº. 5). No entanto, como voltaremos a analisar com mais pormenor, esta faculdade não se afigura suficiente ou adequada a algumas situações, como aquelas em que não exista ainda qualquer construção no lote do interessado ou estejam em causa agregados familiares com menores recursos económicos, que não tenham possibilidade de assegurar o pagamento ou o pagamento integral das despesas de reconversão, no momento em que essas quantias são exigidas.

Como já se referiu, os vastos poderes cometidos aos órgãos da administração conjunta, nesta modalidade de reconversão, não são acompanhados por regras garantísticas, com vista à tutela das posições minoritárias. Assim, as deliberações da assembleia são validamente tomadas por maioria, mesmo quando se exige uma maioria qualificada de aprovação (prevista para os casos de aprovação do projecto de divisão de coisa comum por acordo de uso e das contas da comissão de administração).

Se é certo que a regra da unanimidade pode propiciar o veto (das minorias ou mesmo de um só) das deliberações a tomar no processo de reconversão, propiciando as situações de indesejado impasse, não se podem ignorar os interesses dos votantes dissidentes ou dos não votantes.

Por outro lado, a previsão legal da modalidade de reconversão por iniciativa dos particulares acarreta um certo apagamento da intervenção municipal, aliás na esteira do que vinha sendo praticado - embora indevidamente - ainda na vigência do regime anterior (o qual, em bom rigor, não se compadecia com esta falta de intervenção dos órgãos da Administração local), não obstante os inegáveis interesses públicos em presença.

A Lei nº 91/95 veio, porventura, contemporizar com a dificuldade de os órgãos e serviços municipais empreenderem a complexa tarefa de reconverter e legalizar os aglomerados urbanos clandestinos; dificuldade essa que se saldou na frequente abstenção municipal, embora não possa deixar de se prestar justiça à actuação de algumas Câmaras Municipais, de que se destaca a Câmara Municipal do Barreiro. Todavia, o re-

conhecimento destas dificuldades terá sido levado a um ponto excessivo, na medida em que se assistiu a uma devolução do procedimento para as comissões de proprietários, permitindo aos serviços municipais uma posição de expectativa com a qual não se compadecem os interesses públicos em presença.

É indispensável a participação constitutiva dos interessados, mas não podem os municípios, num assunto que tão directamente diz respeito ao bem comum da autarquia, ficar arredados de uma intervenção activa de permanente correcção do processo e de sistemático impulso ao seu rápido andamento.

É que não se pode deixar de notar as dificuldades sentidas pelos particulares na gestão e promoção de um empreendimento, o qual pode assumir grandes proporções, atentas as vastas áreas envolvidas e o volume de obras exigido.

Pelo que fica exposto, e na sequência dos problemas suscitados ao longo da presente análise, esta modalidade de reconversão, pese embora pretenda disciplinar uma prática que já vinha sendo seguida, não tem a virtualidade de resolver os problemas então suscitados, permanecendo em aberto muitas das questões que motivaram os pedidos de intervenção a este Órgão do Estado.

Assim sendo, restará concluir pela parcial inadequação desta modalidade legal de reconversão, já quando isenta a Administração Pública das suas responsabilidades neste domínio, já em atenção às atribuições cometidas em sede de ordenamento do território, de gestão urbanística e de promoção ambiental, quer, ainda, considerando que a criação e desenvolvimento destas vastas áreas clandestinas não teria sido possível se tivessem sido exercidos, nos termos legais, os poderes de fiscalização e de polícia em matéria urbanística.

6.2 Na reconversão por iniciativa municipal

A opção pela modalidade de reconversão mediante plano de pormenor compete à câmara municipal, nos termos da deliberação que também delimita o perímetro da área a abranger (art. 1º, nº 4, da Lei nº 91/95), a qual deve ser tomada nos cento e oitenta dias seguintes à entrada em vigor da Lei. Consubstancia, deste modo, uma mera faculdade.

Se essa opção for seguida, compete à câmara municipal elaborar o plano de pormenor de reconversão, podendo escolher entre as modalidades de reconversão sem o apoio da administração conjunta e de reconversão com o apoio da administração con-

junta.

Nos termos do art. 33º da Lei nº 91/95, de 2 de Setembro, a câmara municipal - a quem compete, como vimos, a elaboração do plano de pormenor de reconversão - não pode submeter o mesmo à respectiva assembleia municipal, para aprovação, sem que esteja assegurado o pagamento da totalidade da comparticipação dos encargos da urbanização pelos interessados.

Esta opção do legislador não pode deixar de merecer os maiores reparos, atento que está em lógica contradição com as demais normas da Lei nº 91/95 e do Decreto-Lei nº 69/90, de 2 de Março. Se não, vejamos:

É o plano de pormenor de reconversão que fixa os orçamentos das obras de urbanização e outras operações previstas - art. 31º, nº 2, alínea a), conjugado com o art. 18º, nº 1, alínea h), da Lei nº 91/95.

E também é aquele plano que fixa a quota de comparticipação de cada lote nos custos de execução das obras e da caução, se a ela houver lugar - art. 31º, nº 2, alínea b), conjugado com o art. 26º, nºs. 2 e 3, da Lei nº 91/95.

Na ausência de normas específicas da Lei nº 91/95 sobre competência para elaboração, aprovação e ratificação do plano de pormenor de reconversão e sobre o seu registo e entrada em vigor, aplicam-se, subsidiariamente, as normas do Decreto-Lei nº 69/90, nos termos do nº 2 do art. 4º da Lei nº 91/95.

Desta forma, o referido plano deve ser elaborado pela câmara municipal, aprovado pela assembleia municipal e ratificado pelo Ministro do Equipamento, do Planeamento e da Administração do Território, quando não se conforme com plano director municipal ou de urbanização ratificados (artigos 3º e 16º, nº 1, do Decreto-Lei nº 69/90).

Deve, ainda, o plano ser objecto de registo e ser publicado, só entrando em vigor na data da respectiva publicação em Diário da República (artigos 17º e 18º do citado Decreto-Lei nº 69/90) e, portanto, só começando a produzir os seus efeitos a partir dessa data.

Ora, o disposto no citado art. 33º, da Lei nº 91/95 determina que os proprietários e comproprietários paguem determinados montantes, a título de comparticipação em encargos de urbanização, por força e nos termos de um plano de pormenor que ainda não está a produzir os seus efeitos, nem se encontra sequer aprovado pela entidade competente para o efeito, encontrando-se, apenas, proposta a sua aprovação.

Existe, pois, uma contradição flagrante na Lei, ao estabelecer que é o plano de

pormenor de reconversão que fixa o regime das comparticipações e, por outro lado, exigir que o pagamento das mesmas se efectue antes de o plano ser sequer aprovado. Exige-se do plano uma ubiquidade de funções que ele não pode ter.

Acresce que não é de excluir a hipótese de o plano de pormenor elaborado pela câmara municipal, vir a ter a sua aprovação, registo ou ratificação recusada pelas entidades competentes, o que deixará sem utilidade os pagamentos já efectuados, comprometendo a iniciativa e diminuindo a confiança dos administrados na operação de reconversão.

As questões agora suscitadas colocam-se sempre que se siga a modalidade de reconversão por iniciativa municipal. Caberá, no entanto, analisar as sub-modalidades que esta forma de reconversão pode assumir, quais sejam, a reconversão com e sem o apoio da administração conjunta.

6.2.1 Com o apoio da administração conjunta

Na modalidade de reconversão por iniciativa municipal com o apoio da administração conjunta, as atribuições e o âmbito de intervenção de cada uma das entidades é objecto de contrato de urbanização.

À excepção da feitura do plano de pormenor, cometida por Lei aos órgãos do município, a responsabilidade por todas as demais medidas e operações necessárias à reconversão fica na disponibilidade dos contraentes, pelo que nada obsta, em bom rigor, que as referidas incumbências sejam cometidas aos particulares.

A ser assim, renovam-se as objecções formuladas a propósito da modalidade de reconversão por iniciativa dos particulares (supra, fls. 59 a 66).

6.2.2 Sem o apoio da administração conjunta

Na falta de apoio da administração conjunta, à câmara municipal competirá praticar todos os actos previstos na Lei relativos à emissão do título de reconversão, bem como realizar as obras de urbanização, sem prejuízo dos deveres dos proprietários e comproprietários já assinalados (respeito pela disciplina do plano; pagamento das despesas de reconversão).

Nesta modalidade denota-se uma aproximação ao procedimento fixado no regime anterior (Decreto-Lei nº 804/76, de 6 de Novembro), pela extensão das competências e deveres da Administração com vista à reconversão da área ilegal.

Até pela verificação dos problemas decorrentes da não aplicação das regras do

anterior regime, atenta a prática generalizada de devolução destes poderes da Administração autárquica para os particulares, será de insistir na necessidade de exercício dos mesmos poderes, sendo de concluir, desde já, pelas vantagens desta modalidade de reconversão relativamente às demais.

Neste âmbito, a câmara municipal calcula e cobra os valores respeitantes às comparticipações devidas pelos interessados. Para mais, nem pode submeter a aprovação do plano de pormenor de reconversão à assembleia municipal sem que esteja assegurado o pagamento da totalidade das comparticipações, o que é passível das críticas já enunciadas.

Como meio de pressão para assegurar o cumprimento daquele dever de reconversão, pode a câmara municipal suspender a ligação às redes de infra-estruturas em funcionamento, nos termos do art. 3º, nº 5, da Lei nº 91/95.

Note-se que este tipo de medidas era já adoptado por algumas câmaras municipais antes da vigência do diploma legal em análise, suscitando-se, a esse propósito, pertinentes dúvidas quanto à sua legalidade.

Quanto a esta faculdade de suspensão de abastecimento de energia eléctrica, água ou gás, enquanto se não mostrarem pagas as quantias devidas, se bem que se compreenda o seu alcance e finalidade, não menos certo parece que a adopção das medidas legalmente facultadas não resolve o problema na sua globalidade. Isto, porque não fica garantido o pagamento da comparticipação pelo proprietário, comproprietário ou possuidor, que, por carências económicas ou por outros motivos, atendíveis ou não, não possa ou não queira pagar. Assim sendo, o plano de pormenor não chega a ser aprovado pela assembleia municipal, não chegando a bom termo o processo de reconversão iniciado.

Pondera-se então a aplicabilidade das medidas previstas no Decreto-Lei nº 804/76, de 6 de Novembro, para as quais remete, a título complementar e subsidiário, o art. 34º, da Lei nº 91/95. No entanto, aquele diploma legal, não explicita o modo de suprimento da falta de pagamento das comparticipações, o que não deve ser alheio à confiança depositada no facto de a execução do projecto de reconversão depender do acordo (quanto ao reordenamento dos lotes e ao montante das comparticipações) de parte significativa dos interessados (expropriando-se os terrenos e construções dos demais, afastados, deste modo, do processo em curso), bem como à salvaguarda das situações de maior carência (ou de todas, se assim se entendesse) com a concessão de facilidades no pagamento das quantias devidas.

Considera-se dever ser ponderada uma solução que permita garantir o pagamento da totalidade das comparticipações devidas pelos administrados, de modo a não se justificar continuar a fazer depender deste facto o prosseguimento do processo de reconversão.

Assim, e não parecendo razoável (nem justo) que a falta de pagamento por alguns inviabilize todo o processo em curso, parece dever ponderar-se a alteração da norma legal que exige o prévio pagamento da totalidade das comparticipações relativamente à aprovação do plano de pormenor e, consequentemente, à realização das obras de urbanização (art. 33º, da Lei nº 91/95).

Antecipando-se, porém, os problemas que poderão decorrer do esforço financeiro exigido às autarquias locais na hipótese de não disporem, à partida, do montante total previsto para fazer face às despesas de reconversão - o que, aliás, permite explicar a falta de aplicação do regime fixado no Decreto-Lei nº 804/76 - deve ponderar-se a consagração legal de soluções que acautelem o pagamento.

No caso de a câmara municipal iniciar a realização das obras sem que tenha sido possível a cobrança da totalidade das despesas de reconversão, poderá prever-se que recorra a um financiamento estatal, na forma de crédito bonificado, à semelhança do que é previsto nos regimes de apoio financeiro de obras de reparação e beneficiação de edifícios, conhecidos pelas siglas RECRIA, RECRIPH e REHABITA.

De todo o modo, haverá que garantir a cobrança aos particulares das comparticipações devidas com vista à amortização do capital mutuado. Neste sentido, parece desejável uma solução que se baseie no estabelecimento de uma hipoteca legal (delineada nos artigos 704º e 705º, do Código Civil) a registar a favor do município sobre os lotes a constituir como garantia a executar pelas correspondentes despesas de comparticipação não sejam pagas. Nem se diga que é impossível a constituição de hipoteca sobre lotes futuros, pois esta figura aparece já em sede de prestação da caução destinada a assegurar a realização de obras de urbanização (cfr. art. 24º, nº 1, do Decreto-Lei nº 448/91, de 29 de Novembro e art. 27º da Lei nº 91/95). Além do mais, a especialidade da situação e do procedimento, parece reclamar do legislador soluções específicas e, porventura, algo imaginativas.

O problema do pagamento das despesas de reconversão assume ainda outra feição, qual seja, a do peso, por vezes incomportável, que as comparticipações possam ter na economia dos agregados familiares. Não se vislumbra razão para que não se

mantenha a previsão da possibilidade de pagamento em prestações da quantia devida (art. 7º do Decreto-Lei nº 804/76), ou, em alternativa, a concessão de empréstimos com disciplina idêntica à prevista para o crédito à habitação, nas situações em que tal se justifique.

Estas questões relacionadas com o financiamento das obras de urbanização não esgotam, porém, as dificuldades que podem ser sentidas pelos municípios que optem por esta modalidade de reconversão.

Considerando que a modalidade de reconversão (por iniciativa municipal com execução das obras de urbanização) implica a afectação de um vasto conjunto de meios técnicos, humanos e financeiros, que se poderá reflectir negativamente no exercício das demais competências municipais, parece aconselhável a criação de estruturas próprias destinadas à prossecução desta atribuição municipal, v.g. empresas municipais cujo objecto social se traduza na execução das obras de urbanização previstas no plano de pormenor da AUGI e cobrança das comparticipações devidas pelos interessados.

Para mais, trata-se de garantir a eficácia da actuação municipal no domínio da reconversão das AUGI, o que melhor se consegue por recurso aos meios jurídicos colocados à disposição daquelas estruturas empresariais. Aliás, mostrar-se-ia facilitada a afectação das receitas provenientes do pagamento de comparticipações ao fim de reconversão de uma dada área.

Outra possibilidade que não será de excluir é a criação, pelo Estado, de um instituto público especialmente vocacionado para o apoio à intervenção municipal neste domínio ou a ampliação, com essa finalidade, das atribuições confiadas a institutos públicos existentes (v.g. Instituto Nacional de Habitação), designadamente para prestação de apoio técnico e jurídico. E nem se julgue que uma tal medida fosse comprimir o modelo constitucional de autonomia dos municípios, já que a Administração do Estado tem especiais incumbências nesta matéria (arts. 65º, nº 2, alíneas a) e d), nº 4 e 66º, nº 2, alíneas b) e c)).

6.3 Dever de reconversão

Saliente-se que, qualquer que seja a modalidade adoptada e ainda que se trate de uma reconversão por iniciativa municipal, o princípio geral é o do dever de reconversão do solo e legalização das construções recair sempre sobre os proprietários e comproprietários dos prédios abrangidos pela AUGI, conforme dispõe o art. 3º da Lei nº 91/95.

Desta forma, sobre aqueles proprietários e comproprietários impendem deveres como os de conformar os prédios com o título de reconversão (Plano de Pormenor ou Alvará de Loteamento) e o de comparticipar nas despesas de reconversão.

A propósito do dever de reconversão haverá que ter em conta o disposto no art. 3º, nº 4, no qual se dita que os "encargos com a operação de reconversão impendem sobre os titulares dos prédios abrangidos pela AUGI, sem prejuízo do direito de regresso sobre aqueles de quem hajam adquirido, quanto às importâncias em dívida no momento da sua aquisição, salvo no caso de renúncia expressa".

A norma em causa não se afigura de fácil apreensão, contudo parece significar que aos actuais titulares do direito de propriedade sobre os prédios é conferido o direito de exigir aos anteriores proprietários, o pagamento das comparticipações nas despesas de reconversão que sobre estes recaísse, até ao momento da transmissão.

Trata-se, porventura, de uma norma que visa acautelar situações em que os titulares dos prédios, em face da exigência de certas quantias a título de comparticipação nas despesas de reconversão, alienaram esses mesmos prédios a terceiros, os quais poderiam até não estar devidamente informados das obrigações que recaiam sobre o titular do prédio.

Contudo, e mesmo que seja esta a *ratio* do preceito, não se pode evitar a formulação de um juízo crítico sobre a solução adoptada. Isto por três ordens de razões.

Primeiro, porque quem beneficia da infra-estruturação do prédio é o actual titular, sem que se anteveja razão para imputar as despesas inerentes à mesma infra-estruturação a pessoa diferente.

Em segundo lugar, as razões encontradas para justificar o direito de regresso do adquirente do prédio - se é que coincidentes com as do legislador - podem até não se verificar em concreto, mas mesmo que assim fosse, as regras gerais sobre a formação e perfeição dos negócios jurídicos são suficientes e adequadas para garantir a protecção do adquirente.

Por último, a transmissão do prédio por parte de quem não quer ou não pode pagar as despesas de reconversão aproveita mais ao processo de reconversão do que a manutenção de uma situação de incumprimento.

7. Do Regime de Excepção

O regime excepcional previsto na Lei nº 91/95, evidencia-se quer em regras procedimentais, quer em normas substantivas.

Ao nível do procedimento, salienta-se o disposto nos artigos 50º a 53º da Lei nº 91/95.

A este propósito, parece particularmente relevante a norma constante do art. 52º, nº 1, da Lei nº 91/95, a qual atribui aos fiscais municipais competência para determinar o embargo imediato de qualquer construção não licenciada ou autorizada na AUGI.

A competência para determinar o embargo de construções não licenciadas ou executadas em desconformidade com a respectiva licença cabe, de acordo com o regime geral previsto no art. 57º do regime aprovado pelo Decreto-Lei nº 445/91, de 20 de Novembro, com a redacção do Decreto-Lei nº 250/94, de 15 de Outubro, ao Presidente da Câmara Municipal.

Com a atribuição desta competência aos fiscais municipais, no âmbito dos processos de reconversão de AUGI, ter-se-á pretendido tornar mais célere o procedimento de embargo, permitindo-se que o mesmo fosse realizado imediatamente com o conhecimento pelos fiscais municipais da situação que justifica o embargo.

Não se duvida da extrema importância de evitar novas construções clandestinas, no decurso do processo de reconversão. No entanto, as razões de interesse público que determinam aquele embargo são, afinal, as mesmas que estão na base do acto de embargo de qualquer outra obra realizada com inobservância do regime aprovado pelo Decreto-Lei nº 445/91.

E, a ser assim, não se entende a alteração do regime de competência, convolando-se funcionários dos serviços municipais em verdadeiros órgãos do município, titulares de uma importante competência ao nível municipal e cujo exercício é susceptível de pôr em causa dire itos dos particulares.

É que, não obstante se reconhecer a necessidade de um procedimento de embargo célere, não se poderá perder de vista que, a tratar-se efectivamente de uma obra ilegal, a mesma sempre terá de ser demolida, salvo as situações em que seja legalizável.

Assim, não pode deixar de nos merecer censura a atribuição de competência aos fiscais municipais para embargar obras não licenciadas ou autorizadas, tanto mais

que poderia admitir-se que o fizessem sob reserva de ratificação pelo Presidente da Câmara Municipal.

Relativamente a alterações do regime material, promovidas pela Lei nº 91/95, face ao regime do licenciamento de operações de loteamento definido pelo Decreto-Lei nº 448/91, verifica-se que se sujeitam os loteamentos com vista à reconversão de AUGI a normas menos exigentes do que as que são aplicáveis aos loteamentos urbanos e ao licenciamento de obras em geral.

Neste sentido, podem referir-se várias normas:

- as áreas de terreno destinadas a espaços verdes e de utilização colectiva, infra-estruturas viárias e equipamentos podem ser inferiores às que resultam da aplicação dos parâmetros definidos pelo regime jurídico dos loteamentos (cfr. art. 6º, nº 1);
- as condições mínimas de habitabilidade são as definidas na Portaria nº 234/84, de 17 de Abril, e os afastamentos mínimos referidos no art. 73º do RGEU reduzidos a metade, com o mínimo de 1,5 m ao limite de qualquer lote contíguo (art. 46º);
- a assembleia municipal pode aprovar no respectivo regulamento valores especiais para as taxas decorrentes da operação de reconversão (art. 49º);
- o Estado e os municípios podem comparticipar na realização das obras de urbanização (art. 56º).

A supra referida possibilidade de a assembleia municipal estabelecer valores mais baixos para as taxas decorrentes da operação de reconversão, assim como a faculdade do Estado e das autarquias comparticiparem nas despesas a realizar com as obras de urbanização, pode determinar que os encargos inerentes à reconversão dos loteamentos clandestinos sejam menores do que aqueles que decorrem de um loteamento devidamente licenciado.

O exercício das referidas faculdades pode implicar, assim, uma violação do princípio da igualdade, traduzindo-se num benefício injustificado dos particulares que não cumpriram os trâmites legais previstos para o licenciamento de operações de loteamento.

Contudo, atendendo que as entidades públicas envolvidas têm responsabilidades na manutenção e crescimento das situações ilegais em causa, assim como aos interesses públicos que lhes cabe prosseguir, melhor se compreende o esforço financeiro

que possa, eventualmente, ser exigido às autarquias e ao Estado.

Desta forma, a possibilidade de comparticipação pública nas despesas de reconversão significa uma afectação de receitas públicas com vista à prossecução das atribuições do Estado e das autarquias, em matéria de ordenamento do território, ambiente e habitação.

Já não se acompanha o legislador no que respeita à possibilidade de serem fixadas taxas municipais devidas pela operação de reconversão de valor mais reduzido do que o das taxas previstas para o licenciamento de operações de loteamento e obras de urbanização ou obras de construção, propugnando-se o afastamento desta regra geral em sede de revisão da Lei nº 91/95.

Aquela redução do montante das taxas a liquidar e cobrar determina uma correspondente redução das receitas municipais, sem que se possa garantir que o benefício assim concedido aos particulares seja pelos mesmos utilizado para a reconversão da área de génese ilegal, o que leva a crer que a desigualdade criada relativamente aos loteamentos e construções licenciadas representa uma verdadeira discriminação, proibida pelo disposto no art. 13º, nº 2, da Constituição da República Portuguesa.

Considera-se que, nesta sede, em vez da actual redução de taxas, seria antes de ponderar a consagração e regulamentação de algumas soluções contidas no Decreto-Lei nº 804/76, de 6 de Novembro, para as situações de carência económica e em que esteja em causa o direito à habitação, nomeadamente o pagamento faseado das comparticipações e a concessão de empréstimos, com taxas semelhantes às do crédito à habitação.

Contudo, a manter-se a possibilidade de redução das taxas municipais devidas pela operação de reconversão, será de evitar que a mesma propicie o enriquecimento dos que dela beneficiem, aquando da venda do imóvel, pelo que será de prever a obrigatoriedade do reembolso do valor remanescente, no caso de o imóvel ser alienado num dado período de tempo subsequente ao registo do lote em favor do proprietário.

De todo o modo, mesmo quanto aos benefícios que se possam considerar justificados, haverá que rodear a sua concessão de especiais cautelas.

Isto porque, na sequência da operação de reconversão e da legalização das construções é possível a individualização e registo dos lotes e das construções (art. 54º do Código de Registo Predial) e, a partir desse momento, nada obsta à venda dos lotes assim constituídos.

A colocação no mercado desses bens pode, porém, constituir uma forma de concorrência imperfeita (pela prática de preços mais baixo do que os correntes) ou, caso

não se notem repercussões no preço, consubstanciar um ganho indevido por parte do alienante que beneficiou das comparticipações municipais nas despesas com as obras de infra-estruturas.

Nesta sede seria de ponderar a introdução de mecanismos legais que minorassem as eventuais desigualdades resultantes dos benefícios previstos para as operações de reconversão de loteamentos clandestinos, de cuja bondade, porém, não se duvida.

Estes benefícios podem, em certos casos, e como já foi dito, mostrar-se essenciais à viabilização das operações de reconversão e justificam-se quer pelos interesses públicos em presença, quer pelas situações de carência dos agregados familiares associadas, tantas vezes, às áreas de construção clandestina. No entanto, não se pode perder de vista que as finalidades prosseguidas através da concessão dos benefícios podem ser desvirtuados com a colocação no mercado dos bens imobiliários em causa.

Assim, entre os mecanismos de correcção a introduzir, podemos contar com o instituto jurídico da preferência legal em favor da Administração, já prevista na Lei dos Solos, quanto às alienações onerosas de terrenos ou edifícios, para as áreas de expansão, desenvolvimento ou renovação de aglomerados urbanos (cfr. artigos 27º e 28º), bem como com o estabelecimento de uma condição resolutiva na atribuição de benefícios. Esta condição deveria ser sujeita a registo predial e traduzir-se-ia no ónus de não alienação dos terrenos ou edifícios por um certo período de tempo, salvo reembolso das quantias correspondentes aos benefícios atribuídos ao respectivo proprietário pelo Estado ou pelo município. Igual desiderato poderia ser alcançado pela tributação de mais valias.

8. Divisão de Coisa Comum e Registo

O processo de reconversão, quer seja baseado em alvará de loteamento ou em plano de pormenor de reconversão, tem por finalidade a divisão dos prédios integrados nas áreas urbanas de génese ilegal.

Quanto à divisão dos prédios em compropriedade, a Lei nº 91/95, mantendo a possibilidade de a mesma ser realizada por escritura pública ou por decisão judicial (a qual poderá ser obtida nos termos gerais dos artigos 1052º, 1053º e 1059º do Código de Processo Civil, com as alterações a esse regime previstas nos artigos 40º a 44º da Lei nº 91/95), prevê que a divisão da coisa comum possa ser obtida por "*acordo de uso*".

Com esta nova modalidade de divisão por acordo de uso, pretende o legislador

tornar mais fácil e célere o processo de divisão de coisa comum, sempre que o plano de pormenor de reconversão ou o alvará de loteamento correspondam, na sua essência, à realidade actual dos prédios, o que deverá constar, expressamente, do título de reconversão.

Nas situações em que se verifique o citado pressuposto, pode a assembleia de proprietários e comproprietários, convocada para o efeito, nos termos do art. 11º da Lei nº 91/95, aprovar o projecto de acordo de divisão da coisa comum, por maioria absoluta do total de votos da assembleia (cfr. art. 12º, nº 2, do mesmo diploma), sendo a respectiva acta lavrada por instrumento público.

Nestes casos, para efeitos de registo de aquisição dos lotes, a Lei exige, tão só, a apresentação do título de reconversão (que declare que o projecto corresponde na essência à realidade actual), da acta da assembleia que aprovou o projecto de divisão por acordo de uso e de documento comprovativo da entrega do título de reconversão na repartição de finanças (art. 39º).

Como atrás se referiu, a possibilidade de a divisão de coisa comum não carecer do acordo de todos os interessados, podendo ser aprovada por maioria, mesmo que qualificada, afasta-se do regime civilístico, o qual, na falta de consenso, sempre exige e garante o recurso à via judicial.

A deliberação de divisão tomada em assembleia, todos vinculando, é susceptível de lesar interesses dignos de tutela. Assim sendo, os propósitos do legislador na criação de um procedimento célere acarretam, do mesmo passo, a preterição das garantias de que se deve rodear todo o processo conducente à definição do direito de propriedade, como é o caso.

Nem se diga que as deliberações da assembleia podem ser judicialmente impugnadas, porquanto a decisão judicial não poderá afastar, sem mais, a aplicação da regra legal cuja bondade se contesta.

Pelo que fica exposto, restará concluir pela inadequação do procedimento previsto na Lei quanto à divisão de coisa comum por acordo de uso, parecendo aconselhável que a divisão de coisa comum se faça, apenas, nos termos do direito civil, mediante acordo de todos os interessados ou por recurso à via judicial.

Mas o regime relativo à divisão de coisa comum suscita, ainda, outra ordem de críticas, desta feita, relativamente ao sistema de votação e à forma de apuramento do número de votos necessários à maioria absoluta requerida para aprovação do projecto de acordo de divisão de coisa comum.

Com efeito, não têm assento na assembleia os proprietários ou comproprietários cujo direito esteja inscrito na conservatória de registo predial competente, quando lhes não pertençam as construções, devidamente participadas na matriz, ou quando tenha existido contrato-promessa de compra e venda de parcelas, com tradição da coisa.

Nessa situação, os votos que assistiriam aos titulares do direito do propriedade inscritos passam a caber aos que ocupam, efectivamente, o solo ou as construções, e são estes que têm assento na assembleia (art. 9º, nº 2, e art. 13º, nº 3, da Lei nº 91/95).

No entanto, quanto à aprovação do projecto de acordo de divisão de coisa comum, os membros da assembleia que não sejam proprietários ou comproprietários, isto é, os possuidores das parcelas prometidas vender ou das construções inscritas na matriz, não têm direito de voto (artigos 13º, nº 3, 9º, nº 2 e 10º, nº 2, alínea e), da Lei nº 91/95). Assim, e na medida em que, como vimos, os proprietários ou comproprietários destas parcelas de terreno não têm assento na assembleia, decorre da estrita aplicação da Lei, que o acordo de divisão de coisa comum é feito sem o consentimento, quer de uns, quer de outros.

Se é certo que os lotes a constituir já estão definidos no alvará de loteamento ou no plano de pormenor de reconversão, a verdade, porém, é que é pelo acordo de divisão de coisa comum que se define a titularidade do direito de propriedade sobre cada um destes lotes.

Reveste-se de alguma gravidade o regime de divisão agora em análise, não se mostrando acautelados os interesses e direitos que assistem a todos aqueles que, não obstante participarem no processo de reconversão, não votam o destino dos lotes constituídos.

Aliás, mostra-se difícil a conciliação da regra prevista no art. 9º, nº 2, a qual confere assento e voto aos donos das construções inscritas na matriz e promitentes compradores das parcelas de que tenha havido tradição, com preterição dos titulares do direito de propriedade ou compropriedade inscritos na conservatória do registo predial, considerando aqueles verdadeiros interessados na reconversão urbanística, com a regra que exclui os mesmos da votação do projecto de acordo de divisão de coisa comum (art. 13º, nº 3).

Em última análise, o que fica exposto indicia que os possuidores que não sejam comproprietários, não obstante estarem envolvidos no processo de reconversão, não terão direito, no final, a que o registo do direito de propriedade dos lotes seja feito a

seu favor.

Este entendimento teria, ainda, apoio no disposto no art. 3º, nºs 1 e 3, da Lei nº 91/95, no qual se estabelece que o dever de reconversão, incluindo o dever de pagamento das comparticipações é dos proprietários e comproprietários, não se referindo aos possuidores das parcelas e construções.

E se o legislador terá sido prudente em não interferir na definição dos direitos de propriedade e compropriedade, deixando aos interessados essa mesma definição, caso a caso, não deixa de parecer incongruente o afastamento dos titulares dos direitos em causa e dos possuidores da sede por excelência de decisão das matérias em que são directamente interessados - a assembleia de proprietários e comproprietários.

As mesmas razões que levaram o legislador a reconhecer legitimidade aos donos das construções inscritas na matriz e promitentes compradores das parcelas de que tenha havido tradição, com preterição dos titulares do direito de propriedade ou compropriedade inscritos na conservatória do registo predial, deverão determinar a audição dos mesmos quanto ao acordo de divisão de coisa comum, com vista ao posterior registo a seu favor da aquisição da propriedade dos lotes.

Com efeito, só faz sentido envolver os possuidores no processo de reconversão se admitirmos que os mesmos assumem, para todos os efeitos, a posição do titular inscrito, quer beneficiando do registo do lote a seu favor, quer cumprindo os deveres de reconversão (conformação do prédio com o título de reconversão e pagamento das respectivas comparticipações nas despesas de reconversão).

No entanto, parece só ser de admitir esta substituição na posição do titular inscrito, sobretudo para efeitos de registo, quando se comprove o pagamento do preço acordado com o titular inscrito ou com quem deste adquiriu ou, na falta de documento comprovativo deste facto, quando se verifiquem os requisitos da acessão industrial imobiliária, presumindo-se a boa fé do possuidor (nomeadamente quanto aos donos das construções inscritas na matriz) ou por força do preenchimento dos requisitos da usucapião de imóveis, presumindo-se, igualmente, uma posse de boa fé.

9. Legalização de Construções

Concluído o processo de parcelamento do prédio ou prédios abrangidos pela área urbana de génese ilegal, podem ser apresentados pedidos de licenciamento das obras a realizar, cabendo aos titulares do direito de propriedade ou aos titulares do rendimento de construção inscrita na matriz promover a legalização das construções a

manter.

Cumpre referir que, em certas situações, se admite que o licenciamento de obras possa preceder até a entrada em vigor do título de reconversão, desde que o requerente invoque e prove a necessidade urgente de construção para habitação própria e permanente e quando o projecto de construção esteja aprovado, o auto de vistoria conclua que pode haver divisão por acordo de uso e estejam satisfeitas, integralmente, as comparticipações devidas.

A legalização das construções a manter deve ser solicitada pelo interessado, à câmara municipal, apresentando, desde logo, o projecto de arquitectura e os projectos das especialidades. A câmara municipal, que deve promover imediatamente a consulta das entidades que se tenham que pronunciar sobre os projectos das especialidades, deve decidir o pedido no prazo de trinta dias, seguindo o procedimento, nos demais aspectos e com as necessárias alterações, o regime definido pelo Decreto-Lei nº 445/91, de 20 de Novembro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 250/94, de 15 de Outubro (art. 50º da Lei nº 91/95).

O citado procedimento é, ainda, observado para o licenciamento de obras de alteração das construções existentes, sempre que as mesmas sejam necessárias à conformação com o alvará de loteamento ou plano de pormenor de reconversão (art. 50º, nº 6).

Já no respeitante às obras de demolição total das construções que hajam sido determinadas pelo título de reconversão, prevê o art. 53º a dispensa do licenciamento municipal.

Recorde-se que a decisão quanto às construções a manter, alterar ou demolir consta já do título de reconversão e que a mesma, além de outros preceitos, tem por base a observância ou inconformidade com os requisitos mínimos de habitabilidade a que se refere o art. 46º, nº 1, ou com as normas constantes de regulamento municipal, aprovado, a título excepcional, pela assembleia municipal, sob proposta da respectiva câmara.

V. Das conclusões alcançadas

a) De acordo com o que ficou exposto, a evolução legislativa no domínio da reconversão e legalização das áreas de construção clandestina foi no sentido da substituição de um regime jurídico que atribuía a iniciativa e direcção

do processo às câmaras municipais, colocando a cargo destas o esforço financeiro inicial, indispensável à realização das obras de infra-estruturas necessárias, por um regime no qual incumbe ou pode incumbir aos interessados a realização de todas as operações tendentes ao mesmo fim.

b) Esta alteração não será alheia ao facto de, já na vigência do regime anterior, se ter assistido, a uma situação em que, dadas as omissões das entidades públicas competentes, recaía sobre os interessados particulares o ónus de reconverter a área de construção clandestina.

c) No entanto, se a orientação do Decreto-Lei nº 804/76, no sentido de fazer depender o processo de reconversão da actuação e de financiamento inicial pelas entidades públicas, terá sido demasiado ambiciosa, a tendência em sentido inverso da Lei nº 91/95, ao permitir que as câmaras municipais optem por deixar a resolução do problema nas mãos dos particulares, também merece os maiores reparos.

d) Desde logo, o actual regime, sobretudo quando não estabelece a intervenção obrigatória das câmaras municipais nos processos de reconversão, não teve em devida conta os problemas suscitados nas experiências de reconversão anteriores, as mais das vezes relacionados com a falta de consenso entre os interessados quanto à direcção e gestão do processo de reconversão.

e) Acresce que os relevantes interesses públicos inerentes ao reordenamento das extensas áreas de génese ilegal, à infra-estruturação das mesmas e à reposição da legalidade urbanística no local, não podem deixar de ser prosseguidos pelas entidades administrativas com atribuições nestes domínios.

f) Ao longo deste estudo, foram suscitadas diversas questões atinentes à aplicação da Lei e às próprias soluções nela consagradas, tendo sido oportunamente formuladas críticas e sugestões que agora se retomam.

g) As mesmas apontam para a necessidade de uma revisão legislativa quanto ao regime de reconversão das áreas urbanas de génese ilegal, na medida em que se aceite este contributo para a análise e ponderação das situações que motivaram os pedidos de intervenção do Provedor de Justiça.

h) Contudo, nem todos os problemas podem ser resolvidos ou minorados por via da consagração legal de novas soluções. Tem-se aqui em vista as queixas relativas ao funcionamento das comissões ou associações de proprietários, comproprietários ou moradores das áreas clandestinas.

i) Quanto aos problemas invocados, parece de distinguir os casos em que se mostre indiciada a prática de ilícitos criminais de outras situações que não revistam a mesma gravidade.

j) Assim, quanto aos factos invocados nas reclamações apresentadas na Provedoria de Justiça, que assumam relevância jurídico-criminal, concretamente a alegada cobrança de juros usurários, será de ponderar a remessa dos elementos facultados pelos reclamantes, ao Ministério Público, para efeitos de investigação, se tal for decidido por aquela entidade.

k) Quanto aos demais factos imputados à actividade das associações e comissões de proprietários, os mesmos foram considerados na fundamentação das propostas que a seguir se enunciam. Parece, no entanto, que a resolução caso a caso dos problemas suscitados não pode ser realizada mediante os meios que se encontram ao dispor deste Órgão do Estado, envolvendo a averiguação de actos ou omissões de particulares, ocorridos num lapso temporal muito dilatado, cuja prova para efeitos de uma tomada de posição tem que ser deixada aos Tribunais.

l) Tudo visto, parece dever centrar-se a solicitada intervenção do Provedor de Justiça na ponderação de soluções legislativas que possam obviar aos inconvenientes decorrentes da aplicação da Lei nº 91/95, de 2 de Setembro, e que permitam, do mesmo passo, dar resposta aos problemas associados aos processos de reconversão urbanística, que não obstante se arrastarem desde há muito, não terão, ainda, encontrado bom termo.

m) Com efeito, atento, por um lado, os interesses públicos envolvidos na reconversão de áreas urbanas de génese ilegal e as atribuições das autarquias locais em matéria de ordenamento do território, de gestão urbanística e de promoção ambiental, assim como as responsabilidades que lhes possa caber na manutenção das situações em causa, e considerando, por outro lado, as dificuldades de gestão do processo de reconversão e os meios técnicos necessários para o efeito, não parece ser de admitir que a reconversão se desenvolva por iniciativa e sob a gestão dos particulares interessados.

n) Desta forma, revela-se desejável que o processo de reconversão se desenvolva sempre sob a égide das Câmaras Municipais, com base num plano de pormenor de reconversão, elaborado e aprovado pelos órgãos autárquicos,

a quem caberia, também, a direcção das obras de urbanização e o cálculo e cobrança das despesas de reconversão, a cargo dos interessados.

o) No que concerne, especificamente, à execução e gestão das obras de urbanização e às operações de liquidação e cobrança das comparticipações, poderá ponderar-se a criação de empresas municipais, vocacionadas para o efeito, considerando as vantagens trazidas pelo modelo de gestão empresarial na aplicação dos vultuosos investimentos exigidos pelo empreendimento de reconversão.

p) E porque, exactamente, a reconversão de uma área urbana de génese ilegal exige um grande esforço financeiro, quer para os particulares, quer para os municípios, sugere-se que a par da possibilidade do desenvolvimento do processo de reconversão mesmo antes de se mostrarem integralmente pagas as quantias devidas pelos interessados, acompanhada da prestação de garantias adequadas, se pondere a criação de formas de apoio financeiro a conceder, quer pelo Estado, quer pelos municípios.

q) Importará, ainda, a Lei defina os titulares do dever de reconversão, na medida em que, além dos proprietários dos terrenos, surgem inúmeras outras situações jurídicas - proprietários dos edifícios, possuidores dos terrenos e construções -, consolidadas no tempo ou baseadas em negócios jurídicos que não determinaram nem podiam determinar a transmissão da propriedade, em virtude, nomeadamente, da inexistência de licença de loteamento.

r) Tendo em conta a heterogeneidade da situação económica destes interessados, deverá acautelar-se, nas situações de maior carência e quando esteja em causa o direito à habitação, a possibilidade de pagamento em prestações das comparticipações ou de recurso ao regime do crédito bonificado à habitação.

s) Nos benefícios a conceder não se poderá, porém, perder de vista a necessária observância do princípio da igualdade, pelo que não parece de aceitar a possibilidade de redução das taxas municipais devidas. Mais se deverá considerar, a este propósito, a introdução de justos mecanismos de correcção, que obstem à possibilidade de colocação dos bens objecto de reconversão no mercado, em condições mais vantajosas do que as proporcionadas aos loteadores que hajam cumprido as exigências do regime jurídico do licenciamento das operações de loteamento.

t) Quando o processo de reconversão exige a demolição de construções existentes, deverá ponderar-se também a introdução de medidas que acautelem a situação dos agregados familiares de menores recursos económicos, quando esteja em causa o fundamental direito à habitação.

u) No que se refere às relações estabelecidas entre os interessados particulares e, em concreto, às formas de organização e funcionamento das associações previstas na Lei, as questões suscitadas ao longo deste estudo permitem concluir pela necessidade de alteração das regras de composição e de maiorias de deliberação dos órgãos da designada Administração Conjunta.

v) Entre as deliberações relevantes que possam ser tomadas, não se deve descurar o carácter fundamental da deliberação de divisão da coisa comum, por acordo de uso. A regra de maioria parece inaceitável, o mesmo se concluindo quanto à exclusão, pura e simples, de alguns dos interessados no processo de reconversão, cuja posição não se mostra acautelada pela Lei vigente.

Pelas razões expostas, nos termos desenvolvidos ao longo deste trabalho, propõe-se a revisão do actual regime jurídico de reconversão urbanística das áreas urbanas de génese ilegal, o que se submete à consideração superior.

As Assessoras
Cristina Sousa Machado
Rosália Russo

VI. Recomendações

(Art. 29º, nº 1, alínea b), da Lei nº 9/91, de 9 de Abril)

Senhor Presidente da Assembleia da República,
Excelência

Atentos os problemas decorrentes da modalidade de reconversão urbanística de iniciativa dos particulares, com prejuízo não apenas dos interesses dos cidadãos, mas

também dos interesses públicos envolvidos, e não podendo deixar de notar que a Lei nº 91/95, de 2 de Setembro, quando possibilita o recurso a esta modalidade de reconversão, acaba por adoptar um modelo que vinha indevidamente seguido na prática, não obstante serem conhecidas as suas limitações, entendo dever

Recomendar

à Assembleia da República a alteração das regras contidas na citada Lei, com vista a:
1ª Admitir-se apenas a modalidade de reconversão por iniciativa municipal, com a necessária supressão do actual regime de reconversão da iniciativa dos particulares, sem prejuízo, contudo, do princípio geral de que o dever de reconversão recai sobre os interessados particulares.

Importa clarificar que o referido dever de reconversão incumbe, não apenas aos proprietários e comproprietários dos terrenos, mas também aos possuidores dos terrenos e construções, nas situações em que estes se substituem ao titular inscrito na assembleia de proprietários e comproprietários , pelo que

Recomendo

2ª A introdução nos artigos 3º, nº 1 e 9º, nº 2, da Lei nº 91/95, de 2 de Setembro de uma referência expressa aos possuidores de terrenos e construções que se substituem aos titulares inscritos no cumprimento dos deveres de reconversão.

Quanto ao cumprimento do dever de reconversão, e em sede de aperfeiçoamento das regras que regulam as relações entre os sujeitos sobre os quais os mesmos deveres impendem, mais se

Recomenda

3ª A supressão da norma contida no art. 3º, nº 4, que confere aos actuais titulares do direito de propriedade sobre os prédios o direito de exigir, aos anteriores proprietários, o pagamento das comparticipações nas despesas de reconversão que sobre estes recaísse, até ao momento da transmissão.

A modalidade de reconversão de uma área urbana de génese ilegal que se preconiza baseia-se sempre num plano de pormenor de reconversão, elaborado e aprovado pelos competentes órgãos autárquicos, assegurando-se, nos termos gerais, a participa-

ção dos interessados.

Na medida em que é exigido pelo art. 18º, nº 1, alínea b), *ex vi* art. 31º, nº 2, alínea a), e art. 26º, nº 4, *ex vi* art. 31º, nº 2, alínea b), da Lei 91/95, de 2 de Setembro, que o conteúdo deste plano de pormenor contenha as "*soluções previstas para garantir as expectativas dos interessados*",

Recomendo

4ª Que se densifique a norma em causa, por apelo à justa, equitativa e proporcionada repartição de benefícios e encargos entre os interessados, no âmbito do reordenamento e correcção dos lotes e da disciplina da sua capacidade edificatória, e da localização das infra-estruturas, dos equipamentos e espaços de utilização colectiva para efeitos das cedências.

Elaborado e aprovado o plano de pormenor, entendo não dever ser deixada aos particulares a incumbência da reconversão urbanística da área abrangida pelo plano, até pela observação das inúmeras dificuldades que foram dadas a conhecer a este Órgão do Estado,

Recomendando, em conformidade:

5ª A atribuição aos municípios da responsabilidade pela direcção e execução das obras de urbanização e pelo cálculo e cobrança das despesas de reconversão

Quanto à execução das obras de urbanização,

Recomendo

6ª Que a Lei preveja que a deliberação que aprove o plano de reconversão determine, do mesmo passo, a posse administrativa dos terrenos indispensáveis à execução das obras.

Considerando que a modalidade de reconversão que se propugna, de iniciativa municipal com execução das obras de urbanização, implica a afectação de um vasto conjunto de meios técnicos, humanos e financeiros, que se poderá reflectir negativamente no exercício das demais competências municipais, e tendo em atenção que se impõe garantir a eficácia da actuação municipal no domínio da reconversão da AUGI e

a afectação das receitas provenientes do pagamento de comparticipações ao fim de reconversão de uma dada área,

Recomendo

a criação de estruturas próprias destinadas à prossecução desta atribuição municipal:

7ª Como sejam empresas municipais cujo objecto social se traduza na execução das obras de urbanização previstas no plano de pormenor da AUGI e cobrança das comparticipações devidas pelos interessados;

8ª E como seja o apoio do Estado e da sua administração indirecta, ponderando-se a criação de um instituto público vocacionado para o efeito ou a ampliação das atribuições do Instituto Nacional da Habitação.

A actuação das empresas municipais no domínio da gestão e execução das obras de urbanização e da cobrança das comparticipações devidas não exime, porém, os órgãos autárquicos do exercício dos poderes de fiscalização e repressão das actividades que comprometam a regular execução do plano de pormenor. No entanto, quanto a este aspecto, em concreto, devo

Recomendar

9ª A supressão das normas que atribuem a competência de embargo das obras não licenciadas ou autorizadas aos fiscais municipais (art. 52º) ou, pelo menos, a previsão da necessidade de ratificação-confirmativa pelo órgão competente.

São também razões que se prendem com a necessidade de imprimir eficácia ao processo de reconversão urbanística que me levam a

Recomendar

10ª A alteração das regras que fazem depender a aprovação do plano de pormenor e o início das obras de urbanização de se mostrar assegurado o pagamento integral das comparticipações pelos interessados, admitindo-se o desenvolvimento do processo de reconversão sem que esteja realizado o pagamento prévio integral das quantias devidas pelos particulares, acompanhada, porém

11ª Da consagração legal de soluções que acautelem o pagamento pelos particulares das quantias em dívida, através do estabelecimento de hipoteca legal a favor do município, sobre os lotes a constituir e sobre as construções existentes , e

12ª Da previsão de instrumentos de apoio financeiro aos municípios para fazer face ao investimento inicial exigido pelo empreendimento (v.g. financiamento estatal, na forma de crédito bonificado ao município).

Sem prejuízo da manutenção da possibilidade, prevista na Lei nº 91/95, de 2 de Setembro, no seu art. 56º, de comparticipação nas despesas de reconversão, pelo Estado ou pelo município, considero necessário:

13ª A introdução de regras que façam depender a ajuda financeira de relevantes motivos de interesse público, como o direito à habitação e ao ambiente.

Na presença de situações de carência económica, devidamente comprovada, e quando as construções se destinem à habitação dos agregados familiares, julga--se justificada a concessão de facilidades àqueles que se encontrem nessa situação, pelo que

Recomendo

14ª A introdução da modalidade de pagamento em prestações das quantias devidas a título de reconversão, bem como

15ª A previsão legal da possibilidade de concessão de empréstimos, pela Administração aos particulares, com vista ao pagamento integral daquelas quantias, em condições semelhantes às do regime geral do crédito à habitação.

Em matéria de benefícios a atribuir, não se poderá, todavia, deixar de ponderar os imperativos decorrentes da aplicação do princípio da igualdade, nomeadamente quanto àqueles que procedem à realização de obras de urbanização devidamente autorizadas, logo,

Recomendo

16ª A supressão da possibilidade de redução das taxas municipais devidas em consequência da operação de reconversão, a menos que seja previsto que, caso o imóvel seja alienado, nos cinco anos seguintes ao registo do lote em favor do proprietário, haja lugar ao pagamento do valor remanescente (i.e. a diferença entre a quantia cobrada e a quantia correspondente ao valor actualizado da taxa).

Nos casos em que sejam concedidos benefícios pela Administração Pública, há que prever mecanismos de correcção, pelo que se

Recomenda

17ª A instituição de um regime de preferência legal em favor da Administração, nas alienações onerosas entre particulares, dos imóveis integrados na área urbana de génese ilegal reconvertida;

18ª Bem como o estabelecimento de uma condição resolutiva sujeita a registo predial, que se traduza no estabelecimento de um ónus de não alienação dos terrenos ou edifícios por um certo período de tempo, salvo reembolso das quantias correspondentes aos benefícios atribuídos ao respectivo proprietário pelo Estado ou pelo município.

Noutro plano e quando haja lugar à demolição de construções existentes, quer no âmbito de um processo de reconversão, quer nas situações em que a mesma não seja possível, o apoio do Estado e dos municípios deverá traduzir-se na salvaguarda do direito à habitação dos agregados familiares mais carenciados. São preocupações de ordem social que me levam a

Recomendar

19ª O reconhecimento do direito ao realojamento, quando se trate de agregados familiares de menores recursos económicos e sempre que haja lugar à demolição de construções destinadas à sua habitação.

Parece de manter o regime da Administração Conjunta da área urbana de génese ilegal, como forma de assegurar o exercício dos direitos procedimentais que assistem aos cidadãos interessados na reconversão. Contudo,

Recomendo

20ª Que as funções cometidas aos particulares se restrinjam ao acompanhamento da elaboração e execução do plano e à informação e divulgação das operações de reconversão.

Será de ponderar, ainda, a alteração de algumas regras de composição e funcionamento dos órgãos da Administração Conjunta (assembleia de proprietários e comproprietários e comissão de administração), com vista a evitar situações de manifesta injustiça e desigualdade nas relações entre os interessados particulares. Assim,

Recomendo

21ª Que não seja ser negado o direito de voto, na assembleia de proprietários e comproprietários, ao loteador ilegal quando este revestir, também, a qualidade de possuidor de parcelas ou construções existentes na área de construção clandestina;

22ª Que se proceda à alteração das regras relativas à nomeação e destituição da comissão de administração, estabelecendo idêntica maioria de votos para ambas as deliberações;

23ª) Que seja modificado o regime de divisão de coisa comum, por acordo de uso, afastando-se a possibilidade de deliberação por maioria e exigindo-se a unanimidade, à semelhança do regime civilístico da divisão de coisa em compropriedade, sendo certo que, na ausência de consenso, sempre será possível o recurso à via judicial.

24ª Que também seja atribuído aos donos das construções inscritas na matriz e promitentes compradores das parcelas de que tenha havido tradição, o direito de audição e de voto quanto ao acordo de divisão de coisa comum;

25ª Que mais seja consagrada a possibilidade de registo predial da propriedade dos lotes, a favor dos donos das construções inscritas na matriz e promitentes compradores das parcelas de que tenha havido tradição, quando estes comprovem o pagamento do preço acordado com o titular inscrito ou com quem deste adquiriu ou quando se verifiquem os requisitos da acessão industrial imobiliária ou da usucapião, presumindo-se, nestas hipóteses, a boa fé do possuidor.

Com a publicação da Lei n.º 165/99, de 14 de Setembro, julga-se poder dar-se por acatada a Recomendação formulada, conquanto alguns aspectos essenciais tenham ficado sem reprodução no novo texto legislativo.

Assim, pese embora se mantenha a reconversão urbanística por iniciativa dos particulares, quando se recomendava a supressão desta modalidade e a integral municipalização dos processos, verifica-se que foram introduzidos factores que permitem obviar a muitos inconvenientes da reconversão por iniciativa particular.

Desde logo, é mantida e simplificada a reconversão por iniciativa municipal, pois é acrescentada a possibilidade de operações municipais de loteamento à possibilidade trazida do anterior regime de essa reconversão ser feita através de plano de pormenor. As relações destes planos com outros instrumentos de planeamento territorial mostram-se mais claras e traduzem um reconhecimento pragmático pelo legislador da realidade existente, habilitando os municípios a derrogarem outros planos municipais para a boa prossecução dos processos de AUGI (áreas urbanas de génese ilegal).

Quanto à reconversão por iniciativa particular foram encontradas algumas soluções que reflectem as preocupações com o arrastamento dos processos, não raras vezes devidas a conflitos insanáveis entre os interessados. Verifica-se com o novo diploma a consagração de mecanismos de fiscalização (v.g. comissão de fiscalização integrada obrigatoriamente por um técnico de contas), de meios de garantia da transparência financeira e contabilística e ainda de meios mais claros e adequados para composição de litígios emergentes das relações entre os interessados, em especial, no que toca à divisão da coisa comum, direitos de informação e publicitação dos actos (v.g. adaptação do regime dos actos sujeitos a registo predial).

Subsiste a regra da maioria para deliberação sobre a divisão da coisa comum por acordo de uso, ao invés do

recomendado (unanimidade). Todavia, as garantias de impugnação judicial ora previstas significam um reforço da posição dos interessados minoritários, o que não pode deixar de ser visto como positivo. Em especial, é de atender à adaptação de algumas disposições de processo civil à realidade das AUGI.

Para além do exposto, importa sublinhar que a nova Lei acata as Recomendações formuladas nos seguintes pontos:

a) abolição das taxas de juro de mora superiores à taxa legal e proibição expressa da estipulação de cláusulas penais, indo mesmo mais longe ao determinar-se a reversão das quantias pagas por taxas de juros anteriormente cobradas e ao fixar-se a consignação das receitas arrecadadas por juros de mora, o que vai ao encontro de uma preocupação intensa e claramente manifestada no estudo que precedeu as Recomendações formuladas; refira-se, de resto, que este ponto constituiu a motivação principal da instrução do presente processo;

b) previsão do realojamento de agregados familiares de escassos recursos económicos com residência permanente em AUGI que venham a ser demolidas, tendo em atenção especiais cuidados na comprovação das situações de carência;

c) previsão da participação da Administração central nos processos de realojamento de moradores, já que a nova Lei incumbiu o Instituto Nacional de Habitação com um papel activo neste domínio; se é certo que se recomendava uma maior extensão da intervenção estadual, nomeadamente no acompanhamento e financiamento de reconversões municipais, não menos certo se mostra que este ponto é um facto novo e corresponde às preocupações de ordem social que ocuparam lugar de destaque no estudo e nas recomendações formuladas;

d) previsão de meios de apoio financeiro às despesas dos particulares com a reconversão (v.g. crédito bonificado e vantagens fiscais em sede de IRS); este ponto mostra o acolhimento, sem reservas, de um segmento importante das recomendações dirigidas à Assembleia da República;

e) reformulação das regras de procedimento administrativo específico da reconversão municipal de AUGI, nomeadamente, quanto à garantia da execução das infra-estruturas, pois dispõe a nova Lei, ao encontro do que foi recomendado, que aprovação do plano de pormenor não depende do pagamento antecipado das comparticipações pelos interessados, passando a estabelecer-se uma garantia real para assegurar o cumprimento; note-se que quer a alteração substantiva da regra, quer a nova modalidade de garantia traduzem o integral acatamento do recomendado; anteriormente, os interessados, ao pagarem antecipadamente, viam-se forçados a um encargo pesado sem a certeza da aprovação municipal do plano onde se fixavam esses mesmos encargos;

Alguns aspectos de menor importância não foram, porém, acolhidos, sem prejuízo de se considerar que a Lei n.º 165/99 reflecte uma ponderação adequada das imperfeições mais significativas do regime pretérito. A título exemplificativo, não se mostram acatadas as recomendações em que se propunha:

a) fixar uma condição resolutiva de inalienabilidade aos titulares de direitos como contrapartida de apoios públicos;

b) conceder tratamento favorável aos promitentes-compradores de lotes ilegais que tenham já cumprido as suas obrigações, estabelecendo uma presunção de boa-fé sobre a posse que mantenham para o efeito de prova, quando for caso disso de título constitutivo por usucapião ou por acessão imobiliária;

c) excluir o poder de determinar o embargo de construções por parte de funcionários municipais, concentrando, como na Lei geral, esse poder no presidente da câmara municipal ou seu delegado.

2.1.2. Resumos de processos anotados

R-1558/94

Assunto: Direitos Fundamentais. Igualdade. Discriminação Étnica.
Objecto: Buscas domiciliárias determinadas por razões étnicas.
Decisão: O processo foi arquivado, após chamada de atenção das entidades visadas.
Síntese:

1. Um cidadão queixou-se de que foi alvo de uma busca domiciliária pelo facto de ser cigano e que tal lhe causou grandes transtornos pessoais e profissionais, tendo em conta que vive numa cidade de província, onde uma actuação policial deste tipo implica, inevitavelmente, um sério atentado à reputação e ao bom nome.

2. No decurso da instrução do processo verificou-se que a busca teve por base um relatório elaborado pelo destacamento local da GNR no qual se pode ler o seguinte:

"Ultimamente conclui-se que, na generalidade, os ciganos se afastaram do nomadismo e das actividades tradicionais para se dedicarem, alguns, a ocupações duvidosas ou de índole ilícita (...).

No interior e na periferia da cidade de ... têm-se fixado várias famílias de etnia cigana que sendo sedentárias, praticam migrações pontuais e/ou sazonais, induzidas pelas relações de parentesco, rituais festivos e religiosos e pelo desenvolvimento da sua actividade de feirantes e vendedores ambulantes.

Sendo um grupo pertencente a uma minoria étnica, nómada desde a sua origem com dialecto, rituais, usos, costumes e normas próprias, está fechado sobre si, poder-se-á afirmar que as famílias residentes nos locais em cima referidos vivem em condições sub-humanas e de promiscuidade, situação de instabilidade que gera o sentimento de marginalização, surgindo assim problemas de delinquência."

3. Em face do documento transcrito foram emitidos pela entidade judiciárias competente mandados de busca domiciliária relativamente aos membros da comunidade cigana da cidade, independentemente do seu modo de vida e antecedentes criminais.

Mais precisamente, foram realizadas buscas em habitações degradadas na periferia e, simultaneamente, em casas de habitação e estabelecimentos comerciais situados no centro da cidade. Ou seja, para além do cunho claramente discriminatório e xenófobo do relatório citado, conclui o Provedor de Justiça estar na presença de um juízo de suspeição baseado, exclusivamente, na ideia preconcebida de que os ciganos, pelo seu modus vivendi, são potenciais delinquentes. Para tal conclusão contribuiu o facto de o processo judicial respectivo, que correu termos nos serviços do Ministério Público da comarca, ter sido arquivado, pouco tempo depois da realização das buscas, relativamente a todos os arguidos, dada a inexistência de indícios da prática de qualquer crime.

4. Sendo a acção descrita terminantemente proibida pelo princípio da igualdade e pelos demais princípios norteadores de um Estado de direito democrático baseado no pluralismo e na garantia da efectivação dos direitos e liberdades fundamentais, o Provedor de Justiça sugeriu ao Comandante-Geral da G.N.R., a adopção das medidas adequadas a prevenir este tipo de situações e deu conhecimento do assunto ao Conselho Superior da Magistratura e ao Conselho Superior do Ministério Público. O primeiro dos Conselhos, embora partilhando idêntica posição, não deixaria de objectar que o assunto diz respeito a matéria da reserva dos tribunais.

P-3/95

Assunto: Ambiente. Alvará de Licença Sanitária. Actividades Insalubres, Incómodas e Tóxicas. Procedimento Administrativo. Direito de Participação. Prevenção de Dano Ambiental. Medidas de Polícia.

Objecto: Reforma do regime de licenciamento sanitário dos estabelecimentos e actividades insalubres, incómodas, tóxicas e perigosas, contido nas Instruções aprovadas pela Portaria nº 6065, de 30 de Março de 1929.

Decisão: Formulação de recomendação ao Secretário de Estado da Administração Local e do Ordenamento do Território que conclui pela necessidade de adopção de medidas legislativas destinadas a reformular o procedimento administrativo do licenciamento sanitário: (I) preservando o sistema da participação procedimental prévia, da fiscalização sucessiva em face das exigências higio-sanitárias aplicáveis; (II) a actualização da tabela das actividades e estabelecimentos insalubres, incómodos e perigosos; e, (III) a ar-

ticulação deste regime com o do licenciamento municipal de obras particulares e com o Regulamento Geral sobre o Ruído.

Síntese:

1. Apreciada a intenção do Governo em rever ou abolir o licenciamento sanitário, concluiu-se após análise dos regimes jurídicos urbanísticos, ambientais e de ordenamento do território pela necessidade da manutenção e aperfeiçoamento do regime do licenciamento sanitário, porquanto: **I)** as Instruções aprovadas pela Portaria nº 6065, de 30 de Março de 1929, constituem o único controlo administrativo preventivo de muitas actividades reconhecidamente perturbadoras do ambiente e qualidade de vida dos moradores mais próximos do local onde são instaladas, ao que acresce mostrar-se este regime potencialmente adequado ao controlo prévio da instalação e funcionamento de actividades reconhecidamente poluentes e que escapam, actualmente, a qualquer forma de intervenção administrativa reguladora; **II)** este regime contém, além do mais, uma garantia interessante e precursora, para o seu tempo, de participação dos administrados, em termos que se revelam mais aptos que os dispositivos comuns do Código do Procedimento Administrativo (CPA); **III)** o licenciamento da utilização das edificações urbanas e suas fracções não permite se não verificar a conformidade dos projectos de arquitectura aprovados com as obras executadas, e por outro lado, inexiste qualquer tipologia legal ou regulamentar das utilizações compatíveis com a proximidade de habitações; **IV)** os instrumentos de planeamento territorial, salvo raríssimas excepções, mostram-se omissos quanto à disciplina da localização de actividades insalubres, incómodas e perigosas; **V)** mesmo o Regulamento Geral sobre o Ruído (RGR), embora aponte para necessidade de a localização de actividades ruidosas ter em conta a proximidade de edifícios habitacionais, deixa perder este sentido preventivo ao remeter a qualificação de uma actividade como ruidosa para momento posterior ao do início da laboração; **VI)** a aplicação do regime do licenciamento da actividade industrial depende de uma tipologia taxativa de actividades, pelo que o sistema de controlo e fiscalização por ele instituído não pode ser aplicado a actividades análogas quando não contempladas no elenco regulamentar; **VII)** os procedimentos sectoriais de autorização e licenciamento de actividades com incidência no ambiente urbano, por seu turno, obedecem a finalidades que só reflexamente convergem com as preocupações de ordem sanitária e ecológica para com os moradores mais próximos; **VIII)** as autoridades de saúde viram confinada a sua intervenção, no campo das obras particulares, aquelas que não careçam de licenciamento

municipal, por força do disposto no art. 5º, nº2, do Decreto-Lei nº 250/94, de 15 de Outubro, já que este revogou a norma contida no art. 1º, alínea a), do Decreto-Lei nº 569/76, de 19 de Julho; e, no domínio dos trabalhos de construção sujeitos a licenciamento, aos casos em que se realize vistoria para efeitos de emissão da licença de utilização, o que apenas sucede quando não for apresentada declaração comprovativa da conformidade da obra com o projecto aprovado ou haja indícios de desconformidade (art. 27º do citado regime jurídico do licenciamento municipal de obras particulares); e **IX)** o regime em análise permite fixar condições resolutivas para o exercício das actividades insalubres, incómodas e perigosas, cujo cumprimento a posteriori é fiscalizado por parte dos municípios e das autoridades de saúde, ou seja, e por outras palavras, as Instruções aprovadas pela Portaria nº 6065 instituíram um sistema de controlo continuado das condições sanitárias e ambientais, sistema esse que permite à Administração fixar condições específicas para um certo estabelecimento em virtude das características individuais e concretas da actividade e do local.

2. Concordando com a motivação da recomendação, o Governo entendeu adoptar medidas legislativas com tais objectivos. Assim, foi publicado em 18 de Setembro do ano findo, o Decreto-Lei nº 370, que estabelece o regime de instalação e funcionamento das actividades de comércio e armazenagem de produtos alimentares e de prestação de serviços que envolvam riscos para a segurança e saúde das pessoas.

3. Não tendo sido objecto de publicação a Portaria que procede à identificação dos estabelecimentos e actividades que se encontram sujeitos a este procedimento de licenciamento, foi questionado o Gabinete do Ministro da Economia sobre a pendência de procedimento a tanto destinado.

R-889/95

Assunto: Eleitos Locais. Subsídio de Reintegração. Poder Vinculado. Cumprimento das Obrigações. Boa fé.

Objecto: Insurgia-se o impetrante contra a falta de pagamento do subsídio de reintegração, devido desde a cessação das funções que desempenhou como presidente da câmara municipal.

Decisão: Verificado o não acatamento das Recomendações dirigidas ao Presidente da Câmara Municipal de Cabeceiras de Basto, foi submetida a apreciação do caso vertente à Assembleia Municipal, e posteriormente arquivado o processo por ter vindo o reclamante a obter decisão judicial favorável à sua

pretensão.

Síntese:

1. Veio o reclamante requerer que lhe fosse processado o subsídio de reintegração, previsto no art. 19º do Estatuto dos Eleitos Locais, aprovado pela Lei nº 29/87, de 30 de Junho, por ter exercido, ininterruptamente, o cargo de presidente da câmara municipal de Cabeceiras de Basto, no período compreendido entre 1980 e 1993.

2. Permanecendo inalterada a situação do requerente, não obstante ter sido a Câmara Municipal de Cabeceiras de Basto instada a pronunciar-se quanto aos motivos que obstariam à resolução do assunto foi, em 9 de Janeiro de 1996, formulada Recomendação (nº 2/A/96), no sentido de ser promovido, sem outras delongas, o pagamento das quantias em falta.

3. Embora em resposta à Recomendação tenha vindo a ser reconhecida razão à pretensão exposta, e reiteradamente assumida a obrigação, verificou-se que não tinha sido satisfeito o crédito do reclamante (alegando-se, agora, que tal dependeria de decisão judicial sobre a matéria a proferir no âmbito de processo intentado pelo impetrante) pelo que foi dirigida àquela entidade nova Recomendação (nº 45/A/99, de 27 de Maio de 1999).

4. Verificado o não acatamento desta Recomendação, foram os factos em apreço comunicados à Assembleia Municipal, no uso da faculdade conferida pelo art. 29º, nº 5, da Lei nº 9/91, de 9 de Abril.

5. Em acção judicial entretanto intentada pelo impetrante contra o Município de Cabeceiras de Basto, e que correu termos no Tribunal Administrativo do Círculo do Porto, veio a ser obtida sentença favorável à pretensão daquele, e no sentido que sempre havia sido defendido pelo Provedor de Justiça, já que ali se condena o Município a pagar, ao autor, subsídio de reintegração, acrescido de juros moratórios (bem como se condena, pessoalmente, o Presidente da Câmara Municipal no pagamento da taxa de justiça e procuradoria).

Por entender que esta decisão judicial constituía título suficiente para acautelar os interesses do impetrante, foi determinado o arquivamento do processo.

R-1721/96

Assunto: Instalação de Oficina Pirotécnica em Zona Habitacional. Definição de Zona

de Segurança. Perigo. Segurança e Saúde Pública.

Objecto: Oficina de pirotecnia localizada em Vilarinhos, S. Brás de Alportel, nas imediações de habitações, e de dois caminhos municipais de circulação rodoviária.

Decisão: Sua Excelência o Ministro Adjunto e da Administração Interna determinou o cancelamento do alvará de licença de instalação do estabelecimento de fabrico e armazenagem de produtos explosivos, ao abrigo do disposto no art. 31º, nº1, al. f), do Regulamento sobre o Licenciamento dos Estabelecimentos de Fabrico e Armazenagem de Produtos Explosivos, aprovado pelo Decreto-Lei nº 376/84 de 30 de Novembro.

Síntese:

1. Apresentada queixa sobre a instalação de uma oficina de pirotecnia localizada em Vilarinhos, S. Brás de Alportel, nas imediações de habitações e de dois caminhos municipais de circulação rodoviária, o Provedor de Justiça concluiu, no termo da instrução desencadeada junto das autoridades administrativa e policial, pela verificação das circunstâncias que determinam a caducidade da licença de instalação do estabelecimento, designadamente a existência de perigo para a segurança ou a saúde públicas e a insusceptibilidade da sua remoção (art. 31º, nº 1, al. f), do Regulamento sobre o Licenciamento dos Estabelecimentos de Fabrico e Armazenagem de Produtos Explosivos, aprovado pelo Decreto-Lei nº 376/84 de 30 de Novembro).

2. Em consonância, entendeu-se formular ao Senhor Comandante-Geral da Polícia de Segurança Pública a Recomendação nº 54/A/98, de 3 de Agosto de 1998, preconizando a adopção de procedimentos em vista à caducidade da licença e apreensão do alvará.

Pronunciou-se o respectivo destinatário em 26/1/1999, em sentido concordante com o acatamento, informando ter sido promovida audiência dos interessados e, subsequentemente, submetida proposta a Sua Excelência o Ministro Adjunto e da Administração Interna, tendo em vista o cancelamento do alvará.

3. Em 1/4/1999 sobreveio nova informação dando conta de ter sido declarada a caducidade da licença, pelo que, provida a queixa formulada, o processo mereceu despacho de arquivamento.

R-1926/96

Assunto: Direitos Fundamentais. Direitos de Autor.

Objecto: Utilização de projecto fora do âmbito do concurso público onde fora apresentado sem autorização dos respectivos autores.

Decisão: Formulada recomendação no sentido de que a empresa responsável pelo concurso público indemnizasse os reclamantes pelos danos que a utilização não autorizada da sua obra lhes causara, a mesma não foi acatada.

Síntese:

1. Apurou-se que o estudo prévio apresentado pelos reclamantes no Concurso Público Internacional para a elaboração do projecto de Plano de Pormenor da nova Aldeia da Luz fora excluído por prever uma solução que preservava a actual Aldeia da Luz através da construção de diques.

2. Essa exclusão não sofreu contestação, mas o júri do concurso apontou publicamente o interesse e novidade da solução em causa, o que levou a empresa responsável pelo concurso a proceder a estudos complementares para averiguar da sua viabilidade.

3. Estes estudos técnicos decorreram à margem dos autores do projecto, que, entendendo lesados os seus direitos de autor, decidiram interpor providência cautelar para impedir a empresa de continuar a utilizar o estudo prévio fora do âmbito do concurso, no que obtiveram êxito.

4. O Provedor de Justiça apreciou o conteúdo dos estudos de exequibilidade técnica e viabilidade económica encomendados pela empresa e concluiu que tinha havido efectiva utilização, não autorizada, do estudo prévio em causa, em violação do previsto pelo art. 67º, nº 1, do Código do Direito de Autor e Direitos Conexos.

5. Considerando o Provedor de Justiça que a empresa incorrera em responsabilidade civil extracontratual por facto ilícito, formulou Recomendação para que a mesma indemnizasse os reclamantes pelos danos que a utilização não autorizada da sua obra lhes causara. Contudo, a Recomendação não foi acolhida pela empresa em causa.

R-1117/97

Assunto: Licenças de Porta Aberta. Estatuto dos Governadores Civis (Decreto-Lei nº 316/95, de 28 de Novembro). Vigência dos Regulamentos Policiais Distritais.

Objecto: Parecer nº 9/96, proferido pelo Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, homologado por despacho de 17/10/1996, publicado no D.R., 2ª série, nº 227 de 29/11/1996.

Decisão: Por despacho de 24/1/1997 de Sua Excelência o Ministro da Administração Interna, foram dadas instruções aos governos civis com vista à suspensão do pagamento das taxas devidas pela emissão de licença de porta aberta.

Síntese:

1. A Associação dos Restaurantes e Similares de Portugal e a Federação da Indústria Hoteleira e Similares de Portugal pediram a intervenção do Provedor de Justiça relativamente à exigibilidade das taxas correspondentes à emissão de licenças de porta aberta pelos governos civis, por não se conformarem com o teor do despacho de Sua Excelência o Ministro da Administração Interna que homologou o parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República.

Requereu Sua Excelência o Ministro da Administração Interna a aclaração do parecer supra, em cujos termos as licenças de porta aberta são reguladas nos artigos 36º e segs. do Decreto-Lei nº 328/86, de 30 de Setembro, sendo que a repristinação do diploma citado, na sequência da recusa de ratificação do Decreto-Lei nº 327/95, de 5 de Dezembro, por Resolução da Assembleia da República nº10/96, de 17 de Fevereiro, terá determinado o regresso ao "sistema das "licenças de porta aberta" nele previsto, da competência dos governadores, com sujeição às taxas devidas pela sua emissão" (cfr. conclusões vertidas nos pontos 3º e 4º da parte IV daquele parecer).

2. Entendeu o Provedor de Justiça, em comunicação de 30/4/1997, expor a Sua Excelência o Ministro da Administração Interna as razões da sua discordância relativamente às conclusões alcançadas pela referida instância consultiva.

As licenças de porta aberta para os estabelecimentos hoteleiros e similares resultam dos regulamentos distritais de polícia, não possuindo habilitação legal no citado Decreto-Lei 328/86, nem de resto, em outro diploma vigente.

O Decreto-Lei nº 328/86, de 30 de Setembro não prevê a licença de porta

aberta, já que apenas contempla uma licença de abertura titulada por alvará a emitir pelos governos civis.

A licença de abertura constitui requisito de início de exploração dos estabelecimentos e não pode ser confundida com a licença de porta aberta ou licença de funcionamento, também prevista nos regulamentos policiais distritais, a qual fixa o respectivo horário de abertura e de encerramento.

Com a entrada em vigor do Decreto-Lei nº 316/95, de 28 de Novembro, ocorreu a revogação das normas dos regulamentos de polícia independentes e das normas de execução que disponham sobre matérias reguladas em anexo ao citado diploma.

A disciplina regulamentar das licenças de porta aberta deve ter-se por revogada, por integrar normas do primeiro conjunto (normas regulamentares independentes), mas ainda que se tratasse de normas regulamentares de execução nunca poderia reconduzir-se ao regime dos empreendimentos turísticos, como, ao invés, considerou o Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República.

A admitir que se tratasse, com efeito, de normas regulamentares de execução teria de reconduzir-se ao regime dos horários de funcionamento dos estabelecimentos abertos ao público (Decreto-Lei nº 417/83, de 25 de Novembro). Se é certo que este diploma previa a possibilidade de os regulamentos policiais disciplinarem esta matéria (art.5º), tal eventualidade perdeu razão de ser com a publicação do Decreto-Lei nº 48/96, de 15 de Maio, cujo regime deixou os governos civis sem qualquer competência.

Apenas do anexo ao Decreto-Lei nº 316/95, se retira uma medida de polícia a exercer pelos governadores civis, qual seja a de reduzir o horário de funcionamento. Trata-se de medida de alcance individual e concreto e tem efeito derrogatório sobre a licença municipal.

3. Verificado terem os governos civis revisto a posição inicialmente assumida sobre a matéria, conformando-se com o despacho de Sua Excelência o Ministro da Administração Interna de 24/1/1997, e ainda por não subsistir, nos termos do regime fixado nos Decretos-Lei nºs. 167/97 e 168/97, ambos de 4 de Julho, a competência de licenciamento outrora cometida aos governos civis em matéria de exploração de estabelecimentos hoteleiros e similares, o Provedor de Justiça determinou o arquivamento do processo por estar ultrapassada a questão que lhe foi suscitada.

R-2958/98

Assunto: Administração Pública. Comparticipação. Concurso Público

Objecto: Não atribuição de subsídio do Estado no âmbito do concurso para apoio financeiro à criação e produção coreográfica de carácter profissional e iniciativa governamental para o ano de 1998.

Decisão: A Senhora Secretária de Estado da Cultura acatou a Recomendação do Provedor de Justiça (nº 72/A/98) para o futuro, mas deixando em aberto a situação concreta reclamada, por referência aos fundamentos constantes da Recomendação, no sentido da impossibilidade de aditamento de critérios novos de selecção das candidaturas a subsídios à actividade artística e da necessidade de aperfeiçoamento da fundamentação expendida, reflectindo a ponderação comparativa das várias candidaturas. Nesses termos, o processo foi arquivado.

Síntese:

1. Na sequência de queixa apresentada por um candidato preterido no concurso para atribuição de subsídios anuais e bianuais às actividades artísticas no domínio da dança, foi solicitado à Secretária de Estado da Cultura o envio de cópia da acta final e decisória do júri de selecção das candidaturas submetidas a concurso, cuja deliberação fora ministerialmente homologada, por forma a conhecerem-se as razões de facto e de direito que baseavam as escolhas feitas.

2. Concluiu-se da instrução do processo, em especial, da apreciação da acta final e decisória do júri do concurso de apoio anual a estruturas de criação e produção coreográfica para o ano de 1998 que: **I)** os critérios de valorização definidos pelo júri na selecção dos candidatos constituíram um acto inovador relativamente ao regulamento do concurso e ao anúncio de abertura; **II)** a sua definição por parte do júri teve lugar em momento posterior ao do conhecimento das candidaturas; **III)** assim, estes critérios mostram-se em desconformidade com os princípios da igualdade, da imparcialidade e da estabilidade das regras do concurso. Por outro lado, pode observar-se, que **IV)** a fundamentação é obscura e insuficiente, porquanto não faculta aos órgãos de controlo externo, nem sequer aos administrados, conhecer os motivos que justificam as escolhas do júri, **V)** já que não revelam de modo claro e exaustivo as razões que levaram a excluir

algumas candidaturas, **VI)** nem os critérios de afectação dos recursos financeiros disponíveis às estruturas contempladas com subsídios, pelo que foi recomendada a revogação, por motivo de invalidade, do acto de homologação da deliberação do júri.

3. Em resposta, a Secretária de Estado da Cultura informou ter sido remetida a Recomendação ao Instituto Português das Artes do Espectáculo, a fim de ser tida em referência para a correcção dos concursos abertos posteriormente e com menção específica aos membros do júri da necessidade de adequação da sua actividade ao respectivo teor, sendo arquivado o processo aberto na Provedoria de Justiça.

P-2/99

Assunto: Nacionalidade Portuguesa. Requisitos. Rendimento Mínimo.

Objecto: Aplicação de critério estabelecido em Nota Interna (nº 81/91) para verificação do requisito da capacidade para assegurar a subsistência, para concessão da nacionalidade portuguesa por naturalização, baseado em prova fiscal do pagamento de impostos directos superiores a três salários mínimos nacionais, o que corresponde ao auferimento de um salário mensal largamente superior ao do salário mínimo nacional.

Decisão: O Serviço de Estrangeiros e Fronteiras veio dar conta da revogação da Nota Interna que continha aquelas instruções, pelo que foi determinado o arquivamento do processo.

Síntese:

1. Tendo resultado da instrução de vários processos abertos na Provedoria de Justiça, a verificação de uma prática administrativa, em matéria de verificação dos requisitos para concessão de nacionalidade portuguesa, que se encontra alicerçada em instruções constantes da Nota Interna nº 81/91, facultada pelo Gabinete de Sua Excelência o Secretário de Estado Adjunto do Ministro da Administração Interna, a coberto do ofício nº 3750, de 22 de Outubro de 1997, nos termos das quais para efeito da verificação do requisito capacidade para assegurar a subsistência, é exigida a prova fiscal de o requerente apresentar documento comprovativo do pagamento de impostos directos superiores a três salários mínimos nacionais, o que corresponde ao auferimento de um salário mensal muito superior ao do ordenado mínimo nacional, foi determinada a abertura de um processo por iniciativa do Provedor de Justiça, porquanto se mostrava

afrontado o princípio da igualdade.

2. Questionado o Serviço de Estrangeiros e Fronteiras sobre a eventual manutenção da aplicação das instruções e orientações contidas no despacho divulgado pela citada Nota Interna nº 81/91, veio a ser prestada informação sobre a revisão dos critérios enunciados, exigindo-se apenas o auferimento do ordenado mínimo nacional por parte dos requerentes da nacionalidade portuguesa por naturalização.

3. Deste modo, considerou-se superada a situação em análise, revelando-se o acolhimento em sede geral de orientação já expendida pelo Provedor de Justiça em recomendação dirigida a caso concreto (Processo R-279/93), a qual fora acatada, sendo arquivado o processo.

2.2.

Assuntos financeiros; economia e emprego; direitos dos consumidores

2.2.1. Recomendações

À
Exmª Senhora
Presidente da Câmara Municipal de Sintra

R-4836/96
Rec. n.º 1/A/99
1999.01.14

I
Dos Factos

1. Apresentou o Senhor… neste órgão do Estado queixa contra a Câmara Municipal de Sintra, em virtude de acidente de viação ocorrido na noite de 29 para 30 de Maio de 1996, cerca das 24H00, na Rua ..., Cacém.

2. O reclamante circulava na citada via, no sentido Sul-Norte, quando, pretendendo afastar-se de um buraco existente no centro da via, embateu num buraco existente junto à berma direita, no seu sentido de marcha, de que resultaram danos no veículo que conduzia, marca ..., matrícula ...

3. Os referidos danos foram avaliados em Esc.: 39.887$00 (trinta e nove mil oitocentos e oitenta e sete escudos), resultantes da reparação de dois pneus (substituição de lonas rebentadas), e consequente calibragem de rodas e alinhamento de direcção.

4. Alega o reclamante que o acidente supra descrito se deveu a culpa exclusiva da Câmara Municipal de Sintra, por omissão do dever de reparação e de sinalização do buraco em que caiu - já que aquele de que se desviou, ainda que não reparado, se encontrava sinalizado.

5. Comunicada a pretensão do reclamante à Câmara, veio a mesma, reafirmando a posição anteriormente exposta ao reclamante, alegar o seguinte:

a) "em fase de instrução, e de acordo com as declarações prestadas pelo declarante, foi por ele salientado que se havia apercebido da existência de uma

caixa de esgoto sem tampa, assinalada de forma bem visível", no centro da via;

b) "Pelo que, tendo-se encostado à direita da referida via, veio a cair numa sarjeta.";
c) o reclamante agiu com culpa, pois não soube regular a velocidade da sua viatura "de modo a executar calculadamente a manobra, cuja necessidade era de prever, perante a situação com que se deparou, desviando-se então precipitadamente sobre a sarjeta sem tampa, à data, na qual caiu.";
d) se, nos termos do art. 24º e 131º do Código da Estrada, "o trânsito deve fazer-se pelo lado direito da faixa de rodagem e o mais próximo possível das bermas e passeios", todavia, "devem conservar destes uma distância que permita evitar acidentes";
e) finalmente, não se provam as causas pelas quais a sarjeta se encontrava destapada, "se devido a actos de vandalismo, se de terceiros que negligentemente aí passaram".

II
Do Direito

6. Inexiste controvérsia sobre a verificação do facto danoso, o montante dos prejuízos, e a relação de causalidade adequada entre o facto e os danos alegados, versando a presente questão apenas sobre matéria de direito - a existência de ilícito culposo.

7. A responsabilidade civil extracontratual das autarquias locais encontra-se regulada no art. 90º do Decreto-Lei nº 100/84, de 29 de Março (LAL), normativo lacunar que deve ser necessariamente integrado pelas normas sobre responsabilidade civil constantes do Decreto-Lei nº 48051, de 21 de Novembro de 1967, e do Código Civil (CC), atento o carácter unitário do instituto da responsabilidade dos poderes públicos (art. 22º da Constituição).

8. A Câmara Municipal alega a conduta culposa do lesado, que demonstrou imperícia na execução da manobra e desatenção à via, não mantendo da berma uma distância que permitisse evitar os acidentes - comportamento contrário ao disposto no Código da Estrada, arts. 13º, nº1, e 24º.

9. Ora, o acidente teve como causa próxima a necessidade de desvio de um obstáculo no meio da estrada, pelo que não pode colher o argumento segundo o qual o

lesado não guardou da berma a distância necessária a evitar acidentes; se tal não sucedeu, deveu-se exactamente ao facto de existir um buraco não tapado no centro da via.

E se não necessita demonstração que um obstáculo no centro da via implica necessariamente um desvio para a direita da faixa de rodagem, também não é razoavelmente previsível a existência de sarjetas sem tampa. Não é por isso minimamente razoável pretender transferir para o lesado a responsabilidade por danos que decorrem, objectivamente, da violação de deveres legais de conservação e sinalização que impendem sobre a Câmara.

10. O acidente ocorreu num arruamento do Cacém, sito em área integrada no domínio público municipal do município de Sintra, ao qual compete deliberar sobre tudo o que interessa à segurança e comodidade do trânsito nas ruas e demais lugares públicos, promovendo todas as acções necessárias à administração corrente do património municipal e à sua conservação (arts. 2º, nº 1, e 51º, nº4, al. d), da LAL, e arts. 1º e 2º da Lei nº 2110, de 19 de Agosto de 1961).

11. Os locais das vias municipais que possam oferecer perigo para o trânsito, ou onde este deva ser feito com especial precaução, devem ser assinalados com placas com os sinais fixados na legislação em vigor (Ac. STA de 25/7/85, in AD, 289, p. 30), por forma a permitir aos utentes da via "tomar as precauções necessárias para evitar acidentes" (arts. 5º e 6º do Código da Estrada, aprovado pelo Decreto-Lei nº114/94, de 3 de Maio - CE -, 2º e 13º do Decreto-Lei nº190/94, de 18 de Julho, e 2º do Decreto Regulamentar nº 33/88, de 12 de Setembro).

12. Sendo certo que o ilícito se pode traduzir numa abstenção ou omissão, quando exista a obrigação de praticar o acto (art. 486º CC), existe facto ilícito (abstenção de agir) quando se infrinjam as normas legais e regulamentares e os princípios gerais aplicáveis e ainda as regras de ordem técnica e de prudência comum que devam ser observadas (art.6º do Decreto-Lei nº 48051), devendo a culpa dos titulares dos órgãos e agentes ser apreciada em abstracto, considerada a diligência exigível a um funcionário típico (art. 487º do CC, por remissão do art. 4º do Decreto-Lei nº 48051).

13. Assim, era justamente à Câmara Municipal de Sintra "(...) que incumbia o encargo ou dever especial de vigiar a eficiência das medidas preventivas dos acidentes no local, nomeadamente o dever de aí colocar obstáculos inamovíveis ou dificilmente manipuláveis e remíveis em ordem a garantir a segurança dos transeuntes e veículos" (Ac. STA de 19/11/91, AD, 364, p.485).

E não só tinha a Câmara o dever de colocar esses obstáculos, como ainda de os sinalizar, por forma bem visível, a uma distância que permitisse evitar qualquer acidente (artigo 5º, do CE, e art. 2º do Decreto Regulamentar nº 33/88, de 12 de Setembro) - o que não fez.

14. Pelo exposto, encontra-se suficientemente comprovada a existência de facto ilícito omissivo imputável à Câmara Municipal de Sintra.

15. É jurisprudência pacífica e corrente nos tribunais do contencioso administrativo que a indefinição das fronteiras entre os conceitos de culpa e ilicitude neste domínio (v. definição de ilícito contida no art. 6º do Decreto-Lei nº 48051) "leva a que, provada a ilicitude, se deva ter como provada também a culpa, salvo se o lesante alegar e provar factos que a descaracterizam" (Ac. do STA de 18/5/93, in Acórdãos Doutrinais do STA, nº 390, p. 629, e Acs. aí citados).

Assim, considerando-se culposa a conduta comissiva ou omissiva, que não corresponde à que é esperada e exigível de um funcionário zeloso e cumpridor (vd Ac. STA de 20/10/87, BMJ, 370, p. 392, e AD, 374, p. 129), competiria à Câmara Municipal de Sintra provar factos reveladores de que inexiste a sua culpa, ou de que os danos se produziriam independentemente dessa culpa.

Ora, verificada a omissão do cumprimento dos seus deveres funcionais, sem a alegação e prova de factos justificativos, por "provada deve ter-se a culpa da Câmara lesante" (Ac. STA de 18/5/93, cit., p. 634).

16. Dada como verificada a omissão de deveres legais funcionais, sem que a Câmara Municipal de Sintra alegue e prove justificação, e considerando-se igualmente provada a sua culpa no facto de que resultaram, como consequência adequada, os danos sofridos pelo reclamante, encontram-se preenchidos os requisitos da sua responsabilidade civil extracontratual.

III
Conclusões

Pelos fundamentos expostos, Senhora Presidente da Câmara Municipal de Sintra, ao abrigo do disposto no art. 20º, nº1, al. a), da Lei nº 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

que assuma a Câmara Municipal de Sintra a responsabilidade pela verificação do acidente em causa, indemnizando o lesado dos prejuízos sofridos em consequência do

mesmo.

Recomendação acatada

Ao
Exmº Senhor
Presidente da Câmara Municipal de Setúbal

R-1923/97
Rec. n.º 2/A/99
1999.01.14

I
Dos Factos

1. Apresentou o Senhor… neste órgão do Estado queixa contra a Câmara Municipal de Setúbal, em virtude de danos sofridos na sua viatura automóvel ..... matrícula ..... ocorrido no dia 29 de Janeiro de 1996 pelas 21H00 na Rua ....., em Setúbal.

2. O reclamante alega que circulava com o seu veículo na citada via quando embateu com o "chassis" num buraco existente no pavimento, no seu sentido de marcha, mal coberto com "areia amarela".

3. Do embate resultaram danos avaliados em Esc.: 183.890$00 (cento e oitenta e três mil oitocentos e noventa escudos).

4. Alega ainda o reclamante que o acidente supra descrito se deveu a culpa exclusiva da Câmara Municipal de Setúbal, por omissão do dever de reparação e de sinalização do referido "buraco".

5. O reclamante formulou a sua pretensão de indemnização à autarquia, juntando elementos de prova documental e testemunhal, e solicitando uma peritagem, ao que o município respondeu:

a) "constatou-se não existir qualquer buraco no pavimento indicado como sendo o do local do acidente";
b) "das diligências instrutórias levadas a efeito confirmou-se que a depressão referida na carta de V.Exa. sempre esteve tapada com toutvenant pelo que, estando tapada, não se poderá considerar existir qualquer buraco, e sendo assim, não haveria necessidade de colocar sinalização";

c) "concluindo, entendemos que a depressão em causa, porque devidamente tapada, não foi a causa dos prejuízos alegados por V.Exa., e nessa medida, não existe responsabilidade civil extracontratual por parte da Autarquia".

6. Inquirida a Câmara Municipal de Setúbal por esta Provedoria sobre a pretensão do reclamante, foi reiterada, no essencial, a argumentação referida no número anterior, afirmando-se ter inexistido qualquer audição das testemunhas ou peritagem de danos, sendo certo que esta última apenas é feita "quando da instrução do processo resulte a existência de responsabilidade civil".

7. De acordo com os elementos que me foram transmitidos por V.Exa., o parecer jurídico denegador da pretensão do munícipe baseou-se nas seguintes informações do encarregado de serviços de Obras Municipais:

a) "tenho conhecimento que existia o referido buraco na Avenida ...., e que na altura estava tapado com toutvenant (...), até que as condições climatéricas permitiram o tapamento com o betuminoso";

b) "que nessa artéria o trânsito é contínuo, incluindo as carreiras urbanas, que ninguém se queixou que o buraco prejudicou grandemente qualquer veículo";

c) "nestas situações os buracos são sinalizados mas acontece que, muitas vezes, por actos estranhos à CMS os sinais são retirados aparecendo destruídos nas artérias mais próximas".

II
Do Direito

8. A responsabilidade civil extracontratual das autarquias locais encontra-se regulada no art. 90º do Decreto-Lei nº 100/84, de 29 de Março (LAL), normativo lacunar que deve ser necessariamente integrado pelas normas sobre responsabilidade civil constantes do Decreto-Lei nº 48051, de 21 de Novembro de 1967, e do Código Civil (CC), atento o carácter unitário do instituto da responsabilidade dos poderes públicos (art. 22º da Constituição).

9. O acidente ocorreu num arruamento de Setúbal, sito em área integrada no domínio público municipal do município de Setúbal, ao qual compete deliberar sobre tudo o que interessa à segurança e comodidade do trânsito nas ruas e demais lugares públicos, promovendo todas as acções necessárias à administração corrente do patrimó-

nio municipal e à sua conservação (arts. 2º, nº 1, e 51º, nº4, al. d), da LAL, e arts. 1º e 2º da Lei nº 2110, de 19 de Agosto de 1961).

10. Dos elementos trazidos ao meu conhecimento afirma-se a existência de um buraco na Rua ..., artéria de bastante tráfego, nomeadamente de transportes públicos, que os serviços municipais, devido à impossibilidade climatérica de arranjo definitivo, tinham temporariamente coberto com uma areia denominada *"toutvenant"*.

11. Os locais das vias municipais que possam oferecer perigo para o trânsito, ou onde este deva ser feito com especial precaução, devem ser assinalados com placas com os sinais fixados na legislação em vigor (Ac. STA de 25/7/85, in AD, 289, p. 30), por forma a permitir aos utentes da via "tomar as precauções necessárias para evitar acidentes" (arts. 5º e 6º do Código da Estrada, aprovado pelo Decreto-Lei nº114/94, de 3 de Maio - CE -, 2º e 13º do Decreto-Lei nº190/94, de 18 de Julho, e 2º do Decreto Regulamentar nº 33/88, de 12 de Setembro).

12. Embora, como afirma o Director do Departamento de Obras da CMS, em tais situações os buracos sejam sinalizados (não obstante os sinais serem por vezes furtados), no caso concreto não se prova que no local existisse a sinalização legalmente exigida.

13. Sendo certo que o ilícito se pode traduzir numa abstenção ou omissão, quando exista a obrigação de praticar o acto (art. 486º CC), existe facto ilícito (abstenção de agir) quando se infrinjam as normas legais e regulamentares e os princípios gerais aplicáveis e ainda as regras de ordem técnica e de prudência comum que devam ser observadas (art. 6º do Decreto-Lei nº 48051), devendo a culpa dos titulares dos órgãos e agentes ser apreciada em abstracto, considerada a diligência exigível a um funcionário típico (art. 487º CC, por remissão do art. 4º do Decreto-Lei nº 48051).

14. À Câmara Municipal de Setúbal incumbe, não só o dever de reparação e conservação das vias municipais, mas também "(...) o encargo ou dever especial de vigiar a eficiência das medidas preventivas dos acidentes no local, nomeadamente o dever de aí colocar obstáculos inamovíveis ou dificilmente manipuláveis e remíveis em ordem a garantir a segurança dos transeuntes e veículos" (Ac. STA de 19/11/91, AD, 364, p.485).

15. E, tendo a Câmara perfeito conhecimento e consciência do perigo que constituem buracos no pavimento, tinha o dever de colocar aqueles obstáculos, e ainda de os sinalizar, por forma bem visível, a uma distância que permitisse evitar qualquer

acidente (art. 5º do CE, e art. 2º do Decreto Regulamentar nº 33/88, de 12 de Setembro) - o que não provou ter feito.

16. Pelo exposto, encontra-se suficientemente comprovada a existência de um facto ilícito omissivo imputável à Câmara Municipal de Setúbal.

17. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo, que vem sendo pacificamente seguida, atenta a noção de ilicitude neste domínio (v. art. 6º do Decreto-Lei nº 48051), a indefinição das fronteiras entre os conceitos de culpa e ilicitude leva "a que, provada a ilicitude, se deva ter como provada também a culpa, salvo se o lesante alegar e provar factos que a descaracterizam" (vd abundante jurisprudência citada no Ac. STA de 18/5/93, in AD, 390, p. 626).

Para afastar esta presunção, competiria à Câmara Municipal provar o cumprimento dos seus deveres legais de vigilância e segurança, nomeadamente colocando obstáculos ou utilizando a sinalização apta a evitar a ocorrência de acidentes no local (Ac. STA. de 19/11/91, AD 364, p. 485).

Verificando-se a omissão do cumprimento dos seus deveres, de que resultaram como consequência adequada os danos sofridos pelo reclamante, e não provando a Câmara factos reveladores da inexistência de culpa, "por provada deve ter-se a culpa da Câmara lesante" (Ac. STA de 18/5/93, cit., p. 634).

18. Verificando-se a omissão de deveres legais funcionais sem que a Câmara Municipal de Setúbal alegue e prove justificação, e considerando-se igualmente provada a sua culpa no facto de que terá resultado, como consequência adequada, o dano sofrido pelo reclamante, encontram-se preenchidos os requisitos da sua responsabilidade civil extracontratual.

III
Conclusões

Pelos fundamentos expostos, Senhor Presidente da Câmara Municipal de Setúbal,

Recomendo

a V.Exa, ao abrigo do disposto no art. 20º, nº1, al. a), da Lei nº 9/91, de 9 de Abril, que assuma a Câmara Municipal a responsabilidade pela verificação do acidente em causa, indemnizando o lesado dos prejuízos sofridos em consequência do mesmo.

Recomendação não acatada

Ao
Exmo Senhor
Presidente da Câmara Municipal de Carrazeda de Ansiães

R-175/96
Rec. n.º 3/A/99
1999.01.14

I
Dos Factos

1. Apresentou o Senhor… neste órgão do Estado queixa contra a Câmara Municipal de Carrazeda de Ansiães, em virtude de acidente de viação ocorrido no dia 3 de Outubro de 1994 na estrada municipal que liga a freguesia de Belver a Fontelonga, do concelho de Carrazeda de Ansiães.

2. O reclamante informa que conduzia a viatura ..., matrícula ..., quando, após uma curva fechada, derrapou numa espessa camada de areia que se encontrava na sua faixa de rodagem, de que resultou a perda de direcção da viatura que conduzia, e o consequente embate frontal num muro, que causou prejuízos cuja reparação foi orçada em Esc. 347.250$00 (trezentos e quarenta e sete mil duzentos e cinquenta escudos).

3. Alega o reclamante que o acidente supra descrito se deveu a culpa exclusiva da Câmara Municipal de Carrazeda de Ansiães, pela manutenção de uma situação objectiva de perigo, decorrente da realização de obras, e pela omissão do dever de sinalização da existência de areia no pavimento.

4. Comunicada a pretensão do Senhor… à Câmara Municipal, veio a mesma, reafirmando a posição anteriormente exposta ao reclamante, alegar que:

a) a camada de "gravilha" que se encontrava no piso deveu-se a "obra que decorreu no período de 21 a 30 de Setembro, consistindo os trabalhos na aplicação de uma camada de betume e regularização da plataforma existente. A camada superficial é de gravilha para se agregar ao betume com o desenrolar do trânsito".

b) "Na data mencionada pelo Senhor…, três de Outubro, já não se procedia a reparações havendo sim, camada de gravilha que obrigava a circular com precaução."

c) Conclui assim que "não se sente responsável por quaisquer danos a pagar, já que, não existindo naquele lugar qualquer curva fechada, só o excesso de

velocidade poderia ter sido a causa do acidente."

5. Resulta do exposto que o essencial da matéria de facto alegada pelo reclamante foi expressamente confessado pela Câmara Municipal, sendo certo que, segundo prova documental junta ao processo, existe uma curva fechada imediatamente antes da recta.

II
Do Direito

6. Encontramo-nos perante um problema de responsabilidade civil extracontratual da Câmara Municipal de Carrazeda de Ansiães por actos de gestão pública, cumprindo averiguar da verificação cumulativa dos respectivos requisitos: facto ilícito, culpa, dano e nexo de causalidade.

Inexiste controvérsia sobre a verificação do facto danoso e dos danos sofridos, bem como sobre a relação de causalidade adequada entre o facto e os danos alegados (arts. 90º do Decreto-Lei nº100/84, de 29 de Março - LAL -, Decreto-Lei nº 48051, de 21 de Novembro de 1967, e arts. 483º e segs. do Código Civil - CC).

7. A controvérsia respeita à existência de ilícito culposo, e não à matéria de facto: o reclamante alega que existia uma camada de areia, ou gravilha, no pavimento por onde circulava, não sinalizada nem visível ou perceptível, o que ocasionou a perda de aderência e direcção do veículo e posterior embate frontal num muro, enquanto que a Câmara Municipal se limitou a alegar a culpa do lesado, porquanto o acidente apenas se poderia ter devido a excesso de velocidade.

8. Afastada me parece estar, liminarmente, a alegação de culpa do condutor: com efeito, aceitando a Câmara Municipal que as suas obras finalizaram dois dias antes da verificação do acidente, que existia uma camada superficial de areia grossa no pavimento, necessária "para se agregar ao betume", que a mesma "é retirada com o desenrolar do trânsito", que existia "camada de gravilha que obrigava a circular com precaução", inexistindo sinalização de perigo, mal se compreende de que factos se retira a ilação de que "só o excesso de velocidade poderia ter sido a causa do acidente". Por outro lado, a Câmara Municipal não apresenta quaisquer provas de que existisse efectivo excesso de velocidade.

Ou seja, o reclamante apresenta e a Câmara Municipal reconhece a existência de elementos que apontam para a responsabilidade exclusiva da autarquia no acidente, sendo certo, por outro lado, que não se demonstram quaisquer elementos no sentido de

existir culpa concorrente - nunca seria exclusiva - do condutor.

9. Ao município compete deliberar sobre todos os assuntos que interessam à segurança e comodidade do trânsito nas suas ruas e demais lugares públicos, promovendo todas as acções necessárias à administração corrente do património municipal e à sua conservação (arts. 2º, nº 1, e 51º, nº4, al. d), da LAL e arts. 1º e 2º da Lei n º 2110, de 19 de Agosto de 1961).

Os locais das vias municipais que possam oferecer perigo para o trânsito, ou onde este se deva fazer com especiais precauções, devem ser assinalados com placas com os sinais fixados na legislação em vigor (Ac. STA de 25/7/85, AD, 289, p. 30), por forma a permitir aos utentes da via "tomar as precauções necessárias para evitar acidentes" (arts. 5º e 6º do Código da Estrada - CE -, 2º e 13º do Decreto-Lei nº 190/94, de 18 de Julho, e 2º do Decreto Regulamentar nº 33/88, de 12 de Setembro).

Por outro lado, à Câmara Municipal incumbe "o dever especial de vigiar a eficiência das medidas preventivas dos acidentes no local, nomeadamente o dever de aí colocar obstáculos inamovíveis ou dificilmente manipuláveis e remíveis, em ordem a garantir a segurança dos transeuntes e veículos" (Ac. STA de 19/11/91, AD, 364, p. 485).

Tinha assim o município o dever de colocar obstáculos prevenindo situações objectivamente perigosas, e de os sinalizar de forma bem visível, a uma distância que permitisse evitar qualquer acidente (arts. 5º do CE, e 2º do Decreto Regulamentar nº 33/88, de 12 de Setembro).

10. Quando exista obrigação de praticar um acto, existe facto ilícito quando se verifica abstenção de agir (art. 486º CC), sendo certo que, no campo que ora nos ocupa, são ilícitas as actuações materiais que infrinjam as normas legais e regulamentares e os princípios legais aplicáveis (art. 6º do Decreto-Lei nº 48051).

É, pois, claro que a Câmara Municipal de Carrazeda de Ansiães praticou um facto ilícito omissivo, ao violar os deveres legais acima referidos.

11. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo, que vem sendo pacificamente seguida, atenta a noção de ilicitude neste domínio (v. art. 6º do Decreto-Lei nº 48051), a indefinição das fronteiras entre os conceitos de culpa e ilicitude leva "a que, provada a ilicitude, se deva ter como provada também a culpa, salvo se o lesante alegar e provar factos que a descaracterizam" (vd abundante jurisprudência citada no Ac. STA de 18/5/93, in AD, 390, p. 626).

Para afastar esta presunção, competiria à Câmara Municipal provar o cumprimento dos seus deveres legais de vigilância e segurança, nomeadamente colocando obstáculos ou utilizando a sinalização apta a evitar a ocorrência de acidentes no local (Ac. STA de 19/11/91, AD 364, p. 485).

Verificando-se a omissão do cumprimento dos seus deveres, de que resultaram como consequência adequada os danos sofridos pelo reclamante, e não provando a Câmara factos reveladores da inexistência de culpa, "por provada deve ter-se a culpa da Câmara lesante" (Ac. STA de 18/5/93, cit., p. 634).

12. Dada como verificada a omissão de deveres legais funcionais pela Câmara Municipal de Carrazeda de Ansiães, sem que se alegue e prove justificação, e considerando-se igualmente provada a sua culpa no facto de que resultaram, como consequência adequada, os danos sofridos pelo reclamante, encontram-se preenchidos os requisitos da sua responsabilidade civil extracontratual.

III
Conclusões

Pelo exposto, ao abrigo do art. 20º, nº1, alínea a), da Lei nº 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

que seja por essa Câmara Municipal atribuída indemnização ao Exmo. Senhor…, com vista a ressarci-lo dos danos materiais sofridos com o acidente.

Situação resolvida por acordo

Ao
Exm.º Senhor
Presidente da Comissão Executiva da Portugal Telecom, SA

R-826/98
Rec. n.º 5/A/99
1999.01.21

Foram recebidas nesta Provedoria, entre Janeiro e Julho de 1998, várias queixas relacionadas com o assunto identificado em epígrafe, de entre as quais se destaca, pelo volume de documentação de suporte que a acompanhava, a que foi apresentada pela Comissão de Utentes contra a Taxa de Activação e os Aumentos nos Telefones, cujos representantes foram por mim recebidos em audiência em 2.06.98.

Criticando de uma forma genérica os traços fundamentais do tarifário aprovado pela Portugal Telecom em 1998, na sequência da Convenção de preços para o sector celebrada entre essa Empresa, a Direcção-Geral do Comércio e da Concorrência e o Instituto das Comunicações de Portugal (para vigorar no triénio 1998-2000), muito embora reconheçam que o mesmo contem alguns aspectos positivos, os reclamantes mostram-se, no entanto, especialmente inconformados com a introdução no preço das chamadas do denominado "custo de activação de chamada" (também conhecido por "taxa de activação" e correspondente ao custo de ligação quando a chamada é atendida pelo destinatário).

A instrução dos processos abertos na Provedoria de Justiça para apreciação deste assunto teve por objectivo não só a análise da questão, sem dúvida fulcral, do custo de activação de chamada, como ainda a apreciação do impacto do novo tarifário junto dos diferentes tipos de clientes do Serviço Fixo de Telefone.

I
Custo de activação de chamada

1. Consideram os queixosos que o "custo de activação de chamada", para além de prejudicar essencialmente os utentes residenciais que efectuam chamadas de curta duração (que são em grande número), se consubstancia na imposição de um consumo mínimo, em violação do disposto no art. 8º da Lei nº 23/96, de 26 de Julho.

2. Tendo em vista reunir elementos suficientes para poder tomar posição sobre esta questão, solicitei, quer a essa Empresa, quer ao Instituto das Comunicações de Portugal (ICP), através de ofícios datados de 6.03.98, os esclarecimentos havidos por convenientes (os esclarecimentos solicitados ao Instituto das Comunicações de Portugal foram idênticos aos solicitados a V. Exa. através dos Pontos 1, 2 e 3 do meu ofício nº 4284, de 6.03.98).

3. As respostas obtidas permitiram concluir pela existência de uma identidade de pontos de vista entre essa Empresa e o ICP no que toca às principais questões colocadas.

4. O custo de activação de chamada não é considerado como imposição e cobrança de um consumo mínimo, por corresponder a um custo real suportado por essa Empresa sempre que uma chamada é efectivamente realizada, ou seja, sempre que é atendida pelo destinatário. A activação encontrará a sua razão de ser, segundo me foi transmitido por V. Exa., através do ofício nº 70524, de 27.04.98, no facto de existirem

custos (suportados pela Portugal Telecom) não relacionados com a duração das comunicações e, portanto, independentes dessa mesma duração.

5. O ICP entendeu mesmo chamar especialmente a atenção para o facto da introdução no preço das chamadas do custo de activação resultar da necessidade de dar cumprimento ao princípio da orientação para os custos, previsto na supra mencionada Convenção de Preços para o período 1998-2000.

6. Essa Empresa, por seu turno, entendeu dever realçar que o custo de activação não tinha de estar especificamente previsto na Convenção, uma vez que esta não é um tarifário, limitando-se a fixar os princípios gerais e os requisitos a que deverá obedecer o sistema de preços do Serviço Fixo de Telefone.

7. Posteriormente, em ofício datado de 27.07.98, veio V. Exa. prestar esclarecimento sobre a diferença existente entre os custos reflectidos pela assinatura mensal, que têm a ver com o facto de um cliente se encontrar acessível ou poder aceder ao serviço fixo telefónico, independentemente de realizar ou não chamadas, e os custos reflectidos pelo preço da activação, que são aqueles que se encontram associados à realização das chamadas.

8. No mesmo ofício de 27.07.98 é feita uma chamada de atenção para as razões de justiça que levaram a Portugal Telecom a optar pela introdução de um preço de activação de chamada. Refere V. Exa. que se trata de um sistema mais justo e orientado para os custos, fazendo relacionar de forma mais correcta os custos das chamadas com a sua duração. É ainda salientado que desta forma se tornou possível reduzir o preço do impulso em cerca de 27%.

9. Um dos principais objectivos da activação da chamada será, segundo V. Exa., não penalizar determinados segmentos de mercado que realizam chamadas de maior duração, sendo as famílias apresentadas como exemplo desses mesmos segmentos.

10. Quanto aos motivos pelos quais foi tomada a opção de introduzir o preço de activação de chamada sem que estivessem reunidas as condições técnicas para a implementação da facturação ao segundo, realçou V. Exª os aspectos relacionados com a justificação económica da activação de chamada, baseada em custos efectivamente suportados (considerando-se o conceito de activação totalmente dissociável da introdução do sistema de facturação ao segundo), bem como o princípio da orientação dos preços para os custos respectivos, consagrado na Convenção de Preços 1998-2000.

11. Por fim, afirma V. Exa. ser intenção dessa Empresa introduzir o sistema de facturação ao segundo durante o corrente ano de 1999, logo que tal se torne tecnicamente possível.

12. Concordo com V. Exª quando afirma que o custo de activação de chamada não consubstancia a imposição e cobrança de um consumo mínimo, para efeitos do disposto no artigo 8º da Lei nº 23/96, de 26 de Julho. Parecem-me também aceitáveis os argumentos avançados no sentido de justificar a desnecessidade de expressa previsão do custo de activação de chamada na Convenção acima mencionada.

13. Subscrevo ainda as conclusões alcançadas quanto à diferente natureza dos custos suportados pela assinatura mensal e pelo preço de activação.

14. Três motivos me levam, porém, a discordar de V. Exª no que diz respeito à bondade da cobrança de activação de chamada:

a) Não creio que o custo de activação de chamada introduza um factor de justiça no sistema.

   Com efeito, não compreendo como se pode considerar justa uma medida que penaliza de forma nítida o grande número de clientes do Serviço Fixo de Telefone que realiza predominantemente chamadas locais de curta duração - segundo números fornecidos pela própria Portugal Telecom, do total de chamadas locais realizadas em Março de 1998, por clientes residenciais, em período normal, 66,9% foram de duração não superior a 180 segundos. Ora, são precisamente essas chamadas aquelas em que o encargo acrescido resultante do preço de activação se repercute com maior intensidade.

   Nesse sentido, aliás, aponta o relatório da Comissão Parlamentar de Administração do Território, Poder Local, Equipamento Social e Ambiente, no qual se afirma que o impulso de activação "penaliza claramente todas as chamadas de curta duração" e ainda que "o efeito mais negativo se verificará nas chamadas locais de um só impulso, cujo custo global aumenta efectivamente em 47,4% o seu preço, e também que, quem faz habitualmente chamadas longas, e em grande quantidade, beneficiará do efeito positivo, tão mais visível quanto maior for a duração dessas chamadas".

b) Não me parece de forma alguma evidente que as chamadas de longa duração sejam essencial e predominantemente imputáveis às famílias.

   Se é certo que algumas famílias efectuam, habitualmente, chamadas de

longa duração, muitas outras não o farão por regra. Tanto assim é, que os dados numéricos fornecidos pela Portugal Telecom em nenhum ponto revelam que os segmentos de mercado que mais realizam tal tipo de chamadas sejam segmentos maioritários. Pelo contrário, o que resulta evidente é o elevado número de chamadas de curta duração (i.e., de duração não superior a 3 minutos) efectuadas pelos vários tipos de assinantes - v., por ex., quadros anexos aos v/ ofícios nºs 70524 e 75063, de 27.04.1998 e 27.07.1998, respectivamente.

c) Saliento que a Convenção de Preços, como a Portugal Telecom e o ICP têm vindo a frisar, não faz qualquer referência ao custo de activação de chamada, quando, no seu ponto 2.3., o poderia ter feito, ao indicar os meios de prossecução dos princípios por que se rege o sistema de preços, designadamente o princípio da orientação para os custos.

Atente-se, a este respeito, no teor do supra citado ponto 2.3. da Convenção:

"Para assegurar a prossecução dos princípios previstos nos números anteriores [orientação para os custos, não discriminação e transparência], a PT obriga-se a:

a) Manter um sistema de contabilidade analítica que permita a determinação dos custos associados a cada serviço, e, dentro de um serviço, os custos associados a cada forma de prestação.

b) Publicitar adequadamente os tarifários em vigor, as condições de aplicação dos mesmos, bem como as situações previstas na Subsecção II da Secção II do Capítulo II."

Parece-me lícito, pois, concluir que o custo de activação de chamada e o princípio da orientação para os custos constituem realidades perfeitamente dissociáveis, sendo indubitavelmente possível respeitar este princípio sem recorrer à imposição daquele custo.

Assim sendo, e porque já se constatou ser a activação de chamada um dos principais motivos de agravamento dos encargos a suportar pelos utentes do Serviço Fixo de Telefone, não se vislumbram motivos para a sua manutenção, pelo menos enquanto os seus efeitos negativos não puderem ser atenuados pela introdução da facturação ao segundo.

É, aliás, constatável uma evidente incoerência na decisão de introduzir um sistema de cobrança do custo de activação de chamada que não seja acompanhado pela facturação ao segundo, uma vez que, na minha óptica, a orientação para os custos deve-

rá ser assumida em toda a sua plenitude, e não apenas parcialmente, numa vertente que serve os interesses da Portugal Telecom (cobrança do preço de activação), ficando em suspenso a aplicação de um mecanismo (a facturação ao segundo) que, imputando a cada utente o custo exacto daquilo que ele efectivamente consumiu, contribui de igual forma para a prossecução do princípio da orientação para os custos, com a vantagem de, na perspectiva do utente, compensar o acréscimo de encargos resultante da cobrança do preço de activação de chamada.

A respeito da facturação ao segundo, não posso deixar de manifestar alguma preocupação relativamente às informações recentemente veiculadas pela comunicação social, segundo as quais a Portugal Telecom, embora se tenha comprometido a introduzir a mencionada facturação a partir do segundo semestre do corrente ano, encontrar-se-á ainda a ponderar a possibilidade de o novo sistema de contagem ter início após 30 segundos de conversação ou apenas após 60 segundos de duração de chamada.

A meu ver, quanto menor for o período a partir do qual tem início a facturação ao segundo, maior será o rigor colocado no apuramento do custo efectivo de cada comunicação.

Imputar a uma chamada com duração de 15 segundos, por exemplo, o mesmo custo que é imputado a uma chamada de 59 segundos, desvirtua, sem dúvida, o objectivo que se pretende atingir com o sistema de tarifação ao segundo.

Concluo, em suma, que apesar da dissociabilidade destas 3 realidades (princípio da orientação para os custos, activação de chamada e facturação ao segundo), serão mais justos os resultados alcançados através de uma aplicação simultânea do sistema de facturação ao segundo e da activação de chamada do que aqueles a que se chegou através do actual sistema, que, adiando a facturação ao segundo, opta apenas por introduzir a activação de chamada, justificando-a através do princípio da orientação para os custos.

Decorrido praticamente um ano sobre a introdução da activação de chamada, e após análise cuidada da verdadeira extensão da influência exercida por este mecanismo sobre a globalidade do tarifário, dúvidas não restam sobre a sua natureza fortemente penalizante para importantes segmentos de consumidores, o que contribuiu para uma forte contestação popular a um tarifário que, não sofrendo a repercussão do preço de activação, seria até de uma forma geral bem aceite pela maioria dos utentes do Serviço Fixo de Telefone.

II
Impacto do novo tarifário. Alterações introduzidas em 1998 e propostas de alteração para 1999.

1. A fim de melhor quantificar o impacto do novo tarifário (ainda sem as alterações propostas para 1999), sobre a facturação mensalmente apresentada aos consumidores, solicitei e obtive Parecer elaborado por professora catedrática do Departamento de Estatística da Faculdade de Ciências de Lisboa.

2. Este Parecer teve por base os dados que a Portugal Telecom pôde disponibilizar, relativos ao tipo de chamadas realizadas pelos clientes da Portugal Telecom, aos diferentes tipos de assinantes e aos diferentes períodos utilizados para a realização dessas mesmas chamadas.

3. Recentemente, apreciei ainda as conclusões do Parecer obtido pela Portugal Telecom junto do Instituto Superior de Economia e Gestão (ISEG) da Universidade Técnica de Lisboa.

4. Desta análise estatística resultam, desde logo, algumas contradições entre os resultados a que chegaram cada uma das entidades que se pronunciaram sobre o assunto: enquanto que o estudo do ISEG conclui que "cerca de 58% dos clientes profissionais têm variações inferiores à inflação estimada" e que "cerca de 79% dos clientes residenciais têm variações inferiores à inflação estimada" (página 28 do referido estudo), o Parecer obtido pela Provedoria de Justiça conclui por uma penalização maior dos clientes residenciais, relativamente aos empresariais ou profissionais.

5. Com efeito, as conclusões do Parecer facultado a este órgão do Estado indicam que cerca de 46% dos clientes residenciais terão sofrido aumentos percentuais superiores à inflação, enquanto que dos clientes empresariais, apenas cerca de 26% terão sofrido o mesmo tipo de aumento, embora tais percentagens possam sofrer variações para menos, se forem adoptadas estratégias restritivas do número de chamadas locais e do período horário.

6. Não pretendendo reduzir a apreciação desta questão a uma mera análise estatística, sempre gostaria de salientar a observação que, no Parecer pedido pela Provedoria de Justiça, é feita acerca da metodologia utilizada por essa Empresa na comparação a que procede entre o tarifário de 1997 e o que foi aprovado para vigorar em 1998: ao tomar por base as chamadas efectuadas em Março de 1998 (para lhes aplicar o tarifário de 1997 e apurar a diferença relativamente ao custo das mesmas chamadas segundo

o novo tarifário), a Portugal Telecom introduziu no cálculo um factor de distorção. É que, o utente que realiza determinadas chamadas em Março de 1998, adopta um comportamento já influenciado pelos termos do actual tarifário, sendo portanto natural que este se revele mais favorável do que o anterior quando aplicado à mesma situação.

7. Do mesmo modo, não posso deixar de chamar a atenção para o facto de a análise da distribuição da variação da facturação constante do estudo do ISEG (página 28) não ter levado em consideração uma realidade que já antes havia sido reconhecida - a de que 10% dos clientes da Portugal Telecom são responsáveis por 50% da facturação total da Empresa (cfr. pág. 11 do mesmo estudo).

8. Ao referir-se, naquele estudo, que "cerca de 79% dos clientes residenciais têm variações inferiores à inflação estimada", foi tida como ponto de referência a totalidade dos clientes residenciais da empresa, não sendo por isso possível saber exactamente quais, de entre aqueles cerca de 79%, não foram prejudicados pela referida variação.

9. O mesmo é dizer que, dentro da percentagem acima referida, se incluem, indistintamente, grandes e pequenos clientes residenciais (em termos de facturação) e utentes de maiores e menores níveis de rendimento.

10. As alterações tarifárias recentemente propostas por essa Empresa para vigorar a partir do dia 1 de Fevereiro do corrente ano, vêm, por seu turno, confirmar a tendência, expressa no Parecer obtido por este órgão do Estado, para uma agravamento dos custos suportados pelos clientes residenciais (estas alterações prevêem, recorde-se, um aumento de cerca de 8% nas chamadas locais, sendo certo que é este o tipo de chamadas mais frequentemente realizado pelos clientes residenciais).

11. Criticável me parece o facto de esta nova proposta, acompanhando a tendência já delineada no tarifário de 1998, acentuar a penalização da grande percentagem de utentes que realiza maioritariamente chamadas locais de curta duração, para poder beneficiar aqueles que efectuam com frequência ligações internacionais e nacionais de maior duração.

12. A redução global de preços prevista na Convenção, embora alcançada, não o terá sido, em minha opinião, pela forma mais adequada.

13. Enquanto entidade prestadora de um serviço público essencial, a Portugal Telecom não deverá esquecer princípios fundamentais de justiça social que sempre deverão nortear a sua actividade.

14. Se é verdade que o "pacote económico" que acompanhou a aprovação do tarifário de 1998 teve como objectivo atenuar os efeitos negativos que o mesmo originou junto de determinados segmentos de mercado, designadamente junto dos clientes residenciais de baixo consumo, certo é também que, na prática, se revelou, na minha opinião, insuficiente para alcançar tal desiderato de forma satisfatória.

15. Sendo certo que as regalias constantes da convenção e consagradas no novo tarifário relativamente a assinantes reformados e pensionistas já existiam, o "pacote económico" mais não fez do que contribuir em escassa medida para compensar o grande acréscimo de encargos induzido pelo aumento da assinatura mensal e, muito especialmente, pela introdução do custo de activação de chamada.

16. Perante o já mencionado aumento das chamadas locais proposto para 1999, sou levado a concluir que só um alargamento substancial do âmbito do "pacote económico" poderia compensar os encargos adicionais que recairão sobre os consumidores.

Em face do exposto, e porque se me afigura essencial atenuar os efeitos injustos da aplicação do tarifário de 1998, bem como das alterações previstas para 1999, junto dos clientes que efectuam maioritariamente chamadas locais de curta duração, designadamente dos pequenos clientes residenciais; porque me parecem no mínimo bastante duvidosas as virtualidades de um sistema de cobrança de activação de chamada que não seja acompanhado por facturação ao segundo, não se configurando razoável a perspectiva de uma prossecução do princípio da orientação para os custos que seja feita de uma forma parcial, tendo apenas em atenção a óptica da Empresa e esquecendo os legítimos interesses dos utentes; e, ainda, porque importa ter sempre presente a dimensão social de que se reveste a prestação do Serviço Fixo de Telefone,

Recomendo

1. Que seja de imediato suspensa a cobrança do preço de activação de chamada, devendo tal suspensão ser mantida enquanto não estiverem reunidas as condições que permitam introduzir a facturação ao segundo.
2. Que, no mais curto espaço de tempo possível, seja introduzida a tarifação ao segundo, sistema de contagem que deverá ter início imediatamente após o estabelecimento da ligação e que não deverá acarretar, para os consumidores, quaisquer encargos adicionais, sob pena de se assistir a uma diminuição indesejável do seu conteúdo útil.
3. Que, caso estas medidas se revelem ainda insuficientes para reduzir o impacto negativo do novo tarifário sobre a facturação dos pequenos clientes residenciais da Portugal

Telecom, em especial dos de menores recursos, seja cumulativamente introduzida no "pacote económico" uma vertente social que actualmente se lhe não reconhece, já que os clientes são por ele abrangidos de acordo com critérios que têm somente a ver com o respectivo nível de facturação, sem que se tenha em conta os rendimentos auferidos.

Recomendação parcialmente acatada

Ao
Exmº Senhor
Director-Regional de Agricultura do Alentejo

R-3026/96
Rec. n.º 7/A/99
1999.03.03

No âmbito da instrução do Processo de Reserva ARL - 582 - A. e Outros, foi determinado por Sua Excelência o Secretário de Estado da Agricultura e do Desenvolvimento Rural, em despacho datado de 21/8/98 e exarado na Informação nº 12/SD/98, de 11/8/98, a notificação das partes da proposta de decisão em que se consubstancia aquela Informação, nos termos do artº 9º do DL nº 12/91, de 9/1 (alínea G) das Conclusões).

Questionou este órgão do Estado, através do ofício nº 20111, de 10/12/98, o Gabinete de Sua Excelência o Secretário de Estado da Agricultura e do Desenvolvimento Rural, se tinha tido lugar a referida notificação.

Informou aquele Gabinete que o processo fora remetido a essa Direcção Regional para efeitos de cumprimento do mesmo despacho, através de ofício datado de 24 Agosto de 1998. Mais foi comunicado ter sido solicitado a essa Direcção Regional que prestasse, directamente e com urgência, os esclarecimentos devidos à Provedoria de Justiça.

Através do ofício nº 4915, datado de 26 de Janeiro p.p., V. Exª informou não terem sido, efectivamente, notificadas as partes a que se refere a proposta de decisão em causa. Fundamenta essa omissão, na necessidade de serem cumpridas, previamente, as alíneas anteriores à alínea G) das Conclusões constantes da Informação nº 12/SD/98.

Labora essa Direcção Regional num erro que importa de imediato corrigir, sob pena de invalidade da decisão final e consequente atraso no processo desencadeado.

Não há, na verdade, qualquer razão de direito que fundamente tal entendi-

mento. Encontra-se, indubitavelmente, expresso na alínea G), das Conclusões da mencionada Informação em que foi exarado o despacho em causa: "Cumprir a formalidade essencial prevista no artº 9º, do DL nº 12/91, de 9/1, notificando todas as partes da presente proposta de decisão (sublinhado nosso) para dela reclamar, querendo, no prazo de 10 dias a contar da data da assinatura do aviso de recepção".

Está, portanto, em causa, uma ordem de um superior hierárquico que, como tal, teria de ser cumprida, uma vez que dela que não resulta a prática de um crime (nº 3 do artº 271º da Constituição da República Portuguesa).

E, ao invés do que parece ser entendimento dessa Direcção Regional, esta determinação teria sempre de ser cumprida antes de ser dado cumprimento ao constante nas alíneas anteriores à alínea G), sob pena de estarem a ser executados actos não constantes de uma decisão final. É que enquanto mera proposta de decisão, aquela não constitui acto administrativo definitivo e executório susceptível de ser executado.

O procedimento a seguir na sequência deste despacho seria, consequentemente, o de se começar por notificar a proposta de decisão aos interessados (nº 2, do artº 9º do DL nº 9/91), aguardar o prazo de dez dias para reclamação (nº 4 do mesmo artigo), apreciar as reclamações que tivessem lugar (idem), sendo, posteriormente, remetido o processo para despacho de Sua Excelência o Ministro da Agricultura, do Desenvolvimento Rural e das Pescas. Só este último despacho constituirá a decisão final susceptível de execução das diligências conducentes à demarcação da reserva.

A doutrina e a jurisprudência entendem, geralmente, que a audiência prévia, nos casos em que é legalmente obrigatória (como o presente), constitui uma formalidade essencial, gerando vício de forma relativamente à decisão final, conduzindo à sua invalidade (nesse sentido vide, por todos, Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e J. Pacheco Amorim, in "Código do Procedimento Administrativo", Almedina, 2ª edição, págs. 451 e seguintes).

Importaria, assim, pelas razões enunciadas e, com vista a evitar novos atrasos na conclusão do Processo de Reserva objecto da queixa neste órgão do Estado, a suspensão imediata das diligências já iniciadas por essa Direcção Regional e a notificação urgente aos interessados mencionados no nº 1, do artº 9º do DL nº 12/91, do Despacho de 21/8/98 de Sua Excelência o Secretário da Agricultura e do Desenvolvimento Rural, bem como, naturalmente, da Informação nº 12/SD/98 que lhe serve de base. Esta actuação obstaria à invalidade da decisão final, decorrente da omissão do dever legal de au-

diência dos interessados, nos termos gerais de direito (artº 100º do Código do Procedimento Administrativo).

Assim, nos termos do artº 20º, nº 1, alínea a), da Lei nº 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

A suspensão imediata de todas as diligências em curso, no âmbito do Processo de Reserva ARL - 582 - A., Herdeiros e Outros até ao cumprimento, com a brevidade possível, da formalidade essencial de audiência dos interessados, determinada por Despacho de Sua Excelência o Secretário de Estado da Agricultura e do Desenvolvimento Rural, datado de 21/8/98, exarado na Informação nº 12/SD/98, de 11/8/98, notificando-se às partes a proposta de decisão final, em que aquele despacho se consubstancia, por referência ao artº 9º do DL nº 12/91, de 9/1.

Recomendação sem resposta

A
Sua Excelência
o Ministro do Trabalho e da Solidariedade

R-3566/97
Rec. n.º 8/A/99
1999.02.03

Foi solicitada a minha intervenção relativamente à situação laboral dos trabalhadores da Fábrica de Palmela da Ford Electrónica Portuguesa, Lda., afectados por doenças profissionais genericamente designadas por lesões músculo-esqueléticas cumulativas, que é do conhecimento da Administração Laboral desde Novembro de 1994.

No âmbito do processo instaurado para estudo daquela situação, foi elaborado um relatório interno, que anexo (doc. nº 1) com o objectivo de sintetizar as questões analisadas na Provedoria de Justiça.

Entendi dirigir-me a Vossa Excelência por considerar que é no âmbito do exercício do poder de Tutela atribuído a esse Ministério que aquelas questões devem ser resolvidas.

A intervenção que julgo dever ser levada a cabo por Vossa Excelência, diz respeito à actuação do Centro Nacional de Protecção Contra os Riscos Profissionais.

O Centro Nacional de Protecção Contra os Riscos Profissionais – CNPRP -

tem manifestado dúvidas e hesitações, que permanecem sem resposta superior, relativamente ao enquadramento jurídico das situações de facto, com indesejáveis reflexos no desempenho do seu papel institucional como entidade reparadora integrada no sistema de protecção social dos trabalhadores.

O CNPRP não parece ter dúvidas quanto à qualificação das doenças contraídas na Ford, como doenças profissionais, nem quanto à declaração de incapacidades temporárias absolutas nos trabalhadores para o exercício das suas funções.

Todavia, ultrapassado o prazo máximo de prorrogação de incapacidade temporária previsto no art. 4º, n.º 6º da Portaria n.º 333/84, de 2 de Junho, 30 meses, o CNPRP concede alta aos trabalhadores afectados e ao mesmo tempo avisa os serviços de medicina privativos da empresa da probabilidade da ocorrência de recidiva, caso os trabalhadores retomem o seu trabalho, o que constitui um paradigma de contradição.

A possibilidade da empresa recolocar os trabalhadores em causa em postos de trabalho isentos de risco, é relativamente mitigada, até pelo elevado número de casos e dadas as características do seu processo produtivo.

Com a complacência do CNPRP, do Centro Regional de Segurança Social, e, obviamente, da própria empresa, os trabalhadores afectados entram de baixa por doença natural, no culminar de um processo de consequências desviantes da qualificação da doença, da afectação dos custos financeiros de entidades alheias a responsabilidades indemnizatórias e, por último, configuradora de uma situação insustentável para os trabalhadores e suas famílias, obrigados a viver apenas com um subsídio de doença da segurança social.

Também parece ser opinião dos especialistas intervenientes que os trabalhadores afectados por lesões músculo-esqueléticas traumáticas cumulativas não devem regressar ao desempenho de tarefas sujeitas ao mesmo risco profissional, em virtude da probabilidade premente de uma recidiva geradora de uma inaptidão de natureza definitiva, ainda que não incapacitante para o desempenho de outro tipo de funções.

A corroborar a expressão quantitativa desta afirmação está o facto de as 710 participações obrigatórias de ocorrência de doença profissional efectuadas entre inícios de 1995 e Setembro de 1998, incluírem 320 participações de casos de recidiva.

Sem prejuízo da necessidade de melhoramentos em insuficiências do quadro legal do sistema reparador actualmente existente, parece-me, contudo, que as alegadas dúvidas do CNPRP não podem escamotear a atribuição das indemnizações correspondentes aos trabalhadores incapacitados permanentemente.

Invocar-se o argumento da juventude da maioria das mulheres afectadas não pode obter vencimento como impedimento de declaração de incapacidade permanente para o trabalho habitual, porquanto a seriedade das lesões provocadas por este tipo de doenças não se compadece com aquela consideração.

Pelo exposto,

Recomendo

1. Que sejam dadas instruções precisas ao Centro Nacional de Protecção contra os Riscos Profissionais para, no âmbito das competências atribuídas pela Portaria n.º 642/83, de 1 de Junho, proceder a uma avaliação cuidadosa das incapacidades dos trabalhadores da Ford Electrónica Portuguesa, Lda., afectados por lesões músculo-esqueléticas traumáticas cumulativas, prosseguindo esta entidade a função reparadora e de protecção social que lhe está cometida e, também,
2. Que o Centro Nacional de Protecção contra os Riscos Profissionais, no âmbito da reparação dos danos emergentes de doenças profissionais, considere a redução da capacidade de ganho dos trabalhadores, por referência às características específicas das doenças em causa, sem excluir a hipótese de declaração de incapacidade permanente absoluta para o trabalho habitual, sempre que as circunstâncias de cada caso o imponham e, em consequência, o pagamento da correspondente indemnização.

Nesta data, e sobre o mesmo assunto, dirigi ao Exm.º Senhor Presidente do Instituto para o Desenvolvimento e Inspecção das Condições de Trabalho, a Recomendação cuja cópia anexo (doc. n.º 2) para total elucidação de Vossa Excelência.

Recomendação acatada

Ao
Exmº Senhor
Presidente do Instituto para o Desenvolvimento
e Inspecção das Condições de Trabalho

R-3566 /97
Rec. n.º 9/A/99
1999.02.03

Como é do conhecimento de V. Ex.a., o Sindicato das Indústrias Eléctricas do Sul e Ilhas apresentou queixa na Provedoria de Justiça relativamente à situação laboral

dos trabalhadores da Ford Electrónica Portuguesa, Lda., afectados por doenças profissionais, genericamente designadas por lesões músculo-esqueléticas traumáticas cumulativas.

No decurso da instrução do processo instaurado com base naquela queixa, foi elaborado um relatório interno que anexo, por entender que a complexidade das questões em presença assim o exige.

A intervenção que julgo dever ser protagonizada por V. Ex.a., no âmbito do conflito emergente da situação laboral em apreço, diz respeito a duas questões fundamentais.

A primeira questão prende-se com a avaliação do impacto do crescente recurso à contratação de trabalhadores a termo e temporários pela Ford Electrónica Portuguesa, Lda., a partir de Dezembro de 1995.

Os números disponibilizados pela Delegação Regional de Setúbal da Inspecção-Geral do Trabalho apontam para 193 trabalhadores contratados a termo, no final daquele ano; 421 em Dezembro de 1996; 481 em Dezembro de 1997; finalmente, os dados reportados a Setembro de 1998 referem-se a 393 trabalhadores contratados a termo e a 135 trabalhadores temporários.

Todavia, nenhuma das entidades intervenientes no presente processo referiu concretamente os efeitos do recurso à contratação destes trabalhadores na análise da situação laboral da empresa, emergente da declaração das doenças profissionais em apreço.

Com efeito, a crescente precarização dos vínculos contratuais pode ocultar a eventual ineficácia do sistema técnico e organizativo da empresa, cujo controlo e acompanhamento pela Administração Laboral continua a revelar-se fundamental.

Sob o pretexto de serem substituídos trabalhadores ausentes está simultaneamente possibilitado o não registo da ocorrência de novos casos de doença profissional com trabalhadores não permanentes, o que é susceptível de influenciar positivamente as estatísticas da empresa, de forma não consentânea com a verdade dos factos.

Importaria ainda esclarecer a existência de uma relação causal entre a contratação de trabalhadores a termo e temporários e a possibilidade de a empresa recolocar trabalhadores afectados por lesões músculo-esqueléticas cumulativas em postos de trabalho isentos de risco.

Por fim, face às condições gerais de licitude da celebração de contratos de utilização de trabalho temporário e da admissibilidade da celebração de contratos a termo, estabelecidas, respectivamente, no art. 9.º do Decreto-Lei n.º 358/89, de 17 de Outubro, e no art. 41.º do Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27 de Fevereiro, parece-me ainda que a Inspecção-Geral do Trabalho deve proceder a uma análise cuidada da fundamentação invocada pela Ford para a celebração destes contratos.

A segunda questão relativamente à qual é fundamental a intervenção de V. Ex.a. prende-se com a concertação das partes em conflito, empregador e trabalhadores, tendo em vista alcançar-se, por mediação, uma composição de interesses a que a Lei se refere.

Concluiu-se que a uma situação laboral caracterizada por um processo produtivo objectivamente perigoso e por um sistema organizativo com os constrangimentos enunciados foi associado um sistema de tratamento de informação, comunicação e participação dos agentes produtivos totalmente desajustado, por nunca ter integrado os próprios operadores e /ou os seus directos representantes.

Ao não associar os trabalhadores ao processo de prevenção de riscos profissionais e à gestão da higiene e segurança no trabalho, a empresa contrariou o que é considerado princípio fundamental da legislação tutelar de protecção da vida, da integridade e da saúde dos trabalhadores, com expressão, principalmente, no Decreto-Lei n.º 441/91, de 14 de Novembro.

Ora, não é por acaso que aquele princípio fundamental foi há muito acolhido na legislação nacional. A verdade é que o mesmo se fundamenta na experiência nacional e internacional sobre esta matéria, na qual se integra a consideração de que o sistema relacional de uma empresa, para ser equilibrado, deve assegurar a comunicação, a informação e a participação dos trabalhadores e seus representantes na prevenção dos riscos profissionais e na gestão quotidiana das questões relacionadas com a higiene e segurança.

É também incontroverso que ao escalão central de decisão, em matéria de gestão da prevenção, compete garantir a conciliação dos objectivos da produção e da prevenção.

Era a opção consagrada na Convenção nº 155 da Organização Internacional do Trabalho, sobre Segurança, Saúde dos Trabalhadores e Ambiente do Trabalho, ratifica-

da por Portugal em 1985, e era a opção consagrada na Directiva nº 89/391/CEE, relativa à aplicação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde dos trabalhadores.

Assim, por meritório que seja o esforço de concretização de medidas que tendencialmente influam no sistema técnico e organizativo da empresa, os pontos críticos não serão neutralizados se os trabalhadores não os sentirem como uma necessidade, se não os compreenderem, se, enfim, não participarem nessas alterações.

Resulta também dos elementos recolhidos no âmbito do presente processo e dos contactos desenvolvidos pela Provedoria de Justiça junto da Ford, que a Inspecção-Geral do Trabalho, através da Delegação Regional de Setúbal, logrou alcançar uma posição de aconselhamento junto daquela empresa no que diz respeito às questões relacionadas com a prevenção de riscos profissionais, no exercício, aliás, de uma acção educativa e orientadora que lhe compete, como decorre do art. 28.º do Estatuto da IGT, aprovado pelo Decreto-Lei nº 327/83, de 8 de Julho.

Pelo exposto, na prossecução das atribuições conferidas ao IDICT pelo n.º1 do art. 2.º do Decreto-Lei nº 219/93, de 16 de Junho e no âmbito das competências atribuídas pelo art. 13.º do mesmo diploma à Inspecção-Geral do Trabalho,

Recomendo

1. Que se proceda à apreciação das condições gerais de licitude da celebração de contratos de utilização de trabalho temporário e da licitude e admissibilidade da celebração de contratos a termo, pela Ford Electrónica Portuguesa, Lda., por referência às exigências normativas constantes do Decreto-Lei n.º 358/89, de 17 de Outubro, e Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27 de Fevereiro;
2. Que seja efectuada a avaliação do impacto do recurso crescente à contratação de trabalhadores a termo e temporários no "decréscimo estatístico" do número de ocorrências de novos casos de doença profissional, bem como que se esclareça a existência - ou não - de uma relação causal entre a contratação daqueles trabalhadores e a dificuldade de recolocação de trabalhadores afectados por lesões músculo-esqueléticas traumáticas cumulativas em postos de trabalho isentos de risco;
3. Que, no quadro das obrigações decorrentes para o empregador do Decreto-Lei n.º 441/91, de 14 de Novembro, a IGT prossiga uma acção educativa e de aconselhamento junto da Ford Electrónica Portuguesa, Lda., tendo em vista a conciliação das partes em conflito, nomeadamente através da constituição de uma comissão de higiene e seguran-

ça no trabalho que inclua a participação dos operadores - sobretudo daqueles que estão sujeitos a riscos profissionais - e dos seus representantes.

Desta Recomendação dei hoje mesmo conhecimento a Sua Excelência o Ministro do Trabalho e da Solidariedade.

Recomendação sem resposta conclusiva

Ao
Exmº Senhor
Director de Serviços do IRS

R-665/98
Rec. n.º 12/A/99
1999.02.19

Na sequência de exposição dirigida à Provedoria de Justiça pelo contribuinte supra identificado, apreciou este órgão do Estado, recentemente, o caso que agora trago junto de V. Exª, a quem solicito a melhor colaboração no sentido de concretizar aquela que me parece ser a solução mais justa.

Trata-se da situação de um contribuinte que, na sequência de acordo de regulação do poder paternal, homologado por sentença transitada em julgado em 7 de Dezembro de 1994, ficou obrigado ao pagamento de pensão de alimentos aos filhos menores do casal.

Segundo afirma o interessado, a sua convicção foi sempre de que ficara obrigado ao pagamento de uma pensão no valor de 100.000$00 mensais, com actualizações periódicas anuais, valor que sempre terá pago por transferência bancária, cujos comprovativos informou ter junto às declarações periódicas anuais de IRS, a fim de justificar o abatimento daquele valor nos termos previstos no artigo 55º, nº 1, alínea g), do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (CIRS), na redacção então em vigor.

Na sequência de fiscalização que lhe foi efectuada durante o ano de 1997, foi o Reclamante convidado a apresentar a certidão da sentença homologatória de divórcio, de onde constasse o montante da pensão de alimentos devida.

Obtida a referida certidão, constatou o interessado que da mesma resultava ser a pensão de alimentos no valor de 66.000$00 mensais e não, como sempre julgara, de 100.000$00/mês.

Perante tal documento, considerou a DGCI estar perante uma situação de inexactidão no preenchimento da declaração de IRS do ano de 1996 (era este o ano objecto de fiscalização), pelo que o contribuinte foi convidado a apresentar declaração de substituição da qual constasse o valor de 992.753$00 (66.000$00 x 14 + inflação de 95 e 96), sob pena de ser levantado o respectivo auto de notícia para aplicação de coima – v. doc. nº 1, anexo.

A fim de clarificar a situação, solicitou o interessado novos esclarecimentos ao Tribunal Judicial de Santa Maria da Feira, junto do qual obteve cópia do acordo de regulação do poder paternal e da sentença.

Constatou então, segundo alega, que o texto dactilografado do acordo de regulação do poder paternal continha inscrito o valor de 100.000$00, valor que fora rasurado e substituído por anotação manuscrita que alterou aquele montante para o valor de 66.000$00 que viria a ser considerado, pela DGCI, como o valor real da pensão de alimentos. Para melhor elucidação de V. Exª, junto cópia do documento em causa (doc. nº 2).

Procurando clarificar a questão, solicitou também a Provedoria de Justiça esclarecimentos, quer ao Reclamante, quer ao Tribunal por onde correu o processo.

Não foi possível, porém, obter consenso quanto ao que realmente aconteceu: o Reclamante continua afirmando a sua convicção de que se encontrava obrigado ao pagamento de 100.000$00, alegando em defesa da sua tese o facto de efectivamente ter pago este valor e não o valor mais baixo que agora a DGCI lhe considera para efeitos de abatimento ao rendimento liquido total (66.000$00).

Por outro lado, o Mmº Juiz de Direito que decretou o divórcio esclareceu junto deste órgão do Estado que as rasuras e alterações manuscritas haviam sido efectuadas por si próprio, por ocasião da segunda conferência ocorrida em 24 de Novembro de 1994, data em que teria sido acordado pelas partes que a pensão de alimentos seria antes de 66.000$00.

É neste contexto que me dirijo a V. Exª, não porque a actuação da DGCI tenha sido ilegal ou incorrecta face aos factos então conhecidos, mas porque me parece ser este um caso que justifica uma aplicação algo mais ponderada e flexível do texto legal.

Independentemente do que venha a ser apurado quanto aos exactos termos em que o acordo de regulação do poder paternal foi celebrado, creio que, não havendo dúvidas quanto ao valor efectivamente pago pelo Reclamante, deverá ser este o valor a abater ao seu rendimento.

Não desconheço que, nos termos do disposto no artigo 55º, nº 1, alínea g), do CIRS, na redacção então em vigor, só o valor que o contribuinte está efectivamente obrigado a pagar por força de sentença ou acordo judicialmente homologado, é susceptível de abatimento ao seu rendimento líquido total.

Ainda que tal disposição legal possa gerar injustiças graves (tratando diferentemente aqueles que pagam pensões, consoante o façam de forma voluntária ou porque a isso estão obrigados, com benefício para os segundos e prejuízo manifesto para os primeiros), certo é que, no caso vertente, não é a bondade da disposição legal citada que está em causa mas sim a sua aplicação a um caso em que o interessado afirma ter agido na convicção de estar a dar cumprimento ao normativo legal vigente.

Isto é, não se trata de solicitar à DGCI que considere que o montante de uma pensão paga voluntariamente tenha o mesmo enquadramento que é dispensado às pensões pagas na sequência de sentença ou acordo judicialmente homologado. Por muito justa que esta solução se apresente encontrar-se-ia em manifesta oposição ao regime legal vigente.

O que se pretende no presente caso é, antes, que a DGCI considere como susceptível de abatimento um valor que o interessado pagou convicto de que era esse o valor a cujo pagamento se encontrava obrigado por força de acordo judicialmente homologado.

Saber se esta sua convicção seria razoável e se um eventual erro do interessado, a este respeito, seria desculpável, foi questão que apreciei com particular cuidado, até porque aqui reside, a meu ver, o cerne da questão: entendo que se a convicção de obrigatoriedade de pagamento de um valor e não de outro fosse absolutamente errónea e injustificável, a situação do Reclamante não seria merecedora de tratamento excepcional.

Creio, porém, que existem motivos razoáveis para tal tratamento no presente caso: a existência das rasuras que o Juiz do processo confirmou prova, pelo menos, que a fixação do valor da pensão não foi pacífica e que a discussão do assunto se manteve até à fase final do divórcio.

Tomando por base o pior cenário para o Reclamante, isto é, a versão dos factos narrada pelo Mmº Juiz de Direito que decretou o divórcio, não pode deixar de observar-se que, apesar da clareza e razoabilidade desta versão, é perfeitamente compreensível que os termos do acordo não tenham resultado claros para o Reclamante.

Note-se que, apesar do carácter informal e célere dos processos de divórcio por mútuo consentimento, como foi o caso, situações de algum nervosismo e, consequentemente, de alguma falta de concentração das partes não são raras. Não é por isso, de todo, improvável que o Reclamante se não tenha apercebido dos exactos termos finais do acordo.

Acresce que, tendo o pagamento do valor de 100.000$00/mês sido considerado para efeitos de tributação do agregado familiar que recebe a pensão de alimentos, considerar esse valor como susceptível de abatimento pelo Reclamante permitirá alcançar uma solução mais lógica, coerente e consentânea com a real situação de todos os intervenientes no processo.

Pelo exposto, e sem prejuízo de a DGCI se certificar, em sede de fiscalização, do total efectivamente pago a título de pensão de alimentos nos anos em que esta situação se verificou (a queixa refere-se ao ano de 1996 mas o Reclamante veio recentemente informar que o seu reembolso de IRS de 1997 também se encontra suspenso),

Recomendo

1. Que o valor de 100.000$00/mês (x 14 e com actualização de acordo com o índice de inflação) seja considerado susceptível de abatimento ao rendimento líquido global do Reclamante, em sede de IRS, nos anos em que se tenha verificado o seu efectivo pagamento nas condições descritas na presente Recomendação;
2. Que o Reclamante não seja sujeito a qualquer penalização, nomeadamente ao pagamento de coima por preenchimento incorrecto das declarações de IRS dos anos supra mencionados, pelo facto de ter declarado o valor que, segundo afirma, julgava ser o valor da pensão de alimentos a cujo pagamento estava obrigado.

Recomendação parcialmente acatada

Ao
Exmº Senhor
Director Distrital de Finanças do Porto

R-4868/96
Rec. n.º 13/A/99
1999.02.19

Na sequência de exposição dirigida à Provedoria de Justiça pelo contribuinte supra identificado, apreciou este órgão do Estado o caso que agora trago junto de V.

Exª, a quem solicito a melhor colaboração no sentido de concretizar aquela que me parece ser a solução mais justa.

Sobre este assunto foram, aliás, oportunamente solicitados esclarecimentos a V. Exª, os quais foram prestados através do v/ ofício nº 1076, de 97.02.03, que muito agradeço. Desde então, e após contactos vários com o Reclamante e, ainda, com o Tribunal de Família do Porto e com o Arquivo Geral do Palácio da Justiça dessa mesma cidade, foram carreados para o processo aberto na Provedoria de Justiça todos os elementos com base nos quais me foi agora possível tomar posição sobre o assunto.

Permito-me recordar a V. Exª, muito sinteticamente, os factos mais relevantes:

1. Por exposição dirigida ao Exm.º Director-Geral dos Impostos, o contribuinte em referência queixou-se do facto de não ter sido incluído, na sua liquidação de IRS/95, o valor pago a título de pensão de alimentos, no valor de 14.315$00/mês, num total de 171.780$00.

2. Apreciada a questão pelos serviços que V.Ex.ª dirige, foi elaborada pela Divisão dos Impostos sobre o Rendimento dessa Direcção Distrital de Finanças, a Informação nº 653/96, 20 de Agosto, sobre a qual recaiu despacho datado de 96.08.27.

3. Aí se esclarece que a não consideração do valor da pensão na liquidação de IRS se teria devido ao facto de o mesmo se encontrar rasurado na declaração de rendimentos entregue pelo interessado, motivo pelo qual o valor da pensão não fora recolhido. Aceitava-se, porém, rever esta posição, desde que o interessado fizesse prova do pagamento da pensão e da existência de documento judicial que obrigasse àquele pagamento.

4. Em execução de tal despacho, foi o contribuinte supra identificado notificado para "apresentar ou remeter a essa Direcção Distrital de Finanças fotocópia dos recibos e documento judicial comprovativos do pagamento da pensão, com a cominação de, não o fazendo, ser considerada correcta a liquidação e arquivada a carta".

5. Em resposta, viria o Reclamante a juntar, apenas, cópia de um aviso do Tribunal de Família do Porto, notificando-o da marcação da data para a segunda conferência no seu processo de divórcio.

6. Não obstante novo pedido de envio de certidão da sentença, nada mais viria a ser junto pelo Reclamante, pelo que a liquidação se manteve inalterada, isto é, não chegou a ser satisfeita a pretensão do interessado de ver abatido ao seu rendimento líquido total o valor da pensão de alimentos por si paga em execução do acordo de regu-

lação do poder paternal oportunamente homologado.

Não discordo, nem tenho motivo para o fazer, do tratamento então dispensado ao assunto pela Direcção Distrital de Finanças do Porto que, por mais de uma vez, solicitou ao interessado os elementos sem os quais a satisfação da sua pretensão não seria possível.

Ciente, porém, das dificuldades com que se debatem, no seu dia a dia, os cidadãos que, sem conhecimentos - nomeadamente do foro jurídico - que lhes permitam entender, com rigor, o exacto valor e significado, em termos de prova, de determinados documentos, procurei que, através da Provedoria de Justiça, fossem obtidos os elementos em falta a fim de, na posse dos mesmos, poder solicitar a colaboração de V. Exª para a resolução deste caso.

É que, a existir uma obrigação de pagamento desta pensão e a ter sido a mesma efectivamente paga, todos os esforços se justificam com o objectivo de repor a real situação tributária deste contribuinte.

Dir-se-á que o próprio deveria ter diligenciado no sentido da obtenção destes elementos e do seu envio aos serviços que V. Exª dirige. Certamente que sim. Mas repito o que já ficou dito: algum desconhecimento (nomeadamente do exacto valor do tipo de documentos em causa) e a dificuldade na obtenção de determinado tipo de documentos oficiais leva, por vezes, a que os cidadãos sejam injustamente penalizados por omissões que, de outro modo, se não verificariam.

Aliás, a comprovar a existência de alguma complexidade no processo de obtenção dos documentos em causa, está o facto de a Provedoria de Justiça ter necessitado, para obter todos os documentos que seguem anexos à presente Recomendação, não só de diversos contactos escritos e telefónicos com o reclamante, como ainda da colaboração do Tribunal de Família e do Arquivo Geral do Palácio da Justiça do Porto (segundo se apurou, o interessado não dispunha de cópia do acordo de regulação do poder paternal, pelo que se tornou necessário obter este documento).

Os elementos assim carreados para o processo provam que se encontram reunidos os requisitos essenciais para a revisão da posição inicialmente assumida pela administração fiscal: se é certo que à data da decisão de arquivamento do v/ processo não existiam elementos que permitissem concluir pela obrigatoriedade, ou não, do pagamento da pensão de alimentos, os documentos que anexo à presente Recomendação permitirão, certamente, retomar a análise do assunto e aceitar o abatimento do valor da

referida pensão de alimentos ao rendimento líquido total do Reclamante referente ao ano de 1995. Junto, pois:

a) Cópia do acordo de regulação do poder paternal judicialmente homologado, comprovativo da obrigatoriedade de pagamento da quantia mensal de 10.000$00, actualizada na percentagem da actualização do ordenado do Reclamante, nos termos fixados no ACTV para o sector bancário (anexo I);

b) Cópia dos comprovativos de pagamento do valor mensal de 14.315$00 (anexo II), obtidos junto do Reclamante, a quem procurarei sensibilizar para a importância de prestar todos os esclarecimentos adicionais que, acerca deste assunto, lhe venham, eventualmente, a ser solicitados pela administração fiscal.

Face ao exposto,

Recomendo

Que seja reaberto o processo arquivado nessa Direcção Distrital de Finanças relativamente à situação tributária, em sede de IRS/95, do contribuinte em referência, devendo ser revista a liquidação e considerados susceptíveis de abatimento, ao seu rendimento líquido total, os montantes pagos a título de pensão de alimentos em cumprimento de acordo de regulação do poder paternal judicialmente homologado.

Recomendação acatada

Ao
Exm.º Senhor
Presidente da Câmara Municipal de Trancoso

R-4960/96
Rec. n.º 18/A/99
1999.03.03

I
Dos Factos

1. Apresentou a Senhora… neste órgão do Estado queixa contra a Câmara Municipal de Trancoso, em virtude da ocupação pelo município de prédios rústicos pertencentes, em comunhão indivisa, à reclamante e herdeiros de seu falecido marido.

2. Tal ocupação ocorreu na sequência da realização de obras de construção da Barragem da Teja, em 1992, apesar de a reclamante ter comunicado expressamente ao município que não concedia qualquer direito de ocupação e/ou utilização dos referidos terrenos sem prévio acordo.

3. O processo de aquisição dos referidos prédios foi iniciado pela Câmara Municipal em 1991, mediante formulação de proposta de compra, e a sua complexidade terá advindo:

a) da existência de um inventário de partilhas que incidia sobre parte dos mesmos;

b) da insuficiente especificação pela Câmara dos terrenos e/ou parcelas de terreno que necessitava adquirir;

c) após a ocupação dos terrenos e realização das obras, da manifesta falta de iniciativa para a sua resolução, ou de resposta às sucessivas solicitações da reclamante.

4. Comunicada por esta Provedoria à Câmara Municipal a pretensão da Sra…, veio a mesma, reafirmando a posição anteriormente exposta à reclamante, alegar:

a) Pretender adquirir os terrenos em causa por via da negociação amigável, como terá feito com as restantes parcelas;

b) Encontrar-se de boa-fé "desde o início de construção da Barragem, ainda antes da inundação dos terrenos", tendo sempre respondido e fornecido elementos quando questionada;

c) Que desde 12 de Maio de 1992 que se encontra concretizada uma proposta de aquisição, que ainda não se realizou por manifesta discordância entre os vários herdeiros.

5. Resulta assim que a matéria de facto alegada pela reclamante foi expressamente reconhecida pela Câmara Municipal, sendo certo que até à presente data inexiste qualquer diligência do município tendente à resolução da presente questão.

II
Do Direito

6. O direito de propriedade privada, nas suas vertentes positiva (nomeadamente uso e fruição) e negativa (direito de não ser privado de bens sem título legal e direito à justa indemnização em caso de desapropriação), encontra-se constitucionalmente consagrado (art. 62º, nº1, da Constituição da República Portuguesa - CRP), sendo, enquanto direito de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias, de aplicação

directa e imediata, vinculando as entidades públicas e privadas no exercício das suas actividades (arts. 17º e 18º, nº1, CRP. Sobre o conteúdo e natureza deste direito, e respectivo regime legal, J.J. GOMES CANOTILHO, Direito Constitucional, 6ª ed., Coimbra, 1993, pp.578 ss.; VIEIRA DE ANDRADE, Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976, Coimbra, 1987, pp.254 ss.; J. MIRANDA, Direito Constitucional, vol. IV, 2ª ed. Coimbra, 1993, pp. 229 e ss. e 275 e ss.).

7. A densificação legislativa do direito de propriedade, conferindo as supra citadas faculdades ou liberdades - vd arts. 1305º e segs. do Código Civil (CC)-, estabelece igualmente um regime garantístico, segundo o qual "ninguém pode ser privado, no todo ou em parte, do seu direito, senão nos casos fixados na Lei" (arts. 62º, nº2, CRP e 1308º CC), estatuindo meios extra-judiciais (acção directa) e judiciais (compensação, restituição e conservação da propriedade, e responsabilidade civil e criminal - art. 1310º-1311º CC, e 21º e 22º CRP) de defesa.

8. Vinculados embora pela prossecução do interesse público, os entes públicos encontram-se igualmente vinculados, para defesa dos interesses legalmente protegidos dos cidadãos, aos princípios da legalidade, da justiça e da igualdade (art. 266º, nºs 1 e 2, CRP. Sobre a actividade administrativa, MARCELLO CAETANO, Manual de Direito Administrativo, II vol., 9ª ed., Coimbra, 1980, pp.1013 e ss.).

9. Nestes termos, o sacrifício do direito de propriedade em prol de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos deverá obedecer a um procedimento legalmente previsto, que finde com o pagamento de uma justa compensação (arts. 18º, nº2, e 62º, nº 2, CRP).

10. Ora, o regime jurídico das expropriações (vd Decreto-Lei nº 438/91, de 9 de Novembro, que aprovou o Código das Expropriações - CE) prevê que, não se podendo efectuar a aquisição por via do direito privado (facto que, devidamente fundamentado, deverá ser comunicado ao Ministro competente para a declaração da utilidade pública, art. 12º, nº2, alínea g), CE), deva o processo seguir a tramitação prevista nos arts. 10º e segs., salvo nos casos de emergência (calamidades públicas, exigências de segurança interna ou de defesa nacional - art.39º, nº 2, CE), ou de urgência (art. 13º, nº2, CE).

11. No entanto, mesmo aí se estatui como princípio geral o da aquisição por via do direito privado, devendo a entidade expropriante diligenciar todos os seus esforços, antes de se recorrer à última ratio, a expropriação litigiosa (arts. 37º e segs. CE).

12. Nestes termos, a Câmara Municipal de Trancoso, ocupando desde 1992 os terrenos em causa, sem ter procedido à sua aquisição por via do direito privado (no caso, compra e venda celebrada mediante escritura pública - arts. 875º, 947º e 220º CC) e sem que se verifique utilidade pública dos imóveis, declarada por via do processo de expropriação legalmente exigido, não possui justo título para tal ocupação.

13. Apossando-se sem título de terrenos de particulares, violou a Câmara Municipal de Trancoso direitos e garantias legalmente protegidos, o que traduz facto ilícito susceptível de acarretar responsabilidade civil dos entes públicos (art. 22º CRP, arts. 1º a 6º do Decreto-Lei nº 48051, de 21 de Novembro de 1967, e art. 90º, nº1, do Decreto-Lei nº 100/84, de 29 de Março - LAL), solidária com os titulares dos seus órgãos e respectivos funcionários e agentes (arts. 269º, nº1, e 271º, nºs 1 e 4, CRP, art. 3º, nº 2, do DL 48051, e art. 500º CC).

14. Conhecedores da Lei que rege os processos de expropriação, bem como o princípio da legalidade que norteia toda a actividade administrativa, bem sabiam os representantes do município que dos seus actos de gestão pública resultaria como causa adequada prejuízo para os proprietários dos terrenos ocupados, decorrente não só da privação do uso e fruição da propriedade, mas igualmente da sua disponibilidade e/ou do seu justo valor.

15. Dada como verificada a violação censurável de deveres legais funcionais pela Câmara Municipal de Trancoso, de que resultaram, como consequência adequada, os danos sofridos pela reclamante e outros interessados encontram-se preenchidos os requisitos da sua responsabilidade civil extracontratual (art. 90º, nº1, LAL, art. 2º do Decreto-Lei nº 48051, e arts. 483º e segs. CC).

III
Conclusões

Pelo exposto, Senhor Presidente da Câmara Municipal de Trancoso, e atendendo à manifestada abertura da Câmara Municipal para a rápida resolução da presente questão, ao abrigo do art. 20º, nº1, alínea a), da Lei nº 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

1. Seja por essa Câmara Municipal atribuída indemnização aos lesados, com vista a ressarci-los dos danos decorrentes da ocupação ilícita dos prédios em causa, nos termos do art. 2º, nº1, do Decreto-Lei nº 48051, de 21 de Novembro de 1967, e do art. 90º do De-

creto-Lei nº 100/84, de 29 de Março.
2 - Que, não sendo possível à Câmara Municipal adquirir, mediante acordo com todos os herdeiros, os terrenos ocupados, proceda o mais rapidamente possível à expropriação dos mesmos, nos termos que se encontram legalmente definidos no Código das Expropriações.

Recomendação sem resposta conclusiva

A
Sua Excelência
o Ministro da Cultura

R-3865/96
Rec. n.º 26/A/99
1999.04.23

Na sequência de queixa apresentada na Provedoria de Justiça acerca do assunto em epígrafe, entendi formular ao ex-IPACA (actualmente Instituto do Cinema, do Audiovisual e do Multimédia) a Recomendação n.º 50/A/97, de 19 de Junho, cuja cópia tomo a liberdade de anexar (doc. n.º 1).

Após pedido daquele Instituto para prorrogação do prazo legal de resposta à referida Recomendação, com fundamento na dificuldade da sua formulação devido "ao período de férias e a inerente desmobilização de pessoal", foi-me enviado um Parecer do Senhor Professor Doutor Almeida Costa, que o ex-IPACA afirmou consubstanciar a sua resposta (doc. n.º2).

Atento o não acatamento da Recomendação n.º 50/A/97, que aquele Parecer visa sustentar, e nos termos do disposto no art. 38º, n.º4, do Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, entendi trazer o assunto junto de Vossa Excelência, nos termos e pelos fundamentos que passo a expor.

I
A Questão de Facto

1. Em síntese, e para definitiva clareza da presente questão, cumpre referir que esta decorre de pedido de pagamento de parte das despesas administrativas ou custos de funcionamento (instalações, pessoal, material de apoio) de uma entidade nacional (Associação…) criada para gerir um Programa Comunitário de co-financiamento de pro-

jectos transcomunitários, no âmbito do audiovisual (PROGRAMA MEDIA).

O pagamento solicitado seria devido a título de comparticipação administrativa no funcionamento daquela Associação, condição imposta pela Comissão Europeia como condição da instalação do Programa MEDIA num Estado-membro de acolhimento durante cinco anos, instalação querida e aceite por Portugal através do ex-IPC, conforme resulta da prova testemunhal produzida no presente processo, dos documentos avulsos e da prática comunitária (o ex-IPC era a entidade reconhecida como competente para a assunção de obrigações decorrentes de protocolos e acordos celebrados no âmbito das suas atribuições – vd art. 3º do Decreto-Lei n.º 391/82, de 17 de Setembro).

No seguimento dos argumentos expendidos pelo IPACA, o Parecer visa sustentar a inexistência de qualquer disposição na legislação comunitária que criou o Programa em causa da qual decorresse a obrigação de pagamento pelo ex-IPC dos custos de funcionamento da Associação S., bem como de qualquer contrato onde a mesma obrigação se fundasse. Ademais, afirma-se, a existir, tal contrato sempre seria nulo por falta de forma legal ou pela inobservância de formalidades prévias exigidas pela Lei.

II
O Direito Aplicável

2. Não pretendendo repetir os argumentos já expendidos na minha Recomendação supra referida, nem tão pouco expor vastas teorias jurídicas sobre a pretensão da reclamante – que, aliás, julgo de verdadeira Justiça -, cumpre-me dizer apenas o seguinte: mesmo a aceitar os argumentos avançados no Parecer enviado a este órgão do Estado (a saber: inexistência de disposição comunitária, inexistência de contrato, ou invalidade deste, a existir), sempre será de deferir aquela pretensão.

3. Se decorre das declarações daqueles que representaram o Estado português nas negociações havidas com representantes da Comissão que era intenção expressa assumir um compromisso de custear parte das despesas da instalação do Programa em Portugal (vd n.ºs 15, e 7 a 12 da minha Recomendação e n.º 9 do Parecer), não devemos esquecer que "toda a conduta, todo o agir ou interagir comunicativo, além de carrear uma pretensão de verdade ou de autenticidade (...), desperta nos outros expectativas quanto à futura conduta do agente. (...) (O) princípio da confiança é um princípio ético-jurídico fundamentalíssimo e que a ordem jurídica não pode deixar de tutelar a confiança legítima baseada na conduta de outrem" (BAPTISTA MACHADO, "Tutela da confian-

ça e *venire contra factum proprium*", Obra Dispersa, Braga, 1991, p. 352).

Conforme quis deixar claro na minha Recomendação (vd n.ºs 21 e 22), os princípios vinculantes da boa-fé e lealdade na negociação e celebração de negócios jurídicos acompanham toda a relação contratual, desde os preliminares até ao seu cumprimento (arts. 217º e 762º do Código Civil). É também isso que decorre do Parecer em causa (n.º 8).

E convém não esquecer que o princípio da boa-fé norteia o Estado na sua actividade, como é actualmente explicitado no Código de Procedimento Administrativo, nos termos do qual deve a Administração respeitar, nomeadamente, "a confiança suscitada na contraparte pela actuação em causa" (al. a) do º2 do art. 6º-A, em cujo n.º1 se determina genericamente a sujeição da Administração ao princípio da boa-fé).

Citando o Professor Almeida e Costa, no "iter negotii" os negociadores têm deveres de lealdade e probidade, "(...) como, por exemplo, o de comunicar à outra parte a causa de invalidade do negócio, (...) o de contratar ou prosseguir as negociações iniciadas com vista à celebração de um acto jurídico" (Direito das Obrigações, Almedina, 6ª ed., pp. 247 e ss.).

Atentas as declarações proferidas durante as negociações entre o Estado e a Comissão, mesmo que se pretenda não ter chegado a existir, afinal, a celebração de um contrato, certo é que se geraram expectativas legítimas de que o mesmo viria a ser realidade. Quem negoceia com outrem deve proceder de boa-fé, sob pena de responder pelos danos que venha a causar, culposamente, à outra parte (art. 227º do Código Civil), pelo que mesmo a alegação de inexistência de contrato válido não afasta a responsabilidade civil pré-contratual e consequente ressarcimento dos danos produzidos pela violação do princípio da confiança e da boa-fé, bem pelo contrário. Como se reconhece no Parecer (n.º 8 das Conclusões), é precisamente este o âmbito por excelência de aplicação do princípio da boa-fé.

Em suma: quer por acatamento da minha Recomendação n.º 50/A/97, quer tendo em conta os argumentos acima expendidos, sempre seria de deferir a pretensão da Associação… no sentido de lhe serem pagas as despesas em causa.

III
Conclusão

Pelo exposto, e ao abrigo do disposto nos artigos 20º, n.º1, alínea a), e 38º, n.º4, da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

que, nos termos da minha Recomendação n.º 50/A/97 ou a título de ressarcimento dos danos resultantes para a Associação… da violação das expectativas legitimamente criadas quanto à celebração, validade e eficácia de actos e negócios jurídicos que sustentassem parte das despesas administrativas da Associação nos anos de 1992 a 1995, se proceda ao pagamento à mesma dessas despesas.

Sem resposta conclusiva

Ao
Exmo. Senhor
Presidente do Conselho de Administração
dos Serviços Municipalizados de Água e Saneamento de Sintra

R-585/97
Rec. n.º 30/A/99
1999.04.29

1. O Senhor… apresentou queixa junto deste Órgão do Estado contra os Serviços Municipalizados de Água e Saneamento de Sintra, por estes lhe exigirem, conjuntamente com a tarifa relativa ao consumo de água, o pagamento da tarifa de tratamento de águas residuais, imposição que considera abusiva, pois a casa de que é proprietário não só não se encontra ligada à rede pública de esgotos, como dispõe de uma fossa séptica, que, aliás, nunca foi despejada.

2. Acrescentava ainda o queixoso ter-lhe sido recusado o pagamento parcial da factura (única) relativa à prestação dos serviços de fornecimento de água e de tratamento de águas residuais (por forma a liquidar apenas a tarifa correspondente ao fornecimento de água), o que, no seu entender, consubstanciava uma violação do disposto no artº 5º, nº 4, da Lei nº 23/96, de 26 de Julho, por se tratar de serviços funcionalmente dissociáveis.

3. Convidados a pronunciarem-se sobre o assunto junto desta Provedoria, in-

vocaram esses SMAS, como fundamento para a posição adoptada, que "(...) qualquer água que seja fornecida irá gerar um efluente, efluente esse que terá que ser drenado e tratado por forma a que se garanta o equilíbrio ambiental e a qualidade da própria água", referindo, ainda, que "(...) estes Serviços têm a seu cargo não só as águas de abastecimento como as águas residuais, uma vez que umas resultam nas outras e mediante o tratamento adequado destas, possibilita-se a manutenção do ciclo da água que é um ciclo natural e como tal impossível de ser dissociado".

4. Relativamente à exigência do pagamento da tarifa de tratamento de águas residuais aos munícipes não servidos pela rede de saneamento, defendiam que " (...) se os consumidores não pagarem o tratamento das suas águas residuais, seja este tratamento feito através do sistema geral de esgotos domésticos ou através da recolha dos resíduos das fossas sépticas que são posteriormente conduzidos a Estações de Tratamento, não poderão estes Serviços fazer face às despesas necessárias para a depuração destas e dificilmente poderão assegurar a qualidade das águas para abastecimento".

5. Analisados os elementos reunidos no decurso das diligências instrutórias do presente processo, ressaltam à evidência duas questões que urge apreciar: a da dissociabilidade ou indissociabilidade dos serviços em causa e a de concluir sobre se, no caso vertente, será devida a tarifa de tratamento de águas residuais.

I
Dissociabilidade ou indissociabilidade da prestação dos serviços de fornecimento de água e de tratamento de águas residuais.

1. Quanto a esta questão importa, desde logo, dizer que o facto de a prestação de ambos os serviços pertencer conjuntamente a esses SMAS, não significa que eles possam ser tratados "globalmente" como se de uma só prestação de serviço se tratasse.

2. Com efeito, podem existir variados tipos de relação entre os serviços camarários prestados aos utentes, nomeadamente os referidos no caso sub judice - fornecimento de água e recolha de efluentes. Porém, para que se aplique a regra do artº 6º, conjugado com o disposto no artº 5º, nº 4, da Lei nº 23/96, de 26 de Julho, aquela relação não é uma qualquer, mas apenas a que ali é referida, isto é: função ou actividade indissociável.

3. Ora, no caso em análise, tal relação não existe.

4. Com efeito, ao referir-se à prestação de serviços "funcionalmente indissociáveis", o artº 5º, nº 4, da Lei nº 23/96, de 26 de Julho, refere-se a uma indissociabilidade

dos mecanismos postos em acção com o objectivo de prestar os variados serviços, de tal modo que, se o accionamento de um mecanismo importar o accionamento de outro, então, sim, estaremos em presença de serviços funcionalmente indissociáveis.

5. Por outras palavras, poderá também dizer-se que, se forem funcionalmente indissociáveis, a cessação da prestação de um dos serviços significará necessariamente a cessação da prestação do outro, pelo que, nesse caso, poderão os SMAS recusar o pagamento parcial da factura que inclua os dois serviços, sob pena da sua suspensão. Assim, e a *contrario sensu*, sempre que a cessação de um serviço não implique a cessação do outro, estamos perante serviços dissociáveis, razão pela qual não poderá ser recusado o direito à quitação parcial.

6. Ora, a própria prática o demonstra, o fornecimento de água não depende da recolha e tratamento das águas residuais. Que assim é, prova-o o facto de ser possível a interrupção do fornecimento de água, sem que deixe de ser assegurado, por isso, o tratamento de águas residuais e vice-versa.

7. No caso em análise, esta constatação surge ainda reforçada pelo facto de o imóvel não se encontrar ligado à rede pública de saneamento, mas sim a uma fossa séptica, o que me leva à segunda questão objecto de queixa do interessado.

II
Exigibilidade da tarifa de tratamento de águas residuais.

1. Alega o reclamante, recorde-se, que o facto de a casa de que é proprietário não se encontrar ligada à rede pública de esgotos, o deveria dispensar do pagamento da tarifa de tratamento de águas residuais.

2. A tarifa em causa constitui uma verdadeira taxa, já que a sua cobrança é contrapartida da prestação de um serviço individualizado: o transporte e depuração dos efluentes. Existe, pois, um nexo sinalagmático entre esta taxa e a prestação efectiva do serviço.

3. Deste modo, por não terem ainda esses Serviços procedido à limpeza da fossa em causa - o que, aliás, fazem gratuitamente -, parece evidente que, dada a impossibilidade de terem efectuado o transporte e a depuração de quaisquer resíduos, não será devido o pagamento daquela tarifa por parte do utente.

4. Na verdade, e contrariamente ao que sucede nos casos em que existe ligação domiciliária à rede pública de esgotos, estamos perante um caso em que não existe uma

prestação continuada do serviço, antes se tratando de prestações pontuais que, como tal, devem ser tarifadas.

Atento o exposto,

Recomendo

a) Que seja reconhecido ao queixoso e a todos os munícipes utentes em situação análoga, no que respeita à prestação dos serviços de fornecimento de água e do tratamento de águas residuais, o direito à quitação parcial, previsto no art. 6º, da Lei nº 23/96, de 26 de Julho, sem a restrição consignada no art. 5º, nº 4 do mesmo diploma, já que se trata de serviços funcionalmente dissociáveis.

b) Que, nos casos em que não exista ligação domiciliária à rede pública de esgotos, a tarifa de tratamento de águas residuais não seja cobrada nos moldes em que o é actualmente - isto é, com periodicidade fixa - por não se verificar, nestes casos uma prestação continuada do serviço de transporte e tratamento dos resíduos.

Recomendação não acatada

Ao
Exmº Senhor
Presidente do Conselho de Administração da
Caixa Geral de Depósitos, S.A.

R-1959/97
Rec. n.º 35/A/99
1999.05.04

I
Dos Factos

1. O Senhor A e a Senhora B apresentaram queixa neste órgão do Estado, visando a conduta da Caixa Geral de Depósitos, S.A. (CGD), relativa à execução de um contrato de empréstimo celebrado em 24 de Janeiro de 1986, e no qual figuravam como fiadores.

2. O referido contrato de mútuo foi celebrado com o Senhor C e a Senhora D, para aquisição da fracção autónoma designada pelas letras "BB", na freguesia e concelho de Loures, descrito na Primeira Secção da Conservatória do Registo Predial de Loures sob o nº ... .

3. A quantia mutuada era de Esc.: 4.660.000, sendo a taxa de juro contratual a "máxima legal em cada momento em vigor para este tipo de operações, inicialmente de vinte e seis por cento ao ano", e encontrando-se garantida por uma hipoteca de montante máximo de Esc.: 13.070.872, acrescida de uma importância para despesas judiciais no valor de Esc.: 186.400.

4. Encontrando-se os mutuários em incumprimento do referido contrato desde 8 de Novembro de 1987, apenas em 23 de Junho de 1993 a Caixa Geral de Depósitos, SA, notificou os fiadores para o pagamento da quantia em dívida, que ascendia já a Esc.: 12.712.608.

5. O montante em dívida, originariamente de Esc.: 4.660.000, quedar-se-ia em 11 de Maio de 1996 em Esc.: 16.747.200, data em que findaram as negociações entre a Caixa e os mutuários, tendentes a obter o pagamento da dívida.

6. A sucessiva prorrogação de prazo e a não comunicação do incumprimento da dívida pela CGD, durante quase seis anos, impossibilitou, pelos montantes atingidos, quer a realização de um acordo de pagamento, quer o direito de regresso dos fiadores, obrigando-os mesmo, para a sua solvabilidade, a vender a casa de morada de família comprada ao abrigo da Lei nº 2092 .

7. Comunicada à CGD a pretensão dos fiadores de redução do montante dos juros em dívida, alegou a mesma que no contrato celebrado aceitaram prévia e expressamente os fiadores as prorrogações de prazo ou moratórias que viessem a ser concedidas, tendo a execução da dívida sido sustada para o integral pagamento das quantias em débito.

II
Do Direito

8. A questão levantada pelos reclamantes prende-se com a alegação de responsabilidade civil contratual e extra-contratual da instituição de crédito, pelos danos causados pela sua conduta, manifestamente excessiva e violadora de princípios de boa-fé que a deviam nortear na relação contratual estabelecida.

9. Sem necessidade de delongas sobre a natureza ou as vantagens óbvias do instituto da fiança para o comércio jurídico, nunca deverá ser esquecido que "o direito da fiança é um compromisso entre segurança do credor e defesa do fiador" (ALMEIDA COSTA, Direito das Obrigações, Almedina, 1991, p. 747). Esta é a perspectiva funcional que justifica simultaneamente a atribuição da posição activa ao titular e o respectivo

exercício, e que se traduz em características como a da acessoriedade e subsidiariedade da dívida do fiador (arts. 627º e 638º do Código Civil - CC-, e 101º do Código Comercial).

9.1. Se é certo que o fiador garante perante o credor o cumprimento da dívida, a ordem jurídica não esquece a tutela da posição do fiador, a quem confere o direito de reclamar do devedor as quantias que teve de pagar por ele (art. 644º CC) e de reclamar juros a que o credor tivesse direito, ou a indemnização pelos danos causados pela conduta do devedor - culminando na possibilidade de exigir prestação de caução quando os riscos da fiança se agravarem sensivelmente (art. 648º CC).

Esta preocupação traduz-se igualmente nas relações entre o fiador e o credor. Assim, nas obrigações a prazo os fiadores que gozem do benefício da excussão têm o direito de exigir que o credor demande o devedor no prazo de dois meses após o vencimento (art. 652º CC); permite-se a exoneração do fiador "na medida em que, por facto positivo ou negativo do credor, não puderem ficar sub-rogados nos direitos que a este competem" (art. 653º CC).

9.2. A preocupação com a fortuna dos fiadores e o seu interesse impõe-se assim na relação contratual, nomeadamente atentos os casos em que, culposamente, o credor pode inviabilizar a satisfação do crédito do fiador por inércia face ao devedor. Sendo certo que, como bem afirma Vaz Serra, "o credor pode deixar de adoptar medidas defensivas contra esse perigo (de insolvência), uma vez que está garantido com a fiança" ("Fiança e Figuras Análogas", BMJ, 71, p. 197), o argumento é tanto mais certo quando o credor se encontra confortável e acrescidamente garantido com uma garantia real (p.e. hipoteca).

10. À acusação da falta de execução e de informação pela CGD responde essa instituição que os fiadores deram antecipadamente acordo a quaisquer prorrogações de prazo que a mesma viesse a conceder, conforme se encontra consignado no contrato celebrado em 1986:

"Os terceiros outorgantes responsabilizam-se perante a Caixa Geral de Depósitos como fiadores (...). Que nesta qualidade dão desde já o seu acordo a quaisquer prorrogações de prazo ou moratórias que venham a ser concedidas pela Caixa."

A sua conduta, alega, ao prorrogar o tempo de cumprimento das prestações em dívida, por forma a permitir o seu pagamento, traduziria assim o regular exercício de um direito, causa excludente da eventual ilicitude da sua conduta.

10.1. Ora, a funcionalização dos direitos de crédito impede que tal argumentação seja tomada por boa: abstraindo da assunção de critérios subjectivos ou objectivos, "deve considerar-se abusivo o exercício de um direito sempre que a conduta do respectivo titular se mostre, no caso concreto, gravemente chocante e reprovável para o sentimento ético-jurídico prevalecente na colectividade" (ALMEIDA COSTA, ob. cit., p. 455). Com efeito, a liberdade de acção, traduzida nomeadamente nos princípios gerais da liberdade de contratar e de estipulação negocial (art. 405º CC), sofre limitações, não só no conteúdo dos direitos subjectivos, ou outras posições jurídicas activas, mas igualmente no seu exercício (CUNHA DE SÁ, Abuso de Direito, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, 1973, p.587, e COUTINHO DE ABREU, Abuso de Direito, Almedina, 1983, p. 67).

10.2. Estes limites encontram-se vertidos, nomeadamente, no art. 334º do Código Civil, que estatui a ilicitude do exercício de um direito quando o seu titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim económico e social desse direito.

Existe abuso de direito, segundo a jurisprudência, sempre que existe um exercício "anormal, quanto à sua intensidade, ou à sua execução, de modo a poder comprometer o gozo de direitos de terceiros e a criar uma desproporção objectiva entre a utilidade do exercício do direito, por parte do seu titular, e as consequências que outros têm de suportar" (Ac. da Relação de Coimbra de 2/2/1983, in CJ, 1983, V, p. 52).

Sendo certo que "exercer significa assumir um comportamento e neste tanto cabe a acção como a omissão" (CUNHA DE SÁ, ob. cit., p.106), a ideia de que "o fim económico e social de um direito" deve limitar o seu não exercício encontra-se espelhada em diversos institutos do direito privado (nomeadamente nos casos da prescrição e do não uso do direito), "porque a ordem jurídica não pode tolerar o não exercício prolongado de um direito" (ibidem, p. 220).

10.3. Citando ainda Vaz Serra, "se o credor tem o direito de agir para realizar o seu crédito, tal direito, com a inerente faculdade, torna-se um dever nas relações do garante. Aflora em tal situação aquele dever de correcção, que é norma de conduta também no exercício de direitos (...); a sua transgressão gera responsabilidade, que se pode efectivar com a perda do direito de crédito contra o garante. (...). Parece com efeito razoável que o credor deva ter o dever de, em determinadas circunstâncias, agir contra o devedor, sem o que perderá o direito contra o fiador. Este garantiu, a seu favor, o resultado do cumprimento da obrigação do devedor; deve, correspondentemente, o credor

impedir o prejuízo do fiador" (ob. cit., p. 206).

Concedendo sucessivas prorrogações de prazo de cumprimento aos devedores inadimplentes, e adiando a execução do empréstimo durante 10 (dez) anos, atendendo à elevada taxa de juro acordada, à contagem de juros sobre juros corrente nos usos bancários, e ao avolumar do montante em dívida, a conduta da Caixa, não só agravou irreparavelmente a situação de insolvência dos seus mutuários, como causou aos fiadores um prejuízo dificilmente ressarcível.

10.4. Não podemos esquecer que o fiador garante "o cumprimento pontual, responde pelos juros de mora, como responde pela impossibilidade culposa (do devedor) da prestação (...)"; assim, ele "pode, se o devedor não cumprir, querer cumprir logo, a fim de evitar a mais larga responsabilidade derivada da mora" (VAZ SERRA, ob. cit., pp.79 e 84), encontrando-se então o credor obrigado a praticar todos os actos necessários ao cumprimento da obrigação (art. 813º CC).

Ao permitir a mora do devedor durante anos, sem sequer a comunicar aos fiadores, a Caixa Geral de Depósitos excedeu manifestamente a faculdade acordada com os fiadores na celebração do contrato; o excesso manifesto dos seus limites axiológico-materiais tornou ilegítimo o seu exercício.

Se existe o dever de evitar o abuso nos precisos termos em que existe o dever de não praticar um ilícito, tal decorre da inexistência de destrinça material ou de substância entre a antijuridicidade específica do abuso de direito e a que é própria da ilicitude (formal).

Assim, e enquanto acto antijurídico, contrário ao direito, as suas consequências normativas deverão ser iguais às de todo e qualquer acto antijurídico, e "naturalmente a que vai ligada ao aspecto da reparabilidade dos danos que o titular da prerrogativa jurídica abusivamente exercida porventura cause...", verificados que sejam os demais pressupostos da responsabilidade civil (CUNHA de SÁ, ob. cit., p. 638; PESSOA JORGE, Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil, CCTF, 80, Lisboa, 1968, p. 202).

Verificados que sejam os demais requisitos de responsabilidade civil extra-contratual, encontra-se o lesante obrigado a ressarcir o lesado dos prejuízos causados pela sua conduta ilícita.

11. Os limites da boa-fé podem-se assim equacionar como limitação no exercício de um direito subjectivo, mas também como fonte de especiais deveres de conduta.

A relação de crédito é uma relação obrigacional complexa, contendo, além de

um feixe de direitos de crédito e deveres de prestação, deveres secundários de prestação, destinados a possibilitar o fim contratual, protegendo pessoas e bens da outra parte "que podem ser afectados em conexão com o contrato (Erhaltungsinteresse), independentemente do interesse no cumprimento", denominados de deveres "de protecção", "de conduta" ou "de diligência", ou "laterais", dada a relação de confiança que o contrato fundamenta (MOTA PINTO, Cessão da Posição Contratual, Coimbra, 1970, pp. 337-9).

O dever de adopção de comportamentos que se pode esperar entre "contratantes honrados e leais", tendentes a conseguir a consecução dos fins do contrato, enquadra-se na matriz em que se traduz a cláusula geral da boa-fé, "ou seja, a regra de valoração da conduta das partes como honesta, correcta, leal", "implicando a sua culposa infracção, por qualquer dos sujeitos da obrigação, responsabilidade civil com fundamento em violação do contrato (art. 798º) (MOTA PINTO, ob. cit., p. 341).

11.1. Estes deveres laterais, cujo nascimento e especial conformação adquire eficácia consoante pressupostos e circunstâncias variáveis, adquirem uma particular intensidade nos casos em que as relações contratuais são duradouras, "dependendo o seu surgimento e a sua superação da situação material concreta, como emanações do princípio da boa-fé" (MOTA PINTO, ob. cit., p. 347; SINDE MONTEIRO, Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações, Almedina, 1989, p. 47).

O art. 762º, nº2, do Código Civil, estatui às partes um dever de agir de boa-fé na execução dos contratos; ora, a doutrina entende que um dos deveres que emana deste normativo é o dever de cooperação e informação, pois "no desenvolvimento de uma qualquer relação jurídica, e no caso que tratamos naquelas que nascem dum contrato bancário, produzem-se factos e constituem-se situações geradoras, para qualquer uma das partes, de um dever (e correspondente direito) de informar a outra, de forma a evitar "qualquer perigo para a realização do fim contratual" (AGOSTINHO GOMES, "A responsabilidade do banco por informações à luz do art. 485º do Código Civil", in Revista de Direito e Economia, 14, p. 143).

E a boa-fé, imposta nos termos dos arts. 334º e 762º CC, "se refere tanto aos deveres principais ou típicos de prestação e aos deveres secundários ou acidentais, como também aos deveres acessórios de conduta quer pelo lado do devedor (...), quer pelo lado do credor (v.g., evitar a maior e desnecessária oneração da prestação)" (CUNHA DE SÁ, ob. cit., p. 174).

11.2. É usual citar o caso francês, e a sua jurisprudência, por ser bastante exigente relativamente à responsabilidade do banqueiro, pois se entende que "a qualifica-

ção profissional bancária, que funda a confiança da clientela e do público, impõe aos seus membros um grau de diligência de um nível elevado, e toda a omissão a este dever constitui uma falta ("une faute") que faz nascer uma obrigação de reparação" (Ripert-Roblot, Traité de Droit Commercial, II, 12ª ed., p. 337, citado por MANUEL FARIA, "Algumas questões em torno da responsabilidade civil dos Bancos pela concessão ou recusa de crédito, e por informações, conselhos ou recomendações", in Revista da Banca, nº 35, 1985, p. 51).

Conforme decidiu a *Cour de Cassation* num célebre Acórdão no processo de falência da firma "Laroche & Fils", o banco condenado, através da constante concessão de crédito, tinha feito aumentar o passivo da sociedade, impossibilitando assim, através da omissão de deveres de fiscalização da sociedade falida, o ressarcimento dos créditos dos demais bancos por aumento desmesurado do passivo. Esta decisão possibilitou a generalização doutrinal de que o banqueiro é responsável desde que "a sua intervenção faltosa permita a um cliente em má situação de negócios conservar um crédito aparente e fictício e agravar o seu passivo antes de cair na liquidação dos bens" (Ibidem).

11.3. O problema que se coloca não respeita à abertura do crédito, nem tão pouco à ruptura abusiva da concessão de crédito, mas sim ao seu prolongamento abusivo (no sentido de não adaptado à situação jurídica ou à personalidade do devedor - FRÉDÉRIC PELTIER, Introduction au droit du credit, Paris, 1983, p. 28).

Existe responsabilidade contratual por violação de deveres de informação quando se viola o dever fundamental de boa-fé, sempre que este impõe um dever de informar.

A questão, estudada em França sob a figura muito própria da *"faute"*, reconduz-se ao problema de uma violação dos deveres que resultam para o banqueiro do contrato de mútuo, distinguindo-se diferentes deveres de informação e diligência, consoante o tipo de contrato (sobre a solvabilidade das partes, de apreciação do risco, boa afectação dos recursos disponíveis - FRÉDÉRIC PELTIER, ob. cit., p. 29).

Encontrando-nos ainda na esfera da clientela da instituição, garantindo os fiadores a dívida principal, mandam os bons usos do comércio jurídico (bonos mores) que o credor os informe sobre todos os factos susceptíveis de alterar a sua posição jurídica ou a sua fortuna, não cobertos pelo dever de sigilo (sobre o entendimento do conteúdo deste dever e respectivos sujeitos, por todos, CONCEIÇÃO NUNES, "Os deveres de segredo profissional no Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financei-

ras" RB, nº 29, 1994, p.39; COSTA FREITAS, "O sigilo bancário", in ROA, nº 19, Outubro de 1983, p. 9).

Estamos no âmbito dos denominados deveres de protecção, deveres que pretendem proteger as partes dos riscos de danos na sua pessoa e património e que "nascem da (e por causa da) relação particular estabelecida: a sua finalidade é negativa" (CARNEIRO DA FRADA, Contrato e Deveres de Protecção, Coimbra, 1994, p. 41).

No caso concreto, e para além de outros deveres resultantes da relação de crédito duradoura complexa existente, e para além de instar o devedor ao cumprimento, deveria a Caixa Geral de Depósitos "comunicar-lhe sem demora, logo que o prazo tenha decorrido, que quer dirigir-se contra ele (...)", o que abrange aquele que se constituiu como fiador e principal pagador (Vaz Serra, ob. cit., p. 205). Só assim, aliás, seria possível preencher o dever geral de cooperação do credor que tanto caracteriza a relação creditória (art. 813º CC).

12. A responsabilidade civil depende ainda da verificação dos demais requisitos, como a culpa do agente, o dano e a causalidade.

O conceito indeterminado da culpa implica o acolhimento de um modelo de conduta considerado ideal, e a adopção de padrões de conduta indeterminados postula a sua concretização através de relações ou condutas leais, cuja violação acarreta responsabilidade civil da instituição (arts. 483º e 500º CC).

Como? Através de parâmetros objectivados, quer pela vivência social, quer pela profissionalidade em apreço.

12.1. A diligência aqui exigível, de um bom pai de família (art. 487º, nº2 CC), deve aferir-se segundo a diligência de um gestor criterioso e ordenado, em função do interesse dos seus clientes (depositantes, mutuários, investidores, demais credores).

Citando Lopes Cardoso, não se desatenda que "é o Banqueiro um emprestador profissional especializado (...). Informar e informar-se, eis duas linhas duma prudente conduta da banca, tantas vezes esquecidas e outras malsinadas por os que se permitem compará-la ao guarda chuva que se abre quando não há sol nem chove (...)" ("Alguns aspectos da responsabilidade do Banqueiro", in Temas de Direito Comercial, Coimbra, 1986, p. 223).

Sendo certo que uma relação creditícia nasce e se desenvolve com vista ao cumprimento, no caso dos bancos, ou mais latamente, das instituições de crédito, "o cliente presume uma competência e organização, uma profissionalização específica, que os bancos efectiva e objectivamente possuem." (AGOSTINHO GOMES, ob. cit., p. 138).

Aliás, o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei nº 298/92, de 31 de Dezembro (RG), estatui, nos seus arts. 74º e 76º, especiais deveres de diligência do banqueiro, bem como de respeito pelos interesses dos clientes que lhe estão confiados. E se alguma doutrina afirma mesmo que a determinação do banco na concessão de crédito se encontra limitada, nos casos em que a mesma causa ou agrava a ruína ao mutuário (MANUEL FARIA, ob. cit., p. 56), especial consideração deve existir quando se pode violar a confiança de terceiro que com ele contratou.

12.2. Estes deveres gerais que cominam uma particular diligência encontram-se vertidos em outros preceitos especiais.

Sempre poderíamos afirmar que a Caixa Geral de Depósitos prossegue especiais fins de interesse público (em paralelo, aliás, com o que sucedia com o Banco de Fomento e Exterior, SA, antes da total privatização), cuja contrapartida se traduz em regimes jurídicos próprios (no processo de execução, na criação de títulos executivos, etc.) - motivo pelo qual, aliás, não consideram os órgãos judiciais tais regimes violadores do princípio da igualdade perante as demais instituições de crédito (vd Ac. STJ de 24 de Julho de 1986, in BMJ, 359, p. 634).

Conforme tem salientado a jurisprudência, relativamente ao regime jurídico específico da Caixa, os seus "serviços prosseguem inegáveis fins públicos e satisfazem necessidades colectivas, quer no sector do crédito (serviços principais), quer no sector da Previdência dos servidores do Estado (...)" (vd Ac. STA de 25 de Outubro de 1990, in AD, 349, p. 50).

Compete-lhe "cooperar na resolução do problema habitacional, mediante o crédito para construção ou aquisição de residência própria, o financiamento à construção civil para edificação de habitações destinadas à venda ou arrendamento em condições acessíveis, e a aplicação de fundos da Caixa Nacional de Previdência na construção ou aquisição de casas para funcionários do Estado e dos corpos administrativos, nos termos das disposições em vigor" (art. 7º do Decreto-Lei nº 48 953, de 5 de Abril de 1969; vd Decreto-Lei nº 693/70, de 31 de Dezembro, completado com o Regulamento contido no Decreto-Lei nº 694/70, também de 31 de Dezembro).

O art. 63º do Decreto-Lei nº 674/70, aplicável ao crédito predial por força do disposto no art. 68º do mesmo diploma, estatui que, "se houver justo receio de insol-

vência ou falência do mutuário (...) poderá a Caixa determinar a liquidação do empréstimo".

Não resulta daqui uma obrigatoriedade de liquidação, mas sim uma norma de especial diligência; para um capital de 4.500.000$00, a diligência média exigível a um credor levaria a que se liquidasse o respectivo empréstimo (consequentemente, notificando os garantes) muito antes de este ter atingido quase o seu quádruplo.

12.3. Este dever de especial diligência nas suas relações profissionais leva mesmo Autores a afirmar que, a fim de evitar uma futura insolvência do devedor ou um futuro agravamento dela, o credor tem, não só o dever de proceder contra o devedor, mas também o "de continuar diligentemente o procedimento. (...) O credor deveria, não só propor a acção, mas continuá-la (...)" (Vaz Serra, ob. cit., p. 206) - o que a Caixa não fez.

13. Da conduta da Caixa Geral de Depósitos, S.A., resultou por isso um prejuízo para os fiadores que deve, de harmonia com as regras gerais da responsabilidade, ser reparado.

Ainda que não acompanhando Vaz Serra, que afirma que a "reparação traduzir-se-ia na perda correspondente do direito do credor contra o fiador" (ob. cit., p. 213), sempre deverá no entanto a instituição de crédito acordar com os fiadores o ressarcimento dos graves prejuízos por estes sofridos por virtude da actuação supra referida.

13.1. A conduta da Caixa Geral de Depósitos permitiu que o exorbitante montante atingido pela dívida implicasse, de facto, a total impossibilidade do seu cumprimento pelos mutuários - apesar da venda do apartamento objecto de garantia real a favor daquela.

Tal facto, não só obrigou os garantes a venderam igualmente o apartamento que constituía casa de morada de família, como inviabilizou o exercício do direito de regresso que a Lei estatui a favor do fiador, constituindo-os por isso em grave prejuízo pessoal e patrimonial.

III
Conclusão

Encontrando-se reunidos todos os pressupostos legalmente exigíveis para a responsabilidade civil da Caixa Geral de Depósitos, SA,

Recomendo

a V.Exa, ao abrigo do artigo 20º, nº1, alínea a) da Lei nº 9/91, de 9 de Abril, que sejam

ressarcidos os Senhores A e B dos prejuízos causados pelos factos acima descritos.

Recomendação não acatada

Ao
Exm.º Senhor
Presidente da Direcção
da Associação dos Técnicos Oficiais de Contas

R-3249/98
Rec. n.º 37/A/99
1999.05.11

Começo por agradecer a Vª Ex.ª a resposta que, com data de 22 de Janeiro p.p. e a referência C.C., foi dada às questões que tinha colocado no ofício n.º 912, de 18.01.99.

Conforme é do conhecimento de Vª Ex.ª, a intervenção do Provedor de Justiça no conturbado e complexo processo da regularização da inscrição dos profissionais de contabilidade na Associação dos Técnicos Oficiais de Contas não é recente nem se limitou à ponderação exclusiva dos interesses dos candidatos ou das pretensões da ATOC.

A publicação do Decreto-Lei n.º 265/95, de 17 de Outubro, que aprovou o Estatuto dos Técnicos Oficiais de Contas, veio originar a apresentação de dezenas de queixas neste Órgão do Estado, por parte de cidadãos, associações, escolas e empresas, representativos de milhares de pessoas, relativamente à inexistência de um adequado regime transitório que pudesse abranger e salvaguardar os direitos e interesses dos profissionais de contabilidade (técnicos de contas e contabilistas) que, não preenchendo os requisitos previstos no art.º 8º do Estatuto e, designadamente, as habilitações mínimas constantes dos art.ºs 9º e 10º do Estatuto para se inscreverem na Associação dos Técnicos Oficiais de Contas se viam, assim, impedidos de continuar a exercer a sua profissão e o seu trabalho.

O Estatuto dos Técnicos Oficiais de Contas ao exigir, como condição de inscrição de um profissional - o mesmo é dizer, como condição do exercício da profissão de técnico oficial de contas -, habilitação ao nível da licenciatura, bacharelato ou curso de habilitação específica, veio excluir do ingresso na Associação todos aqueles profissionais que, à data da entrada em vigor do Estatuto em 17 de Outubro de 1995, não es-

tavam inscritos como técnicos de contas na Direcção-Geral dos Impostos, não tinham o 12º ano de escolaridade, ou não tinham três anos de prática em serviço de contabilidade.

O problema assumiu uma gravidade acrescida pelo facto de, desde 1 de Janeiro de 1998, a escrita e as declarações fiscalmente relevantes dos contribuintes singulares com contabilidade organizada e das empresas, no que respeita ao IRS, ao IRC e ao IVA passarem, obrigatoriamente, a dever ser assinadas pelo respectivo responsável, que teria, legalmente, que ser um técnico oficial de contas, inscrito na respectiva Associação.

Tomando consciência das injustiças constantes deste Decreto-Lei, Sua Excelência o Ministro das Finanças tinha publicado, em 1 de Outubro, o Despacho n.º 8470/97, que veio consagrar um regime excepcional de candidatura à inscrição na Associação dos Técnicos Oficiais de Contas, exigindo como requisitos de admissão a esta a habilitação mínima do 9º ano de escolaridade e, ainda, que os candidatos tivessem sido, entre 1 de Janeiro de 1989 e 17 de Outubro de 1995, durante três exercícios seguidos ou interpolados, os responsáveis directos por escrita organizada e, finalmente, que obtivessem aprovação em exame adequado para o efeito. Absolutamente extraordinário, este processo seria a "última e derradeira" hipótese de inscrição na Associação, no entender do Governo.

No entanto, desde logo este processo extraordinário de regularização levantou variadas contestações, dadas a conhecer à Provedoria de Justiça, designadamente as derivadas do facto de afastar do seu âmbito todos os técnicos de contabilidade - e muitos deles poderiam ter passado já metade da vida a exercer a profissão - que não tinham a habilitação mínima do 9º ano de escolaridade.

Estudado o assunto, entendi que os reclamantes tinham razão pois estava em causa o exercício de direitos e expectativas que mereciam tutela adequada, uma vez que, por omissão legislativa, milhares de trabalhadores podiam ficar, de forma irremediável e de um momento para o outro, impedidos de exercer a sua profissão, que para muitos era o trabalho da sua vida.

Neste sentido, formulei em 4 de Dezembro de 1997 uma Recomendação dirigida a Sua Excelência o Ministro das Finanças, em que, depois de sumariar todo o processo, e sem querer pôr em causa as opções de índole legislativa constantes do Estatuto dos Técnicos Oficiais de Contas, fazia apelo a que uma questão desta natureza, importância e complexidade, fosse resolvida de forma cuidadosa, equilibrada, ponderada e sem precipitações. Para o cumprimento destes objectivos tornava-se essencial ganhar

tempo para estudar o assunto, por um lado, e, por outro, não originar situações de difícil ou impossível retorno.

Assim, entendi que no âmbito do cumprimento destes objectivos se tornava essencial "a continuação da suspensão do processo excepcional de candidatura à inscrição na Associação dos Técnicos Oficiais de Contas, criado pelo Despacho n.º 8470/97, de 1 de Outubro, até ao fim do presente ano, de forma a possibilitar-se uma tomada de posição sobre as reclamações que me foram apresentadas. Como consequência mais imediata decorre a suspensão do exame marcado para o próximo sábado, dia 6 de Dezembro de 1997".

O outro aspecto da Recomendação referia-se à "manutenção da suspensão do Despacho de Sua Excelência o Ministro das Finanças n.º 155/97-XII de 25 de Março, até ao completo esclarecimento da situação, de modo a continuar a possibilitar o efectivo exercício da profissão, mediante a assinatura das declarações fiscalmente relevantes, a todos os técnicos que actualmente exerçam essas funções mas não tenham conseguido regularizar a sua inscrição na Associação dos Técnicos Oficiais de Contas".

A Recomendação não foi acatada e, em consequência, o processo de regularização extraordinário para a inscrição na Associação continuou, o exame em causa foi mesmo realizado no dia 6 de Dezembro de 1997, e os profissionais não inscritos na Associação viram-se impedidos, desde 1 de Janeiro de 1998, de assinar as declarações fiscais de IRS, IRC e IVA.

Não tendo esta intervenção urgente tido êxito, de imediato se procedeu à apreciação da questão de fundo e, em 31 de Dezembro de 1997, foi feita nova Recomendação (n.º 25/B/97) a Sua Excelência o Ministro das Finanças, propondo uma solução que poderia resolver a questão, no interesse, quer das expectativas dos candidatos, quer das garantias de qualidade e idoneidade profissionais defendidas pela Associação.

Neste sentido, preconizei a criação de um novo regime transitório para a aplicação do Decreto-Lei n.º 265/95, de 17 de Outubro, que desse a todos os profissionais não inscritos na Associação a possibilidade de o virem a fazer, sem prejuízo dos direitos adquiridos e das legítimas expectativas.

Assim, todos os técnicos de contas que, à data da publicação do Estatuto da Associação, não estivessem inscritos como tal na DGCI e não tivessem a habilitação do 12º ano de escolaridade poderiam, desde que naquela data comprovassem ser, de facto ou de direito, responsáveis por contabilidade organizada, solicitar a sua inscrição na

Associação dos Técnicos Oficiais de Contas, devendo, para o efeito, obter aprovação em exame que reunisse condições adequadas de exigência, rigor, isenção, transparência e recurso. Esta solução permitiria garantir, simultaneamente, a defesa dos direitos, interesses e expectativas dos candidatos e o cumprimento do requisito de qualidade no exercício da profissão exigido pela Associação.

Esta Recomendação não veio a ser acatada, com o argumento de o Despacho de Sua Excelência o Ministro das Finanças n.º 8470/97 conter já, em si, uma solução equilibrada.

Contudo, este assunto veio posteriormente a ter nova evolução, tendo a Assembleia da República aprovado a Lei n.º 27/98, de 3 de Junho, que consagrou uma solução que ultrapassou consideravelmente a proposta por este Órgão do Estado: de acordo com esta Lei, podem, a título excepcional, inscrever-se na Associação dos Técnicos Oficiais de Contas todos os profissionais de contabilidade que, entre 1 de Janeiro de 1989 e 17 de Outubro de 1995, tivessem sido responsáveis directos por contabilidades devidamente organizadas, durante três anos seguidos ou interpolados.

Tal regime transitório não representou, contudo, para o Provedor de Justiça, um ponto final no assunto, pois originou muitas outras queixas, quer dos que entendem que, por demasiado amplo e abrangente, o regime aprovado pela Assembleia da República não permitia satisfazer os requisitos de qualidade e idoneidade profissionais dos técnicos oficias de contas - e neste âmbito recebi e procedi à apreciação da queixa apresentada pelo Exmo Senhor Presidente da Comissão Instaladora da ATOC -, quer dos que consideravam que no novo processo de regularização tinham sido, em casos concretos, cometidas ilegalidades na apreciação dos documentos que conduziram à recusa das respectivas inscrições na Associação.

Relativamente ao primeiro assunto, a referida queixa apresentada pela Comissão Instaladora da ATOC na Provedoria de Justiça contestava, quer a opção de fundo do legislador, quer invocadas ilegalidades formais e inconstitucionalidades da Lei n.º 27/98, de 3 de Junho. Uma apreciação do assunto levou a que fosse feita a Recomendação n.º 4/B/98, dirigida a Sua Excelência o Presidente da Assembleia da Republica, visando a alteração desta Lei no sentido já preconizado na anterior Recomendação n.º 25/B/97, de 31 de Dezembro, supra referida, o que vinha ao encontro do essencial das preocupações da ATOC.

Ou seja, esta Recomendação, que acolheu as principais objecções ao texto legislativo suscitadas pela Comissão Instaladora da ATOC, defendia a tomada de uma

posição que já tinha sido preconizada pela Provedoria de Justiça seis meses antes, solução necessariamente mediadora e equidistante dos interesses diversos em confronto: admitir a inscrição na ATOC de todos os profissionais de contabilidade, mediante a aprovação em exame de acesso que garantisse condições adequadas de competência, isenção, transparência e recurso.

Como resolução compromissória do problema, a preconizada na Recomendação terá, naturalmente, as virtudes e os defeitos das soluções que assumem esta natureza. O essencial era, à partida, não cercear ou excluir a oportunidade de candidatura e inscrição na ATOC dos profissionais de contabilidade não abrangidos pelo Decreto-Lei n.º 265/95, de 17 de Outubro. E, nunca não é demais recordá-lo, o regime inicialmente constante deste Decreto-Lei não permitia a muitos destes profissionais serem, tão pouco, candidatos a técnicos oficiais de contas.

Contudo, por ter entendido manter a opção constante da Lei n.º 27/98, de 3 de Junho, a Assembleia da República não acatou a Recomendação n.º 4/B/98.

Conforme acima referi, tenho recebido, por outro lado, muitas queixas - que suscitaram pedidos de esclarecimento à ATOC - relativas à legalidade do regulamento de aplicação da Lei n.º 27/98, de 3 de Junho, e, designadamente, quanto à eventual restrição do âmbito do texto legislativo feita pela interpretação da Associação, no que concerne ao conceito de "responsável directo por contabilidade organizada" e à necessidade e suficiência da prova dessa responsabilidade, fundamentos com que tem vindo a excluir da admissão à ATOC muitos dos candidatos.

Este assunto é, aliás, o objecto da presente Recomendação, sendo relevantes para o efeito as dúvidas que, previamente e por via do ofício n.º 912, de 18.01.99, coloquei à Direcção da ATOC, e os esclarecimentos por esta prestados por carta datada de 22 de Janeiro de 1999.

Considero que esta resposta da ATOC permitiu esclarecer várias das questões colocadas, designadamente as relativas ao poder regulamentar da Associação, à estatística das candidaturas aprovadas e não aprovadas, ao principal fundamento da não aceitação de candidaturas e à necessidade da apresentação de fotocópia autenticada do bilhete de identidade.

Contudo, não posso considerar aceitável o referido no n.º 7 da resposta da ATOC à questão central que, também com o n.º 7, coloquei no ofício n.º 912, de 18.01.99: em suma, está em causa o âmbito, a extensão e, sobretudo, a utilização do

poder regulamentar da Comissão Instaladora da ATOC, ao definir e concretizar no n.º 1 do art.º 3º do Regulamento de 3 de Junho de 1998 o requisito legal, constante do art.º 1º da Lei n.º 27/98, de 3 de Junho, relativo ao conceito de "responsável directo por contabilidade organizada", definição que determinou a recusa de admissão à Associação de mais de 25 % dos candidatos que o pretenderam fazer ao abrigo deste regime excepcional.

Nos termos do disposto no art.º 1º da Lei n.º 27/98, de 3 de Junho, podiam requerer a sua inscrição na ATOC como técnicos oficiais de contas todos os profissionais de contabilidade que cumprissem, simultaneamente, duas condições:

- "desde 1 de Janeiro de 1989 e até à data da publicação do Decreto-Lei n.º 265/95, de 17 de Outubro, tenham sido, durante três anos seguidos ou interpolados,"
- "individualmente ou sob a forma de sociedade, responsáveis directos por contabilidade organizada, nos termos do Plano Oficial de Contabilidade, de entidades que naquele período possuíssem ou devessem possuir contabilidade organizada".

Ou seja, o art.º 1º da Lei impõe, para efeitos do regime de inscrição excepcional na ATOC, o preenchimento de um elemento de ordem material (a responsabilidade directa por contabilidade organizada) e um elemento de natureza temporal (tais funções deverão ter sido exercidas, de forma seguida ou interpolada, durante três anos, entre 1 de Janeiro de 1989 e 17 de Outubro de 1995).

Pretendendo tornar "uma Lei exequível, que de outra forma não o seria", mediante a "aprovação quer de normas procedimentais, quer de normas definidoras de alguns conceitos a que aquele diploma faz apelo", procedeu a Comissão Instaladora da ATOC, visando "a boa execução da mencionada Lei", à elaboração do Regulamento com data de 3 de Junho de 1998, considerando não ter "o mesmo inovado, modificado ou acrescentado nada ao estatuído na mesma Lei".

Com este entendimento, e de acordo com a norma constante do n.º 1 do art.º 3º do Regulamento, determina a ATOC que, "para o efeito do disposto no art.º 1º da Lei n.º 27/98, de 03 de Junho, consideram-se responsáveis directos as pessoas singulares que assinaram como responsáveis pela escrita as declarações tributárias, quer o tenham feito em nome próprio, quer em representação da sociedade".

De tal exigência decorre que a prova do preenchimento deste requisito deva ser feita mediante a entrega de cópias autenticadas ou certidões das declarações modelo 22

do IRC e/ou anexo C das declarações modelo 2 do IRS, relativas a três exercícios, seguidos ou interpolados, compreendidos entre 1989 e 1994, inclusive, conforme o exigido na alínea d) do n.º 1 do art.º 1º e no n.º 1 do art.º 2º do Regulamento.

Questionada a ATOC sobre os fundamentos da "concretização do conceito" de "responsáveis directos por contabilidade organizada" constante do art.º 1º da Lei n.º 27/98, de 3 de Junho, no sentido de se considerarem apenas abrangidas pela norma "as pessoas singulares que assinaram como responsáveis pela escrita as declarações tributárias" (n.º 1 do art.º 3º do Regulamento), foram invocados os seguintes motivos para esta delimitação:

"A responsabilidade directa não se limita à execução de contabilidade, mas abrange, ainda, a responsabilidade pela regularidade fiscal das contas do contribuinte obrigado a possuir contabilidade organizada durante o período em referência".

"Ora, essa responsabilidade, manifestamente, só poderia decorrer e, portanto, ser comprovada, pelo facto de o profissional de contabilidade ter assinado juntamente com o contribuinte, como responsável pela contabilidade, as declarações fiscais do segundo e de nas mesmas ter aposto o seu número de contribuinte no campo destinado àquele responsável".

"Releva-se que o facto de desde Janeiro de 1989 até 17.10.95 as contabilidades dos contribuintes não terem de ter a sua legalidade e verdade asseguradas por um técnico de contas inscrito na DGCI, não afastava a necessidade de ter alguém responsável pelas mesmas contabilidades".

"Por isso, nos modelos das declarações fiscais de imposto sobre o rendimento dos contribuintes obrigados a possuir contabilidade organizada sempre apareceu, no período em referência um local destinado a ser assinado e preenchido pelo responsável pela contabilidade, que poderia ser, ou não, um técnico de contas inscrito na Direcção Geral de Contribuições e Impostos".

Sem dúvida que o texto acabado de citar, parcialmente transcrito da reposta dada por Vª Ex.ª, traduz uma situação indiscutivelmente verdadeira, mas só em parte, pois os profissionais de contabilidade que, entre aquelas duas datas, para além de executarem e responderem pela regularidade da contabilidade dos sujeitos passivos de IRS e IRC, ainda assinavam, como responsáveis pela escrita, as respectivas declarações fiscalmente relevantes eram, seguramente, responsáveis directos por contabilidade organizada.

Contudo, não me parece ser essa, de modo nenhum, nem a única nem, muito menos, uma correcta ou admissível interpretação da letra e do espírito do art.º 1º da Lei n.º 27/98, de 3 de Junho.

Desde logo porque, onde a Lei não distingue não deve o intérprete distinguir. Assim, quando o texto legislativo se refere a "responsáveis directos por contabilidade organizada", há que considerar incluídos neste requisito legal os profissionais de contabilidade que executavam e respondiam pela contabilidade organizada, mesmo que não assinassem as declarações fiscalmente relevantes, condição que não consta da Lei.

Por outro lado, o objectivo expresso da Lei n.º 27/98, de 3 de Junho, foi o de proceder à regularização "excepcional" da inscrição de candidatos na ATOC. Ora, a excepcionalidade do diploma é, só por si, fundamento de não aceitação imediata de interpretações que possam pôr em causa o seu regime de excepção.

Depois, parece óbvio que jamais a Lei poderia ter a pretensão de limitar e reduzir o conceito de "responsáveis directos por contabilidade organizada" às pessoas ou técnicos que, entre 01.01.89 e 17.10.95, assinaram declarações fiscalmente relevantes se, justamente entre essas duas datas, a assinatura daquelas declarações não tinha que ser feita por pessoa directamente responsável pela contabilidade organizada. Sem dúvida que o poderia fazer. Mas de certeza que a isso não estava legalmente obrigada.

Ou seja, não é admissível que o legislador tivesse elegido como critério definidor e limitador da responsabilidade directa por contabilidade organizada a realização de um procedimento que não passava, entre aquelas datas, de uma mera opção, sem consequências jurídicas.

Assim, só se poderia compreender e admitir que os "responsáveis directos por contabilidade organizada" a que se refere o art.º 1º da Lei n.º 27/98, de 3 de Junho, fossem as pessoas que assinaram as declarações fiscalmente relevantes de IRS e de IRC se tal formalidade decorresse expressamente de uma exigência legal. O que acontece é exactamente o contrário: a Lei não impunha este procedimento entre 1989 e 1995, pelo que o seu cumprimento não pode, face à Lei n.º 27/98, de 3 de Junho, ser exigível e determinante da inscrição na ATOC de um candidato ou da recusa dessa inscrição.

Vejam-se, aliás, de entre os muitos casos e situações expostos ao Provedor de Justiça, as consequências que para alguns candidatos decorrem da interpretação que a ATOC, por via do seu Regulamento, faz da Lei n.º 27/98, de 3 de Junho, no que se refere à prova da responsabilidade directa por contabilidade organizada:

- o senhor A é responsável directo por contabilidadades organizadas de deze-

nas de empresas há mais de 20 anos; assinou as declarações modelos n.º 22 do IRC dos exercícios de 94 e 95. De acordo com o Regulamento por si elaborado, a ATOC recusou-lhe a inscrição na Associação;

- a senhora B é, desde 1989, responsável directa pela contabilidade organizada de uma grande sociedade anónima que integra o sector empresarial do Estado; não assinou qualquer declaração fiscalmente relevante pelo facto de tal competir a responsáveis da direcção. A própria empresa de capitais públicos certifica que a pessoa é a responsável directa pela sua contabilidade organizada. A ATOC recusa aceitar a sua inscrição, com fundamento no Regulamento por si elaborado;
- os senhores C e D são responsáveis directos pelas contabilidades organizadas de várias instituições particulares de solidariedade social (IPSS). Como estas entidades estão isentas de IRC, não têm as mesmas que apresentar qualquer declaração perante a administração tributária. Contudo, são obrigadas a ter e têm efectivamente contabilidades devidamente organizadas. A ATOC recusa a inscrição na Associação pelo facto de não terem sido exibidas as cópias das declarações fiscalmente relevantes que, face à Lei, não têm que ser entregues;
- o responsável de uma empresa multinacional instalada em Portugal certifica que um seu colaborador é, desde há vários anos, o responsável directo pela contabilidade da empresa, cujas declarações fiscais eram, por motivos de natureza procedimental interna, assinados por outrem. A ATOC não aceita a inscrição do candidato e recusa atribuir qualquer valor à declaração da entidade empregadora;
- a senhora F é, conforme prova por dezenas de declarações de clientes, responsável directa por contabilidades organizadas. O facto de ser trabalhadora de um Gabinete de contabilidade ocasionava que as declarações fossem assinadas pelo gerente da sociedade, sem qualquer intervenção nos processos. A ATOC considera que só a assinatura das declarações constitui prova da responsabilidade directa pela contabilidade organizada e não aceita a sua candidatura.

Estes exemplos provam a pouca razoabilidade da interpretação que a ATOC faz da Lei n.º 27/98, de 3 de Junho, que, para além de não estar minimamente indiciada

no diploma, pode ter os resultados perversos que visava impedir, ao possibilitar, de forma evidente, que, de acordo com o seu Regulamento, possam ser tidos como responsáveis directos por contabilidade organizada pessoas que jamais o foram (mas que, por qualquer eventualidade, assinaram declarações fiscalmente relevantes), excluindo da inscrição na Associação profissionais que, podendo ser de toda a competência, também por qualquer casualidade, e naturalmente por que a isso não estavam obrigados por Lei, não assinaram as mesmas declarações entre os anos de 1989 e 1995. Ora, este não era, seguramente, o objectivo da Lei n.º 23/98, de 3 de Junho, e não creio que pudesse ser o da ATOC ao elaborar o seu Regulamento.

É assim evidente que o Regulamento da ATOC é claramente ilegal, ao restringir sobremaneira o âmbito de aplicação da Lei n.º 27/98, de 3 de Junho, relativamente a situações que, face à letra da Lei e ao seu espírito, não poderiam deixar de se considerar por ela abrangidas.

O que a ATOC fez, em bom rigor, não foi regulamentar a Lei n.º 27/98, de 3 de Junho, mas antes substituí-la pelo seu Regulamento, relativamente ao conceito e aos meios de prova da responsabilidade directa por contabilidade organizada. Procedendo como se a Lei n.º 27/98, de 3 de Junho, nem sequer existisse, a ATOC manteve no seu Regulamento de aplicação desta Lei exactamente o conceito e meio de prova que já constavam do seu Regulamento anterior, de aplicação do n.º 13 do Despacho n.º 8470/97, de 16.09.97, de Sua Excelência o Ministro das Finanças.

Ora, a verdade é que, se a Lei n.º 27/98, de 3 de Junho, não explicita quais são os meios de prova do preenchimento do requisito da responsabilidade directa por contabilidade organizada que consta do seu art.º 1º, logicamente também não diz que o meio mais adequado ou o único aceitável é o da apresentação de documentos fiscalmente relevantes de onde conste a assinatura do candidato. Pelo que há que concluir que, nos termos gerais de direito, terá necessariamente que ser aceite qualquer meio de prova da "responsabilidade directa por contabilidade organizada" que seja idóneo, razoável e suficiente.

Acresce que uma das provas admitidas pela ATOC - a apresentação de certidão por cópia das declarações modelo 22 do IRC e/ou anexo C às declarações modelo 2 do IRS, emitidas pela Direcção Distrital de Finanças competente, de onde conste a assinatura do candidato, o número de contribuinte e a designação da entidade a que respeitam as declarações - pode suscitar delicadas questões de violação do sigilo fiscal a que os funcionários da Administração Tributária estão vinculados.

Nestes termos, não se vislumbra de que modo podem ser recusadas candidaturas de técnicos e profissionais de contabilidade que, nos termos exigidos na Lei n.º 27/98, de 3 de Junho, foram, entre 01.01.89 e 17.12.95, durante três anos seguidos ou interpolados, responsáveis directos pela contabilidade organizada, fazendo prova deste facto, designadamente, através de declarações passadas pelas empresas ou por pessoas singulares a quem prestaram serviços. E não parece plausível que um destes clientes certifique uma incorrecta ou inexistente prestação de serviço.

Sem dúvida que a ATOC tem a obrigação legal de zelar pela dignificação e qualidade do exercício da profissão. Aliás, e conforme foi recordado por Vªs Exas, na Recomendação que dirigi à Assembleia da República tive o cuidado de suscitar reparos e propor alterações ao texto da Lei n.º 27/98, de 3 de Junho, que considerei demasiado amplo na definição das condições de acesso à profissão.

Como referi, esta Recomendação não foi acatada, mantendo-se inalterado o texto da Lei n.º 27/98, de 3 de Junho, tal como foi aprovado. Contudo, não concordando com a posição assumida pela Assembleia da Republica, não posso deixar de aceitar o facto e de considerar que a discordância com a Lei não possibilita nem justifica, em caso algum, que a mesma seja desrespeitada ou não aplicada, designadamente mediante a criação e interposição de um Regulamento de aplicação que a vem desvirtuar, limitando o seu sentido e os seus objectivos.

Um processo da importância do da criação e funcionamento da ATOC, face aos múltiplos interesses em causa, da dignificação da profissão, da qualidade técnica e da idoneidade dos candidatos, e dos objectivos das empresas, da Administração Tributária e do Governo, deveria ter decorrido de forma exemplar. Ora, o que se verifica é que, desde o ano de 1995 até à presente data, existem ainda muitas situações não resolvidas, tendo o processo passado já por variadíssimas vicissitudes.

A Lei n.º 27/98, de 3 de Junho, concorde-se ou não com o seu conteúdo, tem o objectivo de pretender colocar um ponto final nas situações pendentes. Nestes termos, entendo que o procedimento da ATOC deve pautar-se exclusivamente pelo estrito cumprimento da Lei, diligenciando posteriormente, conforme é sua obrigação e seu dever, por um cumprimento rigoroso das regras técnicas e deontológicas do exercício da profissão de técnico de contas.

Face ao exposto,

Recomendo

1. Que a Direcção da Associação do Técnicos Oficiais de Contas revogue as normas do Regulamento da Comissão Instaladora, datado de 3 de Junho de 1998, de aplicação da Lei n.º 27/98, da mesma data, que são manifestamente contrárias ao texto e ao espírito da Lei, limitando e restringindo o seu âmbito de aplicação.

Estão em causa as normas relativas ao conceito e à prova da responsabilidade directa por contabilidade organizada, limitando aquele às pessoas singulares que assinaram como responsáveis pela escrita as declarações tributárias, e reduzindo esta à apresentação de cópias autenticadas das declarações modelo 22 do IRC e/ou anexo C às declarações modelo 2 do IRS, ou certidão por cópia dessas declarações, emitida pela Direcção Distrital de Finanças competente, de onde conste a assinatura do candidato, o número de contribuinte e a designação da entidade a que respeitam aquelas declarações, exigências estas constantes do art.º 3º, do art.º 1º, alínea d), e do art.º 2º do mencionado Regulamento.

2. Que a prova do cumprimento do requisito legal presente no art.º 1º da Lei n.º 27/98, de 3 de Junho, possa ser feita por qualquer dos meios aceites em direito e, designadamente, pelas declarações prestadas pelas pessoas singulares ou colectivas cujas contabilidades organizadas estavam, entre 1 de Janeiro de 1989 e 17 de Outubro de 1995, sob a responsabilidade directa dos candidatos.

3. Que, em consequência da alteração recomendada, proceda a Associação dos Técnicos Oficiais de Contas à reapreciação de todos os pedidos de candidatura à Associação cujas inscrições não foram aceites pelo facto de os candidatos não terem apresentado o comprovativo dos documentos fiscalmente relevantes, nos termos exigidos pelo Regulamento da Comissão Instaladora.

Desta Recomendação dei conhecimento, para além de todos os interessados que apresentaram queixa ao Provedor de Justiça relativamente ao assunto em causa, a Sua Excelência o Ministro das Finanças.

Recomendação não acatada

Ao
Exm.º Senhor
Presidente da Junta Autónoma das Estradas

R-4693/96
Rec. n.º 41/A/99
1999.05.26

I
Dos Factos

1. Foi apresentada queixa neste órgão do Estado contra a Junta Autónoma das Estradas, em virtude de danos sofridos pelo Senhor… no dia 25 de Fevereiro de 1996, pelas 21H40m, resultantes do embate da sua viatura de matrícula .... num buraco existente na E.N. 310, freguesia de Bairro, após a passagem de nível de Caniços.

2. Conforme exposto junto desta Provedoria, e de acordo com os documentos enviados, os danos sofridos consistiram no rebentamento do pneu dianteiro do lado direito e em estragos na respectiva jante, e orçaram em Esc.: 20.222$00.

3. Informado o Senhor Director de Estradas do Distrito de Braga, declinou o mesmo a responsabilidade pelos danos, pelos mesmos motivos que me seriam posteriormente comunicados, a saber:

- o reclamante nunca indicou com precisão a localização do buraco, o que impede saber qual a entidade responsável pelo mesmo;

- as anomalias detectadas na E.N. 310 não eram susceptíveis de determinar danos gravosos nos veículos, se a condução fosse feita tendo em conta as características da via;

- presume-se velocidade excessiva do reclamante, pois não permitiu ao condutor parar no espaço livre e visível à sua frente;

- logo que teve conhecimento da existência de buracos, a JAE procedeu à sua tapagem, sendo certo que não os poderia sinalizar, dado que resultaram "de facto não previsível e de causa fortuita".

II
Do Direito

4. Está em causa a responsabilidade civil extracontratual dos entes públicos

por actos de gestão pública, regulada pelo Decreto-Lei nº 48.051, de 21 de Novembro de 1967, e pelas normas sobre responsabilidade civil constantes do Código Civil (CC).

5. Da sua análise, cumpre referir, desde logo, que não colhe a pretensão da JAE de ilidir a responsabilidade invocando a dificuldade e imprecisão da localização do buraco gerador do acidente.

5.1. Para além de contraditório com a posterior afirmação segundo a qual a JAE procedera à tapagem do mesmo, certo é que o dever de colaboração da Administração com os particulares postula uma atitude interventora e colaborante por parte desta (arts.267º da Constituição da República Portuguesa, e 7º do Código de Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei nº 442/91, de 15 de Novembro - CPA).

5.2. Assim, embora o ónus da prova dos factos alegados possa pesar sobre o lesado (arts. 342º do Código Civil e 88º do CPA), o órgão competente para a justa e rápida decisão do procedimento deve procurar averiguar os factos pertinentes à decisão, recorrendo a todos os meios de prova admitidos em direito, evitando que o seu comportamento omissivo decida da pretensão que lhe foi formulada (arts. 86º e segs. do CPA).

6. Sem prejuízo da análise de todas as circunstâncias que se verificaram na altura do acidente (é certo que o mesmo ocorreu de noite, durante o Inverno, em estrada não iluminada, mas não sabemos das condições climatéricas da altura), não pode constituir presunção de culpa do condutor o facto de ter tido um acidente.

6.1. Na realidade, nesta conclusão sobressai a afirmação, sem apoio factual, segundo a qual o embate no buraco da estrada se deveu a velocidade excessiva, que o era apenas porque não permitiu "ao condutor parar no espaço livre e visível à sua frente" (cfr. art. 24º do Código da Estrada aprovado pelo Decreto-Lei nº 114/94, de 3 de Maio).

6.2. Da interpretação do citado artigo do C.E. resulta claro que se verifica excesso de velocidade, para além da ultrapassagem dos limites máximos fixados, quando a velocidade se não adeque às características da via, por forma a poder executar com segurança as manobras que sejam previsíveis.

6.3. Ora, não só a existência de um buraco na via, não sinalizado, não é uma circunstância medianamente previsível, ou sequer visível (sobretudo de noite), como a paragem ou diminuição súbita de velocidade daí decorrente traduz uma situação de pe-

rigo para a segurança (aliás, contra-ordenacionalmente punida - v. art. 24º, nºs 2 e 3, do C.E.).

7. Em todo o caso, e sem necessidade de mais delongas, nunca tal alegação, mesmo que colhesse, afastaria de todo a presunção de culpa que, como veremos, a Lei comete à JAE.

7.1. Constituindo atribuição da JAE, na área da sua jurisdição, a exploração das estradas e do domínio público rodoviário, compete-lhe executar todas as medidas necessárias à segurança e comodidade do tráfego, "designadamente conservação corrente, demarcação, sinalização (...)" (v. arts. 2º e 30º do Decreto-Lei nº 184/78, de 18 de Julho, e Decretos-Lei nºs 13/71 e 13/94, respectivamente de 23 e 15 de Janeiro).

7.2. Assim sendo, os locais das vias públicas que possam oferecer perigo para o trânsito, ou onde este deva ser feito com especial precaução, devem ser assinalados com placas com os sinais fixados na legislação em vigor, assim se permitindo aos utentes da via tomar as precauções necessárias para evitar acidentes, nomeadamente moderando a velocidade por forma a parar no espaço livre e visível à sua frente (arts. 5º e 6º do C.E., arts. 2º e 13º do Decreto-Lei nº190/94, de 18 de Julho, e art. 2º do Decreto Regulamentar nº 33/88, de 12 de Setembro).

7.3. É justamente sobre a Junta Autónoma das Estradas que incide o dever funcional de reparar e vigiar o estado do património a seu cargo, por forma a tomar todas as "medidas preventivas dos acidentes no local, nomeadamente o dever de aí colocar obstáculos inamovíveis ou dificilmente manipuláveis e removíveis" (Ac. STA de 19/11/91, AD, 364, p.485), e a uma distância que permita evitar qualquer acidente (artigo 5º do C.E., e art. 2º do Decreto Regulamentar nº 33/88, de 12 de Setembro).

8. Existindo acto (omissivo) ilícito quando se infringem regras de ordem técnica e de prudência comum que devam ser observadas (art. 6º do Decreto-Lei nº 48051), a culpa dos titulares dos órgãos e agentes deve ser apreciada em abstracto, considerada a diligência exigível a um funcionário típico (art. 487º do CC, por remissão do art. 4º, nº1 do Decreto-Lei nº 48051).

8.1. A conduta omissiva é culposa quando não corresponde à que é exigível de um funcionário zeloso e cumpridor (cfr. Acs. STA de 20/10/87, BMJ, 370, p. 392, e de 22/02/96, AD, 413, p. 561), sendo que a indefinição de fronteiras entre os conceitos de culpa e de ilicitude decorrente da noção de ilicitude contida no art. 6º do Decreto-Lei nº 48051, leva a que "provada a ilicitude se deva ter como provada também a culpa, salvo

se o lesante alegar e provar factos que a descaracterizam" (vd. Ac. STA de 19/11/91, AD, 364, p. 485).

8.2. A mesma presunção de culpa resulta aliás do disposto no art. 493º, nº 1, do CC, não provando a JAE o cumprimento diligente dos seus deveres legais de vigilância e segurança, incluindo a colocação de obstáculos ou sinalização apta a evitar a ocorrência de acidentes no local (cfr. Ac. STA de 19/11/91 supra citado).

9. Constituindo a omissão, por parte da JAE, do cumprimento dos seus deveres legais funcionais causa adequada da produção dos danos alegados pela reclamante, deve ter-se por provada a responsabilidade da JAE.

III
Conclusões

Pelos fundamentos expostos,

Recomendo

a V.Exa, ao abrigo do disposto no art. 20º, nº1, al. a), da Lei nº 9/91, de 9 de Abril, que seja atribuída indemnização ao Senhor…, com vista a ressarci-lo dos danos patrimoniais resultantes do supra descrito acidente, nos termos do disposto no art. 2º do Decreto-Lei nº 48051, de 21 de Novembro de 1967.

Recomendação acatada

Ao
Exmº Senhor
Presidente da Junta Autónoma das Estradas

R-2732/97
Rec. n.º 42/A/99
1999.05.26

I
Dos Factos

1. Apresentou a Sra. A neste órgão do Estado queixa contra a Junta Autónoma das Estradas, em virtude de acidente sofrido no dia 28 de Janeiro de 1997, pelas 19H00m, na E.N. 204, ao KM 23, no sentido Barcelos - Famalicão.

2. A referida via tem trânsito nos dois sentidos, circulando a reclamante, a pé,

do lado direito, quando caiu num buraco existente junto à berma direita, no seu sentido de marcha, com cerca de 1 metro de comprimento por 80 centímetros de largura.

3. Segundo informação da Junta Autónoma das Estradas, o referido buraco era uma "boca de aqueduto" a que faltava a "grade de protecção", existindo no processo fotografias do referido buraco.

4. Na sequência da queda a reclamante, que foi conduzida ao Hospital de Barcelos, sofreu danos que se traduziram em incapacidade temporária para trabalho, tendo necessidade de assistência médica e medicamentosa.

5. Alega a reclamante que o acidente supra descrito se deveu a culpa exclusiva da Junta Autónoma das Estradas, por omissão pelos seus serviços de conservação do dever de reparação e de sinalização do referido "buraco".

6. Na sequência das pretensões sucessivamente formuladas pela reclamante, foi comunicada pela Junta Autónoma das Estradas que, não pondo em causa a veracidade do ocorrido, entendia não dever assumir qualquer responsabilidade "dado que no local existe uma berma com cerca de 1,20 m de largura e não se vislumbra nenhuma razão para que a circulação de peões se efectue pela valeta. Perante o referido crê-se que o acidente resultou de manifesta distracção, exclusivamente imputável à reclamante, tanto mais que esta é moradora e conhecedora do local."

II
Do Direito

7. A responsabilidade civil extracontratual dos entes públicos por actos de gestão pública encontra-se regulada no Decreto-Lei nº 48.051, de 21 de Novembro de 1967, normativo integrado pelas normas sobre responsabilidade civil constantes do Código Civil (CC), atento o carácter unitário do instituto da responsabilidade dos poderes públicos (art. 22º da Constituição da República Portuguesa - CRP).

7.1. A obrigação de indemnização depende da existência de um facto ilícito e culposo, de que tenham resultado, como causa adequada, danos para o titular do direito à indemnização.

8. No caso concreto, inexiste controvérsia sobre a matéria de facto alegada pela reclamante, nomeadamente sobre a verificação do facto danoso, sobre a relação de causalidade entre o mesmo e os danos alegadamente sofridos, verificando-se dissídio apenas quanto à existência de ilícito culposo.

9. O acidente sofrido pela reclamante ocorreu numa estrada nacional, consti-

tuindo atribuição da JAE a exploração da estrada e do domínio público rodoviário, "designadamente conservação corrente, demarcação, sinalização (...) segurança rodoviária passiva (...) " (art. 2º do Decreto-Lei nº 184/78, de 18 de Julho).

10. A área de jurisdição da JAE engloba, não só as faixas de rodagem, mas também as bermas e, quando existam, as valetas (vd arts. 1º e 2º do Decreto-Lei nº 13/71, de 23 de Janeiro, e art. 2º do Decreto-Lei nº 13/94, de 15 de Janeiro), competindo-lhe assim deliberar e executar as medidas necessárias à segurança e comodidade do tráfego neste domínio público, promovendo todas as acções necessárias à administração corrente de tal património e à sua conservação, como a reparação, sinalização e conservação corrente e periódica (arts. 30º e segs. do Decreto-Lei nº 184/78).

11. Ora, os locais das vias públicas que possam oferecer perigo para o trânsito, ou onde este deva ser feito com especial precaução, devem ser assinalados com placas com os sinais fixados na legislação em vigor (Ac. STA de 25/7/85, in AD, 289, p. 30), por forma a permitir aos utentes da via "tomar as precauções necessárias para evitar acidentes" (arts. 5º e 6º do Código da Estrada, aprovado pelo Decreto-Lei nº114/94, de 3 de Maio - C.E.-, arts. 2º e 13º do Decreto-Lei nº190/94, de 18 de Julho, e art. 2º do Decreto Regulamentar nº 33/88, de 12 de Setembro).

12. Sendo certo que o ilícito se pode traduzir numa abstenção ou omissão, quando exista a obrigação de praticar o acto (art. 486º do CC), existe acto ilícito quando se infrinjam regras de ordem técnica e de prudência comum que devam ser observadas (art.6º do Decreto-Lei nº 48051), devendo a culpa dos titulares dos órgãos e agentes ser apreciada em abstracto, considerada a diligência exigível a um funcionário típico (art. 487º do CC, por remissão do art. 4º, nº1, do Decreto-Lei nº 48.051).

13. Ora, é justamente sobre a Junta Autónoma das Estradas que incumbe o encargo ou dever especial de vigiar o estado do património a seu cargo, por forma a tomar todas as "medidas preventivas dos acidentes no local, nomeadamente o dever de aí colocar obstáculos inamovíveis ou dificilmente manipuláveis e removíveis em ordem a garantir a segurança dos transeuntes e veículos" (Ac. STA de 19/11/91, AD, 364, p.485).

14. E não só tem a JAE o dever de colocar esses obstáculos, como ainda, pelo perigo que representam para peões ou veículos, de os sinalizar, por forma bem visível, a uma distância que permita evitar qualquer acidente (artigo 5º do C.E., e art. 2º do Decreto Regulamentar nº 33/88, de 12 de Setembro).

15. Sendo certo que a JAE deve cumprir de forma diligente os seus deveres le-

gais de vigilância sobre o seu património, através da conservação das vias e respectivas bermas e da sinalização dos obstáculos existente, considera-se culposa a conduta omissiva que não corresponde à que é exigível de um funcionário zeloso e cumpridor (cfr. Acs. STA de 20/10/87, BMJ 370, p. 392, e de 22/02/96, AD, 413, p. 561).

16. É jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Administrativo que a indefinição de fronteiras entre os conceitos de culpa e ilicitude decorrente da noção de ilicitude contida no art. 6º do Decreto-Lei nº 48.051 leva a que "provada a ilicitude se deva ter como provada também a culpa, salvo se o lesante alegar e provar factos que a descaracterizam" (vd Ac. STA de 29/05/91, AD 375, p. 289, e a abundante jurisprudência citada no Ac. STA de 19/11/91, AD, 364, p. 485).

17. Ora, não prova a JAE o cumprimento diligente dos seus deveres legais de vigilância e segurança, incluindo a colocação de obstáculos ou utilização da sinalização apta a evitar a ocorrência de acidentes no local (cfr. Ac. STA de 19/11/91, supra citado), devendo considerar-se que "a conduta do agente é reprovável, quando, pela sua capacidade, e em face das circunstâncias concretas da situação, se concluir que ele podia e devia ter agido de outro modo" (ANTUNES VARELA, Das Obrigações em Geral, I, 6ª ed., 1989, p. 531.).

18. Da omissão do cumprimento, pela JAE, dos seus deveres legais funcionais resultaram como consequência adequada os danos sofridos pela reclamante, devendo ter-se por provada a responsabilidade da JAE.

19. A existência de deveres legais funcionais não é obviamente negada pela JAE, que, alertada para a existência do referido buraco, colocou sobre o mesmo uma tampa provisória em madeira, cuja fotografia consta do presente processo, informando que "neste momento a questão está resolvida".

20. Mal se compreende, no entanto, a sua alegação de culpa da lesada, por a valeta das estradas não ser local para peões, quando, obrigando o Código da Estrada a que a paragem e estacionamento de veículos se faça "fora das faixas de rodagem", na respectiva margem direita (art. 48º), o estacionamento ou a saída de qualquer passageiro estaria sujeita ao grave risco de queda no buraco existente.

21. Relativamente à circulação de peões, é igualmente o Código da Estrada que obriga a que, na falta de "passeios, pistas ou passagens a eles destinados", os peões transitem "pelas bermas" existentes (nº1 do art. 102º), resultando medianamente claro da observação do local que a alegada "valeta" se confunde com a berma da estrada,

quer por inexistência de desnível, quer por inexistência de marcas delimitadoras no pavimento, o que tornou a circulação particularmente perigosa durante a noite.

22. A não reparação do aqueduto, ou a ausência da sua sinalização através de sinais visíveis e dificilmente amovíveis, constitui por isso causa adequada, isto é, normal, previsível e típica, de danos graves para quem pretendesse estacionar na berma da estrada, sair da sua viatura ou aí circular, particularmente de noite, como no caso concreto.

23. Pretender a concorrência de culpa da reclamante pelo facto de, sendo moradora próxima do local, ter um acrescido dever de cautela com buracos que devia conhecer, não só não interrompe o nexo causal entre a omissão e o seu resultado normal ou provável (adequado), como constitui uma inversão do dever de cuidado e diligência da JAE que não encontra apoio na Lei.

24. Conclui-se, por isso, que a conduta da Junta Autónoma das Estradas, omitindo de forma claramente negligente o cumprimento dos deveres legais que sobre ela incumbem, constituiu causa adequada dos danos sofridos pela reclamante, Sra. A.

III
Conclusões

Pelos fundamentos expostos

Recomendo

a V.Exa, ao abrigo do disposto no art. 20º, nº1, al. a), da Lei nº 9/91, de 9 de Abril, que seja atribuída indemnização à Senhora A, com vista a ressarci-la dos danos patrimoniais e não patrimoniais resultantes do supra descrito acidente, nos termos do disposto no art. 2º do Decreto-Lei nº 48051, de 21 de Novembro de 1967.

Recomendação acatada

Ao
Exmº Senhor
Presidente da Câmara Municipal da Maia

R-4002/97
Rec. n.º 47/A/99
1999.05.27

I

1. Foi-me apresentada queixa pela Senhora D..., em virtude de danos decor-

rentes de uma queda sofrida no dia 18 de Setembro de 1997, pelas 17H05m, na Rua Heróis de Mucaba, em Gueifões, frente à empresa "Óleos Três AAA".

2. Tal facto deveu-se ao facto de uma das tampas de ferro do saneamento público existentes no passeio ter cedido à sua passagem, provocando a queda no buraco da fossa e consequentes escoriações e cortes na perna esquerda, que obrigaram a assistência no Hospital Geral de Santo António e a posteriores tratamentos médicos.

3. No referido local, é hábito os camiões da referida empresa circularem em cima dos passeios, aí estacionando e realizando manobras, provocando a deterioração dos passeios e das referidas tampas de saneamento, que posteriormente à queixa foram substituídas.

4. Inquirido o Município, foi corroborada a habitual prática ilícita dos comitentes da empresa supra identificada, bem como as deteriorações provocadas nas tampas de saneamento, afirmando a autarquia que, sempre que existe conhecimento da necessidade de reparação das tampas de saneamento, a mesma tem sido efectuada com presteza.

4.1. Mais afirmou que, se a tampa cedeu à passagem de um peão, tal significa que o defeito da mesma não era visível, mas que a mesma se encontrava no lugar, não existindo qualquer buraco a descoberto.

II

5. Apraz-me desde já assinalar, Senhor Presidente, o facto de a autarquia não enjeitar liminarmente responsabilidades pelos danos sofridos pela queixosa.

6. Do mesmo modo, também a celeridade verificada na sinalização e reparação de situações que possam fazer perigar a segurança do trânsito de veículos e peões é de salientar, por revelar uma noção clara da importância de servir o público, e os munícipes em particular.

7. No entanto, certo é que, cabendo à Câmara Municipal a que V.Exa. preside zelar pelo bom estado de conservação e utilização das vias públicas, a responsabilidade também pode decorrer da deficiente conservação e vigilância do património municipal.

7.1. Nos termos conjugados dos arts. 22º da Constituição da República Portuguesa, 1º e 2º do Decreto-Lei nº 48051, de 21 de Novembro de 1967, 366º do Código Administrativo (CA), e 90º do Decreto-Lei nº 100/84, de 29 de Março (Lei das Autarquias Locais - LAL), as autarquias são civilmente responsáveis perante terceiros pelas

ofensas dos direitos destes ou das disposições legais destinadas a proteger os seus interesses, resultantes de actos ou omissões dos seus órgãos, funcionários ou agentes, no exercício das suas funções e por causa desse exercício.

7.2. Ora, constituindo atribuição das Câmaras Municipais a conservação das estradas e caminhos municipais (art. 2º da Lei nº 2110, de 19 de Agosto de 1961), cabe-lhe, através dos seus serviços, promover diligentemente a conservação de tal património (art. 51º, nº 4, da referida LAL), nos termos dos princípios e regras legais, regulamentares, de ordem técnica e de prudência comum (art. 6º do Decreto-Lei nº 48051).

7.3. Para além da reparação do piso sempre que a sua degradação vem ao conhecimento da Câmara, deve esta proceder igualmente à vigilância do seu património (seja viário, seja, por exemplo, arbóreo), praticando com regularidade os actos materiais de verificação do estado desse património, e designadamente das referidas tampas de saneamento, reparando-as e substituindo-as sempre que necessário.

7.4. No caso vertente, o Município revela conhecer a prática dos condutores de camiões ao serviço da empresa "Óleos Três AAA", de estacionar e efectuar manobras em cima dos passeios, circunstância que exigiria, desde logo, a tomada de medidas tendentes a evitar tal prática ilegal, mas também a fiscalização redobrada do estado dos passeios e respectivas tampas de saneamento.

8. Necessitando a constituição da obrigação de indemnizar da verificação dos demais pressupostos da responsabilidade civil, para além do dano e da ilicitude, é necessária a verificação do nexo de causalidade e da culpa (arts. 563º do Código Civil, 2º, 4º e 6º do Decreto-Lei 48051, 366º, nº1, do CA, e 90º, nº2, da LAL).

8.1. Inexiste dissídio quanto ao nexo de causalidade. Quanto à culpa, ela deve ser aferida em função de um padrão de diligência e zelo adequados às exigências técnicas do caso concreto (art. 487º do CC, por remissão do art. 4º, nº1, do Decreto-Lei nº 48051).

8.2. Tem entendido pacificamente a jurisprudência que, quando exista obrigação de praticar determinados actos, existe ilicitude pela abstenção de agir (art. 486º do CC), levando a indefinição das fronteiras entre a ilicitude e a culpa "a que, provada a ilicitude se deva ter como provada também a culpa, salvo se o lesante alegar e provar factos que a descaracterizam" (v. abundante jurisprudência citada no Ac. STA de 18 de Maio de 1993, AD, 390, 626).

8.3. Também o art. 493º, nº 1, do Código Civil estatui uma presunção de culpa do Município, cuja ilisão necessita a prova do cumprimento dos deveres legais de vigi-

lância, conservação e segurança do seu património, o que não se mostra feito.

9. A omissão do cumprimento destes deveres, que pode, objectivamente, criar perigo para a circulação de veículos e peões, foi consequência adequada dos danos sofridos pela queixosa, pelo que, atento nomeadamente o princípio da boa-fé que deve reger as relações entre a Administração e os administrados, e em especial os seus munícipes (arts. 6º-A do Código do Procedimento Administrativo, e 1º da LAL), não deverá a reclamante suportar tais prejuízos.

Pelo exposto,

Recomendo

a V.Exa., nos termos do art. 20º, nº1, alínea a), da Lei nº 9/91, de 9 de Abril, que seja o presente caso decidido de forma célere e justa, de forma a ressarcir a queixosa de todos os prejuízos decorrentes dos factos supra descritos.

Porque a reclamante fez saber que a seguradora da sua entidade patronal lhe assegurou o pagamento de despesas de tratamento e, ainda, de 60% do valor do seu salário, relativamente ao período em que se encontrava incapacitada para o trabalho, permito-me sugerir que seja a interessada notificada por essa Câmara para fazer prova dos danos por si efectivamente suportados, desta forma se dando início ao processo de satisfação da sua pretensão indemnizatória.

Recomendação não acatada por inviabilidade de acordo

Ao
Exmº Senhor
Presidente da Câmara Municipal de Setúbal

R-4460/96
Rec. n.º 48/A/99
1999.05.27

1. Foi apresentada queixa nesta Provedoria de Justiça pelo Senhor J..., em virtude de danos sofridos na sua viatura automóvel matrícula…, resultantes do embate numa tampa de colector de esgoto saliente, não sinalizada.

2. O embate ter-se-á verificado na Rua do Mal Talhado, em Setúbal, e dele terão resultado danos na caixa de velocidades do veículo do queixoso, cuja reparação terá orçado em Esc. 102.435$00.

3. Solicitado o Município a proceder à reparação dos danos sofridos, foi co-

municado ao interessado pela então vereadora Dra… que, "Relativamente à sua reclamação de 29/10, parece-me que, face às fotografias, lhe assiste toda a razão (...)", mas que tal dependeria de informação a prestar pelo Presidente dos SMAS da autarquia.

4. Estes, por sua vez, informaram o reclamante de que "a Rua do Mal Talhado encontra-se em terra batida e assim as caixas de visita não se encontram niveladas pelo terreno", pelo que "um condutor ao decidir passar na Rua do Mal Talhado deverá tomar as necessárias precauções", inexistindo motivos para proceder a qualquer indemnização.

5. Solicitado por mim a pronunciar-se sobre a pretensão do reclamante, foi alegado pelo Exmo. Presidente dos Serviços Municipalizados, em síntese, o seguinte:

- "o facto de existência de caixas de visita desniveladas é consequência da própria natureza dos terrenos e do traçado por que se desenvolve o sistema de saneamento, sendo frequente as chuvas arrastarem as terras com o efeito apontado."
- o local do acidente é uma "azinhaga de traçado costumeiro (...) que não se encontra classificada como arruamento", nem os terrenos são "disciplinados em termos urbanísticos", pelo que, inexistindo "arruamentos, a opção por tais azinhagas é exclusiva dos condutores", não podendo por isso ser a Câmara responsabilizada.

6. Como decorre do art. 1º, nº1, do Código da Estrada (CE) aprovado pelo Decreto-Lei nº 39672, de 20 de Maio de 1954 (em vigor na data do acidente), este aplica-se ao trânsito nas vias do domínio público do Estado e das autarquias locais, independentemente de tais vias se encontrarem "em terrenos urbanísticos", ou serem de "traçado costumeiro".

6.1. Ora, basta para a qualificação de determinada via como pública "o uso directo e imediato pelo público, não se tornando necessário que ele tenha sido apropriado ou produzido por pessoa colectiva de direito público e que esta haja praticado actos de administração, jurisdição ou conservação" (Assento do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Abril de 1989, in DR, I, de 2 de Junho de 1989).

6.2. A Rua do Mal Talhado é uma artéria da cidade, onde existe circulação automóvel, que se encontra sinalizada, e para onde existem entradas por outras artérias, mal se compreendendo os argumentos invocados.

7. Os obstáculos eventuais que existam nas vias públicas devem ser sinalizados "por forma bem visível e a uma distância que permita aos demais utentes da via tomar

precauções necessárias para evitar acidentes" (art. 5º, nº2, do CE), competindo às Câmaras Municipais a construção, conservação e reparação dos caminhos municipais (v. art. 2º da Lei nº 2110, de 19 de Agosto de 1961, e art. 5º, nº4, al. d) e i), do Decreto-Lei nº 100/84, de 29 de Março - LAL).

7.1. A omissão de tais diligências pelos serviços municipais pode gerar para os munícipes danos, cujo ressarcimento impende sobre as autarquias (v. art. 90º da LAL) - o que, aliás, tem sido feito pela Câmara Municipal de Setúbal em casos similares, publicitadas, nomeadamente, através dos editais 41/95, 99/96, 63/98 e 81/98.

7.2. Também por este facto, atentos os princípios de igualdade e justiça administrativa, mal se compreende como, apesar de a anterior vereadora do pelouro, e os próprios SMAS, assumirem claramente o deficiente estado de conservação da Rua do Mal Talhado, e nomeadamente a existência de tampas de saneamento desniveladas, as mesmas não são reparadas e os prejuízos daí resultantes claramente assumidos.

8. Dão-se por verificados - e, aliás, não são postos em causa pelo Município - os pressupostos da responsabilidade civil, a saber: danos, nexo de causalidade, ilicitude e culpa.

9. Pelo exposto,

Recomendo

a V.Exa., no uso dos poderes que me são conferidos pelo art. 20º, nº 1, al. a), do Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei nº 9/91, de 9 de Abril, que, verificados no caso os requisitos da responsabilidade civil extracontratual, seja o Senhor J… indemnizado dos prejuízos sofridos devido ao acidente em causa.

Recomendação não acatada

Ao
Exmo. Senhor
Presidente do Conselho de Administração
da Águas do Sado, SA

R-434/97
Rec. n.º 49/A/99
1999.05.28

1. Foi solicitada a minha intervenção com referência à prática seguida pelos Serviços Municipalizados da Câmara Municipal de Setúbal de recusarem o pagamento

parcial da factura (única) relativa à prestação dos serviços de fornecimento de água, saneamento e recolha de resíduos sólidos.

2. Os munícipes que apresentaram queixa junto deste órgão do Estado viram recusados os seus pedidos de quitação parcial quanto pretenderam efectuar o pagamento dos montantes que lhes eram exigidos a título de consumo de água, deixando por pagar - por motivos que não interessa referir por serem irrelevantes para o estudo da presente questão - os valores referentes ao saneamento e à tarifa de resíduos sólidos.

3. Uma vez interpelados, responderam aqueles Serviços Municipalizados que "(...) tratando-se da exploração em conjunto de dois sistemas funcionalmente complementares e ambos dirigidos ao mesmo universo de utentes, seria uma medida economicamente desprovida de racionalidade admitir facturações separadas", acrescentando ainda que "a componente jusante do sistema integral de saneamento completa-se com a recolha, transporte e tratamento dos chamados lixos urbanos".

4. Considerando que, entretanto, a exploração dos serviços de abastecimento de água e de saneamento de Setúbal veio a ser concessionada à empresa "Águas do Sado, S.A.", solicitou-se a esta última que esclarecesse se mantinha o entendimento acolhido pelos Serviços Municipalizados da Câmara Municipal de Setúbal - de que se tratava de serviços funcionalmente indissociáveis, por estarem englobados na mesma prestação de serviço, por a sua cobrança estar lançada na mesma factura, e, finalmente, por o preço da tarifa de saneamento e recolha de resíduos sólidos ser apurado em função do volume de água consumida -, o que veio a ser confirmado.

5. Analisados os elementos recolhidos no decurso da instrução do presente processo, e pese embora os argumentos invocados por V. Exa junto deste Órgão do Estado, entendo assistir razão aos reclamantes no caso vertente, juízo alcançado com base nos fundamentos que seguidamente passo a enunciar.

6. Em primeiro lugar, o facto de a prestação dos serviços em causa caber a uma mesma entidade, não significa que aqueles possam ser tratados "globalmente", como se de uma só prestação de serviço se tratasse.

7. Em segundo lugar, não está em causa o uso da mesma factura para cobrança de vários tipos de serviços prestados e respectivas tarifas. Com efeito, o que está em causa é o pagamento parcial da mesma factura, ao abrigo do direito conferido pelo art. 6º, da Lei nº 23/96, de 26 de Julho, cuja epígrafe é, desde logo, elucidativa: direito a quitação parcial.

8. Aliás, e complementarmente, a mesma Lei, no seu art. 5º, nº 4, refere a pos-

sibilidade de não pagamento de outro serviço ".. ainda que incluído na mesma factura", o que reforça o entendimento de que não é critério pelo qual se possa ajuizar da indissociabilidade funcional de dois ou mais serviços, o facto de os mesmos constarem de uma única factura.

9. Em terceiro lugar, ao referir-se à "prestação de serviços funcionalmente indissociáveis", o artº 5º, nº 4, da Lei nº 23/96, de 26 de Julho, refere-se a uma indissociabilidade dos mecanismos postos em acção com o objectivo de prestar os variados serviços, de tal modo que, se o accionamento de um mecanismo importar o accionamento de outro, então, sim, estaremos em presença de serviços funcionalmente indissociáveis.

10. Por outras palavras, poderá também dizer-se que, se forem funcionalmente indissociáveis, a cessação da prestação de um dos serviços significará necessariamente a cessação da prestação dos outros, pelo que, nesse caso, poderá essa empresa recusar o pagamento parcial da factura que inclua os três serviços, sob pena da sua suspensão. Assim, e *a contrario sensu*, sempre que a cessação de um serviço não implique a cessação dos outros, estamos perante serviços dissociáveis, razão pela qual não poderá ser recusado o direito à quitação parcial.

11. Ora, a própria prática demonstra que o fornecimento de água não depende do funcionamento da rede de esgotos nem, tão pouco, da recolha dos resíduos sólidos. Que assim é, prova-o o facto de ser possível a interrupção do fornecimento de água sem que os outros dois serviços deixem de ser prestados, ou vice-versa.

12. Finalmente, importa ainda sublinhar que a indexação da tarifa de resíduos sólidos ao consumo de água é apenas um critério utilizado como forma de ultrapassar as dificuldades práticas de medição, caso a caso e recolha a recolha, do volume de resíduos produzidos e que o facto de nem todas as câmaras optarem por este critério apenas acentua o que acima ficou dito quanto à relação de total independência existente entre os serviços de fornecimento de água e os de saneamento e recolha de resíduos sólidos.

Pelo exposto, e sendo a "Águas do Sado, S.A." uma empresa concessionária de um serviço público, compreendida, por isso, no âmbito de actuação deste Órgão do Estado (cfr. artº 2º, nº 1, da Lei nº 9/91, de 9 de Abril),

Recomendo

Que seja reconhecido aos munícipes utentes dos serviços prestados por essa empresa, no que respeita ao fornecimento de água, saneamento e recolha de resíduos sólidos, o direito à quitação parcial, previsto no art. 6º, da Lei nº 23/96, de 26 de Julho, sem a res-

trição consignada no art. 5º, nº 4 do mesmo diploma, já que se trata de serviços funcionalmente dissociáveis.

Recomendação não acatada

A
Sua Excelência
o Ministro do Trabalho e da Solidariedade

R-5618/96
Rec. n.º 50/A/99
1999.05.31

Foi solicitada a minha intervenção relativamente à interpretação e aplicação da Lei n.º 73/98, de 10 de Novembro, que transpôs para a Ordem Jurídica Interna a Directiva n.º 94/104/CE, do Conselho, de 23 de Novembro, relativa a determinados aspectos da organização do trabalho.

Como é do conhecimento de Vossa Excelência, o problema fundamental na interpretação da Lei n.º 73/98, de 10 de Novembro, é o da sua articulação com a Lei n.º 21/96, de 23 de Julho - estabelece a redução dos períodos normais de trabalho superiores a quarenta horas por semana - vulgarmente conhecida como Lei das 40 horas, em particular com a norma contida no n.º 3 do seu art.º 1.º.

Este problema foi-me colocado a propósito do despacho de concordância de 25 de Setembro de 1998, de Sua Excelência o Secretário de Estado da Segurança Social e das Relações Laborais, exarado em Parecer da mesma data do Exmo. Senhor Director-Geral das Condições de Trabalho, sobre o conceito de tempo de trabalho da Proposta de Lei n.º 156/VII, anterior à promulgação e publicação da Lei n.º 73/98.

Posteriormente, com a publicação desta Lei, foi transmitido à Confederação da Indústria Portuguesa e a alguns Sindicatos o entendimento do Ministério do Trabalho e da Solidariedade quanto a esta questão, em tudo idêntico ao teor do supra identificado Parecer.

Tive então ocasião de solicitar a Vossa Excelência os esclarecimentos que entendi úteis à elucidação do problema, salientando com particular ênfase a "Exposição de Motivos" que esteve na génese da apresentação pelo Governo, à Assembleia da República, da Proposta de Lei que transpôs para o direito interno a já referida Directiva n.º 93/104/CE, do Conselho, de 23 de Novembro, relativa à organização do tempo de trabalho.

Em resposta, foi remetido à Provedoria de Justiça, através do of. identificado como ENT. N 16411, PROC. N.º 97/4435, um Parecer que "(..) traduz a posição do Ministério do Trabalho e da Solidariedade (…)" relativamente à interpretação e aplicação das Leis n.ºs 21/96 e 76/98 e à forma de articulação dos dois diplomas.

I. Parecer do Ministério do Trabalho e da Solidariedade

De acordo com este Parecer, o Ministério do Trabalho e da Solidariedade considera que a redução dos períodos normais de trabalho determinada pela Lei n.º 21/96 não se deve basear no conceito de tempo de trabalho da Lei n.º 73/98, de acordo com os próprios diplomas. Passo a citar:

"A Lei n.º 73/98 esclarece que o seu conceito de tempo de trabalho é definido "para os efeitos de aplicação da presente Lei". A referida Lei não regula a redução da duração do trabalho para as 40 horas semanais, pelo que o seu conceito de tempo de trabalho não é relevante para essa redução.

Do ponto de vista da Lei n.º 21/96, tem-se em conta que a mesma determina a redução da duração do trabalho para as 40 horas semanais, utilizando para o efeito um conceito distinto de trabalho efectivo, que a Lei define como correspondendo ao tempo dos períodos normais de trabalho, com excepção das interrupções de actividade previstas em acordos, em regulamentação colectiva ou na Lei, de que resulte a paragem do posto de trabalho ou a substituição do trabalhador."

Após enunciar os princípios que, na óptica da Administração do Trabalho, sustentam a redução da duração do trabalho contida na Lei n.º 21/96, afirma-se no já mencionado Parecer, com recurso às regras de interpretação constantes no art.º 9.º do Código Civil, que para a Lei n.º 73/98 fazer prevalecer o seu conceito de tempo de trabalho sobre o de trabalho efectivo seria necessário que esse pensamento normativo tivesse um mínimo de correspondência verbal na letra da Lei, o que, de acordo com as conclusões ali plasmadas, não sucederia.

Quanto ao facto de a "Exposição de Motivos" da Proposta de Lei n.º 156/VII referir expressamente que: "…as definições da presente proposta de Lei esclarecem que determinadas interrupções do trabalho são consideradas tempo de trabalho, em sintonia com a Lei .º 21/96, de 23 de Julho", afirma o Ministério do Trabalho e da Solidariedade ser reflexo de problemas que "existiam em algumas empresas, ao tempo de adopção da Proposta de Lei", quanto à contagem de certas interrupções como tempo de trabalho.

Considera ainda o Ministério do Trabalho e da Solidariedade que a Lei n.º 73/98 esclareceu que determinadas interrupções de trabalho são consideradas tempo de trabalho, em sintonia com a Lei n.º 21/96, "porque os conceitos de tempo de trabalho e de trabalho efectivo têm conteúdos em grande parte coincidentes", elencando, a par e passo, todas as alíneas constantes do n.º 2 do art.º 2.º da Lei n.º 73/98, excepto a alínea a).

Todas estas interrupções podem ser consideradas tempo de trabalho efectivo, segundo o Ministério do Trabalho e da Solidariedade, pela coincidência de conteúdo entre os conceitos de tempo de trabalho e de tempo de trabalho efectivo.

De acordo com este entendimento, podem ser consideradas como tempo de trabalho e como tempo de trabalho efectivo as seguintes interrupções:

1. Interrupções que não são resultantes de acordos, de instrumentos de regulamentação colectiva ou da Lei, independentemente do seu efeito sobre o funcionamento do posto de trabalho (paragem) ou da substituição do trabalhador (alínea b) do n.º 2 do art.º 2.º da Lei n.º 73/98).

2. Interrupções que não são resultantes de fonte formal de direito e durante as quais os trabalhadores mantêm a sua disponibilidade para o trabalho (alínea c) do n.º 2 do art.º 2.º da Lei n.º 73/98).

3. Interrupções em que os trabalhadores mantêm a sua disponibilidade para o trabalho em caso de necessidade, não sendo substituídos (alínea d) do n.º 2 do art.º 2.º da Lei n.º 73/98).

4. Interrupções impostas por normas específicas de segurança, higiene e saúde no trabalho (alínea e) do n.º 2 do art.º 2.º da Lei n.º 73/98).

Quanto às interrupções de trabalho como tal consideradas nas convenções colectivas ou resultantes de usos e costumes reiterados das empresas (alínea a) do n.º 2 do art.º 2.º da Lei n.º 73/98), para o Ministério do Trabalho e da Solidariedade apenas existe coincidência de conteúdo entre os dois conceitos em presença se as mesmas não implicarem a paragem do posto de trabalho ou a substituição do trabalhador.

Ressalva o Ministério do Trabalho e da Solidariedade que estas últimas interrupções de trabalho foram incluídas na Lei n.º 73/98 por proposta do Grupo Parlamentar do PCP, não estando abrangidas pela referência da "Exposição de Motivos" da Proposta de Lei apresentada, e, portanto, não as considera abrangidas pela invocada "sintonia" com a Lei n.º 21/96.

II. Análise da posição assumida pela Administração do Trabalho.

Suscitam-me as seguintes reflexões as questões enunciadas no parecer enviado à Provedoria de Justiça:

Convém, desde logo, relembrar as circunstâncias que rodearam a publicação e aplicação da Lei n.º 21/96, de 23 de Julho.

O Acordo de Concertação Social de Curto Prazo estabeleceu o objectivo de redução do período normal de trabalho para 40 horas semanais, que a referida Lei procurou normativizar, de forma proeminentemente literal.

A forma de se alcançar este objectivo e a respectiva calendarização foram estabelecidas pela Lei das 40 horas, que dispôs que a redução do período normal de trabalho semanal definiria períodos de trabalho efectivo, excluindo-se as interrupções de actividade resultantes de acordos, de normas de instrumentos de convenção colectiva ou da Lei que implicassem a paragem do posto de trabalho ou a substituição do trabalhador.

Foi assim introduzido, com esta norma, o conceito de trabalho efectivo, estranho ao ordenamento jurídico-laboral português, como é de todos sabido, e, como tal, sem paralelo no sistema legal e sem apoio em qualquer texto doutrinal ou jurisprudencial que auxiliasse a sua delimitação e aplicação ao caso concreto, o que veio a revelar-se um elemento de instabilidade nas relações laborais.

Para além disso, consubstancia o n.º 3 do art.º 1.º daquela Lei outra especificidade relativamente ao que é regra no Direito do Trabalho. Trata-se de uma norma imperativa absoluta (ou imperativa *stricto sensu*), com vocação para reduzir as normas constantes de instrumentos de regulamentação colectiva vigentes e as condições de trabalho emergentes da sua aplicação, consagradoras de interrupções de actividade que contrariassem o referido conceito de trabalho efectivo - isto é, que, em suma, considerassem tempo de trabalho interrupções de actividade que implicassem paragem do posto de trabalho ou substituição do trabalhador.

A este respeito escreveu Monteiro Fernandes: "O art.º 1.º/3 da Lei 21/96 esclarece que a noção de trabalho efectivo implica a «exclusão de todas as interrupções de actividade resultantes de acordos, de normas de instrumentos de regulamentação colectiva ou da Lei e que impliquem a paragem do posto de trabalho ou a substituição do trabalhador». (…) Em termos preliminares importa apenas sublinhar o seguinte: o modo

de contagem do tempo adoptado pela Lei n.º 21/96, não é igual ao da Lei 2/91 e da actual redacção do art.º 5.º da LDT. A circunstância de, para a Lei 21/96, só interessar o trabalho efectivo leva a que não sejam contabilizados, para os efeitos dessa Lei, alguns períodos que a Lei 2/91 e a LDT contam como tempo de trabalho. Que períodos são esses? São, realmente, tempos de interrupção de trabalho, mas que, face à contratação colectiva, ou até aos usos, são tradicionalmente "considerados" tempo de trabalho".

Pelo que ficou dito, é facilmente compreensível que as convenções colectivas vigentes à data não poderiam conter uma noção que lhes era desconhecida.

Não era exigível, nem possível, que os instrumentos de regulamentação colectiva contivessem normas integrantes daquele conceito - trabalho efectivo -, pelo que estava fora de causa obter, por exemplo, no caso concreto, a inversão da aplicação hierárquica das normas em resultado do princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador.

A Lei qualificou-se, portanto, como absolutamente imperativa e redutora, afectando todos os sectores de actividade nos quais vigorasse uma jornada de trabalho semanal superior a 40 horas.

A sua aplicação, ao invés de obter a concertação das partes, teve o condão de gerar os maiores conflitos laborais da última década, pois dúvidas não existem quanto ao desequilíbrio que introduziu nas relações de trabalho e quanto às dificuldades que foram sentidas nas negociações colectivas que lhe sucederam.

Há diversas ilustrações do que ocorreu a este nível, valendo, por todas, a constatação de que as empresas em muitos casos efectuaram a redução da duração de trabalho semanal à custa das pausas que os trabalhadores genericamente já gozavam, como se reconheceu no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 98/09/28, Proc. 9810399.

Por isso, permito-me reiterar a afirmação que fiz na minha Recomendação n.º 4/B/97, de 24 de Fevereiro, de que o único ponto onde existiu unanimidade, quanto ao texto da Lei n.º 21/96, foi no reconhecimento de que o mesmo apresentava uma redacção deficiente, problemática, confusa e obscura, justificando-se, como oportunamente defendi, a sua interpretação autêntica.

O Governo, não acatando a referida Recomendação, apresentou, não obstante, a Proposta de Lei n.º 156/VII, publicada no Diário da Assembleia da República, II.ª Série - A, de 98.01.17, que esteve na origem da Lei n.º 73/98, de 10 de Novembro, justificando-a, quanto à matéria ora em análise, pelos seguintes motivos:

" A aplicação da Lei n.º 21/96, de 23 de Julho, que determinou a mais significativa redução do tempo de trabalho em Portugal, tem, no entanto, deixado subsistir algumas dúvidas sobre a definição do tempo de trabalho, para efeito da redução legal dos períodos normais de trabalho.

Considerando que a Directiva n.º 93/104/CE adopta uma definição de tempo de trabalho, é oportuno promover o esclarecimento de algumas dúvidas manifestadas a propósito de certas concretizações daquela noção. Assim, as definições da presente proposta de Lei esclarecem que determinadas interrupções de trabalho são consideradas tempo de trabalho, em sintonia com a Lei n.º 21/96, de 23 de Julho."

É inegável que a redacção, ora reproduzida, da "Exposição de Motivos" que acompanhou a Proposta de Lei é suficientemente dúbia para dela não se poder retirar com segurança se o Governo pretendia, afinal, propor uma Lei interpretativa que clarificasse as dúvidas sentidas, em geral, com a aplicação da Lei n.º 21/96 e, em especial, com a instrumentalização do conceito de trabalho efectivo constante do n.º 3 do art.º 1º.

Facilmente se conclui, da resposta enviada à Provedoria de Justiça, que a posição assumida pelo Governo nesta matéria é a de que a Lei n.º 73/98 não é uma Lei interpretativa.

Vai o Ministério do Trabalho e da Solidariedade ainda mais longe, dizendo que o disposto nas alíneas b) a e) do n.º 2 do art.º 2.º da Lei n.º 73/98, que são as mesmas da Proposta de Lei inicial, estão em "sintonia" com o conceito de trabalho efectivo constante da Lei n.º 21/96, e que, portanto, as duas normas coexistem no ordenamento jurídico, articulando-se. Inversamente, o disposto na alínea a) da mesma norma - introduzida pela Assembleia da República - não estaria em sintonia com aquele conceito, podendo apenas ser conciliada com o n.º 3 do art.º 1.º da Lei n.º 21/96 desde que respeite os limites ali contidos.

Ou seja, são consideradas tempo de trabalho - efectivo - todas as interrupções constantes da nova Lei, excepto as que, sendo como tal consideradas nas convenções colectivas ou resultando de usos e costumes reiterados das empresas, implicarem paragem do posto de trabalho ou substituição do trabalhador.

E isto porque, para o Ministério do Trabalho e da Solidariedade, existe um conteúdo coincidente entre o conceito de tempo de trabalho e o conceito de trabalho efectivo.

Contrariamente, tenho a convicção que a única relação possível entre os con-

ceitos de duração de trabalho e de duração de trabalho efectivo é a de género e espécie, na medida em que toda a duração de trabalho efectivo é também duração de trabalho mas nem toda a duração de trabalho se conta como trabalho efectivo, nos termos e para os efeitos da Lei n.º 21/96, que estabelece a redução dos períodos normais de trabalho superiores a quarenta horas por semana.

Afirma ainda o Ministério do Trabalho e da Solidariedade que, para que a Lei n.º 73/98 fizesse prevalecer o seu conceito de tempo de trabalho sobre o de trabalho efectivo, seria necessário que o pensamento legislativo tivesse na letra da Lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso (n.º 2 do art.º 9º. do Código Civil).

Contudo, a simples interpretação do elemento literal não resolve todos os problemas. A este respeito também dispõe o n.º 1 do mesmo artigo que a interpretação da Lei, para além do elemento literal, deve reconstituir, a partir dos textos, o pensamento legislativo, tendo em conta, sobretudo, a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a Lei foi elaborada e a actualidade da mesma.

Afirmar-se que o conceito de tempo de trabalho estabelecido na Lei n.º 73/98 apenas tem efeitos para aplicação deste diploma significa, literalmente, que este conceito só tem operacionalidade no contexto dos aspectos de organização do trabalho ali presentes, ainda que não se perceba exactamente o alcance desta afirmação, uma vez que, entre aqueles aspectos, figuram normas relativas à duração de trabalho semanal e aos intervalos de descanso (respectivamente, artigos 3.º e 4.º).

A entender-se a articulação entre os dois diplomas sub judice da forma pouco clara manifestada pelo Ministério do Trabalho e da Solidariedade, continua a permitir-se que a unidade do sistema jurídico-laboral seja posta em causa, mantendo-se uma fragmentação intolerável quanto ao regime da duração de trabalho.

Não resulta expressamente do Parecer assumido como posição do Ministério do Trabalho e da Solidariedade que a norma consubstanciada no n.º 3 do art.º 1.º da Lei n.º 21/96 é uma norma especial, nem que o conceito de trabalho efectivo estabelecido na sua previsão apenas tem operacionalidade dentro da realidade que especificamente pretendeu regular.

É, portanto, necessário que se diga claramente o que se deixa entrever sem nunca ser afirmado, e que por uma vez se assuma uma posição clara sobre o que está aqui em causa.

Apenas para efeitos da redução do período normal de trabalho superior a 40

horas semanais prevista no n.º 1 do art.º 1º da Lei n.º 21/96 é que é admissível recorrer-se ao conceito de trabalho efectivo.

Nesta ordem de ideias, "as interrupções de actividade resultantes de acordos, de normas de instrumentos de regulamentação colectiva ou da Lei " previstas no n.º 3 do art.º 1.º da mesma Lei e que implicassem a paragem do posto de trabalho ou a substituição do trabalhador foram excluídas do conceito de duração de trabalho efectivo apenas, e tão somente, para se alcançar a redução da duração do trabalho semanal, na forma que esta Lei se propôs especialmente alcançar, sem prejuízo de:

a) A manutenção ou supressão das interrupções de actividade poderem ser definidas por acordo ou convenção colectiva (n.º 4 do art.º 1.º);
b) Aquela norma ser supletiva quanto às convenções colectivas celebradas posteriormente a 1 de Dezembro de 1996 (art.º 7.º).

Para além desta questão, urge também esclarecer que o disposto no art.º 1º da Lei n.º 21/96 tem um período de vigência definido pelas suas alíneas a) e b). A já mencionada redução do período normal de trabalho para quarenta horas semanais teria que ser obrigatoriamente efectuada até 1 de Dezembro de 1997.

Neste sentido também, o conceito de trabalho efectivo, integrado na previsão daquela norma, não deveria ter actualmente qualquer eficácia, e a que teve deveria ter sido limitada aos efeitos enunciados, o que não aconteceu, já que se permitiu o seu uso e abuso, fora do regime para o qual foi especialmente concebido, atravessando horizontalmente outros institutos do Direito do Trabalho.

Não é, assim, lícito que o intérprete possa recorrer a uma Lei especial para encontrar o sentido de uma norma contida numa outra Lei. A definição do tempo de trabalho que é dada pelo n.º 2 do art.º 2.º da Lei n.º 73/98 não pode ser integrada pelo n.º 3 do art. 1.º da Lei n.º 21/96, porque a isso se opõem as mais elementares regras de hermenêutica da ordem jurídica portuguesa.

E mesmo admitindo, sem nada conceder, que o n.º 3 do art.º 1.º da Lei n.º 21/96 não é uma norma especial, então forçoso seria concluir que existiria uma derrogação tácita da mesma operada pelo n.º 2 do art.º 2.º da Lei n.º 73/98, uma vez que se está em presença de duas normas com igual valor na hierarquia das fontes e idêntica previsão, sendo certo que a norma introduzida pela nova Lei estatui de forma incompatível com a norma precedente (n.º 2 do art.º 7.º do Código Civil) .

Neste sentido, "a derrogação é a revogação parcial". E a revogação tácita veri-

fica-se" (...) quando, sem haver revogação expressa, as normas de Lei posterior são incompatíveis com as da anterior. Não podem subsistir as duas, sem o direito perder o seu carácter de sistema, livre de contradições internas. Então cede a mais antiga."

A definição de determinadas interrupções do trabalho como tempo de trabalho foi prosseguida por proposta legislativa do Governo, a pretexto da transposição para o direito interno da Directiva n.º 93/104/CE, do Conselho, de 23 de Novembro, a que o órgão de soberania com competência legislativa originária - Assembleia da República - correspondeu, mas não inteiramente, introduzindo-lhe a alteração consubstanciada na alínea a) do n.º 2.º do art.º 2.º da Lei n.º 73/98.

A necessidade de se proceder a esta definição foi sentida em função da conflitualidade latente entre os parceiros sociais, que ainda hoje se mantém, e apenas por isso se justifica a inclusão de definições de interrupções que tradicionalmente sempre foram entendidas como sendo tempo de trabalho, incluindo as interrupções de trabalho como tal consideradas nas convenções colectivas.

Estou assim convicto que estas definições seriam redundantes, face ao sistema jurídico-laboral vigente, não fora a justificação de se aproveitar a oportunidade da sua reafirmação perante o clima de instabilidade em que os parceiros sociais se encontram mergulhados, relativamente às questões que dizem respeito directa ou indirectamente à duração de trabalho.

Parece-me, pois, incompreensível que o Ministério do Trabalho e da Solidariedade pretenda que o conceito de tempo de trabalho da Lei n.º 73/98, definido por referência a interrupções do trabalho ali estabelecidas, só tenha efeitos para aplicação do que ali é disposto, em nome de uma suposta "sintonia" ou " falta de sintonia" com uma exposição de motivos subscrita por uma das partes de um processo legislativo – o da Assembleia da República – que é uno e indivisível.

O conceito de tempo de trabalho adoptado na Lei n.º 73/98 não é mais do que aquele que sempre existiu no direito laboral e é desejável que, a ser alterado, o seja sem sacrifício da coerência de todo o sistema jurídico.

Inversamente, não é este conceito que esteve subjacente à aplicação da Lei das 40 horas – nem nunca se pretendeu que o fosse -, mas sim o conceito de tempo de trabalho efectivo.

O que se pretende é que, ao definir-se a forma de articulação entre as duas leis em presença, se diga claramente que está excluída a possibilidade de recurso ao conceito de trabalho efectivo para outros efeitos que não o da redução do período de traba-

lho efectivo em sectores de actividade ou empresas que, porventura, ainda tenham períodos normais de trabalho superiores a 40 horas por semana, tal como foram definidos no art.º 1.º da Lei n.º 21/96.

A este respeito, verificando-se que subsistem sectores de actividade ou empresas que não tenham alcançado o objectivo consignado naquela norma, é fundamental que o Ministério do Trabalho e da Solidariedade, através da Inspecção-Geral do Trabalho, intervenha de forma exemplar junto das mesmas, não hesitando em exercer, a par de uma acção educativa e orientadora, os poderes coercivos que a Lei expressamente lhe atribui, nos termos do art.º 29.º do Decreto-Lei n.º 327/83, de 8 de Julho, em vigor por força do art.º 57.º do Decreto-Lei n.º 219/93, de 16 de Junho.

Esta última questão, a verificar-se, parece-me essencial, não só pela profunda injustiça que representa para os trabalhadores que se encontrem a prestar a sua actividade sujeitos a uma duração de trabalho superior ao limite imposto por Lei, como pelo impacto negativo que pode ter na igualdade de concorrência entre as empresas.

Face ao exposto,

Recomendo

Que o Ministério do Trabalho e da Solidariedade proceda ao esclarecimento das dúvidas sentidas pelos parceiros sociais relativamente à articulação dos conceitos de tempo de trabalho e de tempo de trabalho efectivo, constantes da Lei n.º 73/98, de 10 de Novembro, e da Lei n.º 21/96, de 23 de Julho, respectivamente, assumindo claramente :

1. Que o artigo 1º da Lei n.º 21/96 é uma norma especial e, em consequência;
2. Que o conceito de tempo de trabalho efectivo apenas pode ser utilizado para efeitos de aplicação da Lei referida - redução do período normal de trabalho efectivo superior a 40 horas semanais;
3. Que todas as interrupções de trabalho expressamente referidas no n.º 2 do art.º 2.º da Lei n.º 73/98 são consideradas tempo de trabalho para todos os efeitos, salvo o da aplicação da Lei n.º 21/96, face ao sistema jurídico-laboral vigente na ordem jurídica portuguesa.

Recomendação sem resposta

Ao
Exmº Senhor
Director-Geral dos Impostos

R-1805/97
Rec. n.º 64/A/99
1999.07.27

Foi solicitada a minha intervenção a propósito de uma questão que julgo poder ser solucionada de forma expedita pela administração fiscal, evitando ao Reclamante os prejuízos decorrentes da situação em que actualmente se encontra, e para a qual me permito solicitar a melhor atenção de V. Exa.

Está em causa a avaliação de dois prédios rústicos, da matriz predial rústica, da Freguesia de Benavente, efectuada ao abrigo do artº 57º do Código do Imposto Municipal de Sisa e do Imposto sobre as Sucessões e Doações (CIMSISSD) pela Repartição de Finanças de Benavente.

Os prédios foram adquiridos por A e B, por escritura pública de 91/10/17, e a sisa referente às transacções foi paga em 91/10/14. Os adquirentes são representados por C, ora Reclamante.

De acordo com a informação prévia, de 17 de Fevereiro de 1992, que deu origem à avaliação dos terrenos em causa, estes situar-se-iam " numa zona com grande expansão habitacional, bons acessos, perto de uma zona industrial, facilidade de transportes públicos, zona electrificada, junto à E.N. 118, local bastante procurado para projectos de loteamento e onde este tipo de terrenos se têm vendido a 2.000$00 m2, e futuro projecto habitacional já aprovado ".

Por seu turno, do termo de avaliação, lavrado em 17 de Setembro de 1994, consta que os peritos consideraram " que o valor da transacção foi inferior aos valores praticados na zona. Atribui-se, por unanimidade dos peritos, o valor de 1.500$00 m2, o que perfaz 7.870.000$00 (sete milhões oitocentos e setenta mil escudos) ".

Em Novembro de 1994, foi o representante dos compradores notificado da avaliação levada a cabo pela Repartição de Finanças relativamente àqueles terrenos, tendo deduzido impugnações judiciais das mesmas, que correram seus termos sob os nºs ... e ... do Tribunal Tributário de 1ª Instância de Santarém.

Estas foram julgadas improcedentes por não se ter julgado provado pelos impugnantes o por si alegado, isto é, que teria existido uma troca entre os terrenos objecto

da avaliação e os que teriam sido efectivamente transaccionados pelo impugnantes, porquanto, e em suma, os terrenos não se situavam junto à Estrada Nacional 118, não tinham electricidade à data da transmissão, não tinham bons acessos, situavam-se a mais de 1 Km do limite da zona industrial de Benavente e não estavam incluídos em qualquer loteamento de construção.

Convém referir que em comunicação atípica dirigida à Repartição de Finanças, datada de 94/11/28, o Reclamante informou, também, que os lotes de terreno em causa se situavam em zona non aedificandi de protecção ao IC3, o que inviabilizaria qualquer pretensão de construção.

Efectivamente, segundo o Ofº. nº. 98, de 93/01/19, da Direcção de Serviços de Conservação da Junta Autónoma das Estradas, junto aos autos pelo Reclamante, aquela entidade informava que os ditos lotes se situavam dentro da área de reserva de 200m para cada lado da directriz definida pelo Estudo Prévio do IC3 (servidões non aedificandi), impossibilitando qualquer construção, atentas as disposições do artigo 1º, alínea a), do Decreto-Lei nº 64/83, de 3 de Fevereiro.

Todavia, este facto não foi referido em sede contenciosa.

Posteriormente, em Junho de 1997, foram extraídas as certidões de dívida em nome de B, referentes à liquidação adicional de sisa, imposto selo e custas, no valor de 662.357$00, e, ainda, às custas do processo de impugnação judicial, no valor de 93.318$00, que deram origem aos processos de execução fiscal nºs ... e ..., respectivamente, da Repartição de Finanças de Benavente.

Quanto a A, na mesma data foram extraídas certidões de dívida, em tudo idênticas às supra descritas - excepto quanto ao valor das custas do processo de impugnação judicial, que foram calculadas em 83.318$00 -, que deram origem aos processos de execução fiscal nº ... e..., respectivamente, também da Repartição de Finanças de Benavente.

O representante dos executados, ora reclamante, deduziu oposições aos processos de execução fiscal supra identificados, com os mesmos fundamentos das impugnações judiciais, que foram liminarmente indeferidas, nos termos do artigo 291º, nº1, alíneas b) e c), do Código do Processo Tributário, em virtude de os fundamentos arguidos não se enquadrarem em nenhuma das alíneas do artigo 286º, nº1, do mesmo diploma.

Desta decisão foi interposto recurso para o Supremo Tribunal Administrativo.

Da análise das diligências efectuadas pelo reclamante resulta que as mesmas

não lograram alcançar uma apreciação de fundo da situação, destacando-se, sempre, a sua constante afirmação de que os lotes avaliados não foram os efectivamente adquiridos pelos seus representados.

A instrução do processo aberto com base na queixa aqui apresentada foi prosseguida com aquela finalidade, tendo sido equacionadas as seguintes questões:

a) Identificação dos prédios, no sentido de apurar se os prédios adquiridos pelos representados do ora reclamante eram ou não os mesmos que foram objecto de avaliação pelos peritos nomeados pela Repartição de Finanças de Benavente;
b) Análise dos factores objectivos que influenciaram a decisão de proceder à avaliação dos terrenos e à realização da mesma, reportados à data de transmissão - Outubro de 1991 -, nomeadamente, se os terrenos eram servidos por rede pública de electricidade, se estavam situados perto de uma zona industrial e se integravam zona de projecto habitacional já aprovado.

Para o efeito foram solicitados esclarecimentos à Repartição de Finanças de Benavente, à Direcção Distrital de Finanças de Santarém, à LTE - Electricidade de Lisboa e Vale do Tejo, SA, à Direcção de Serviços de Conservação da Junta Autónoma das Estradas e à Câmara Municipal de Benavente.

Quanto à primeira questão enunciada, por referência aos ofºs. nºs 1609, de 97/06/20, e 549, de 98/04/13, da Repartição de Finanças de Benavente, e ao ofº nº 5951, de 97/07/07, da Direcção Distrital de Finanças de Santarém, e respectivos anexos, nomeadamente autos de declaração prestados pelos peritos que procederam à avaliação e informação prestada pelos Serviços de Prevenção e Inspecção Tributária, concluiu-se que os terrenos em causa eram os mesmos que foram adquiridos pelos representados do ora reclamante, sendo fundamental para a localização dos mesmos a distância relativa da E.N. 118 e dos armazéns da empresa… bem como a descrição dos acessos.

Refira-se que a descrição dos terrenos efectuada por aquelas entidades coincide com a informação prestada pela Câmara Municipal de Benavente sobre este assunto, através do ofº n.º 8.830, de 98/09/03.

Quanto à segunda questão, alcançaram-se as seguintes conclusões:

No que diz respeito à electrificação dos lotes de terreno, a LTE - Electricidade de Lisboa e Vale do Tejo, SA, informou, através do ofº nº 8310/2512, de 98/04/28, que em 1991 apenas estava alimentada, em Média Tensão, a empresa…, não existindo, nas imediações da mesma, qualquer rede de distribuição em Baixa Tensão, tendo esta fica-

do concluída apenas em Novembro de 1996.

Por seu turno, resulta do ofº. nº. 824, de 98/08/31, da Direcção de Estradas do Distrito de Santarém, da Junta Autónoma das Estradas, que o traçado do IC3 (EN 118), Variante entre o Porto Alto (proximidade) e Chamusca (EN 243), aprovado por despacho de 89/06/01, de Sua Excelência o Secretário de Estado das Vias de Comunicações (in D.R., II Série, de 89/07/11), não sofreu qualquer alteração.

Assim sendo, confirma-se o alegado pelo Reclamante, no sentido de que os lotes de terreno em causa ficam dentro da área de reserva de 200m para cada lado da directriz definida pelo Estudo Prévio do IC3, constituindo esta faixa de protecção uma zona de servidão non aedificandi.

Isto significa que aqueles lotes de terreno estão abrangidos pelo Regime de Servidões e Restrições de Utilidade Pública na Servidão de Estradas Nacionais, o que inviabiliza qualquer possibilidade de construção, atentas as disposições do artigo 1º, alínea a), do Decreto-Lei nº 64/83, de 3 de Fevereiro.

Este aspecto é confirmado pela Câmara Municipal de Benavente, que acrescentou, aliás, que o Mapa Síntese dos Estudos Prévios do Plano Director Municipal de Benavente (PDMB) já previa aquele corredor.

Por fim, foi também apurado junto daquela edilidade que, tendo por base o Mapa Síntese de Agosto de 1998, incluído nos Estudos Prévios ao Plano Director Municipal, os terrenos em causa não possuíam qualquer classificação espacial atribuída.

Actualmente, de acordo com o PDMB, inserem-se na classificação de "espaço agrícola", mais precisamente na categoria de espaço designada por "área agrícola não incluída na RAN".

Assim, de acordo com as normas legais e regulamentares aplicáveis, naquele espaço não é permitido o licenciamento de loteamentos ou obras de urbanização.

Acresce que, por consulta ao arquivo do Serviço de Obras Particulares, concluiu aquela autarquia que nunca existiu qualquer processo de loteamento habitacional para a área em questão, mas tão somente um processo de ordenamento rural.

Foi ainda salientado, pela Câmara Municipal de Benavente, quanto às instalações da empresa…, que tinham procedido ao licenciamento de edificação de armazenagem de embalagens de vidro e não de qualquer actividade industrial, e que tal licenciamento se deveu a um lapso dos serviços, fundado em deficiente planta de localização

entregue pelo requerente, já que também esta edificação se situa na zona de protecção do IC3.

Ainda assim, a parcela de terreno da empresa… nunca esteve inserida, antes da aprovação do PDM, em área que viesse a constituir-se como futura zona industrial.

Por fim, cumpre referir que a área dos terrenos em causa não é igual, embora nas informações prévias que serviram de base à obtenção da autorização para a respectiva avaliação conste, em ambas, a área de 5248,25 m2, que é a área do lote pertencente a B.

O lote que pertence a A tem a área de 5182,20 m2, sendo certo que nos autos de avaliação correspondentes, onde se lê que é atribuído o valor de 1.500$00 por m2, não foi feita esta destrinça, o que afectou a liquidação da sisa referente a este lote, menor, por erro na determinação da matéria colectável.

Para além disso, embora no auto de declarações dos peritos que procederam à avaliação dos lotes se diga que num dos lotes existe uma casa e anexos, nada foi referido nos respectivos termos de avaliação.

Face a estas conclusões, considero que tanto a informação prévia como a avaliação efectuada estão inquinadas por erro nos pressupostos imputável aos serviços, erro esse que determinou uma liquidação de imposto de sisa manifestamente superior àquela que corresponderia ao valor real dos terrenos sobre os quais incide, agravado pelo facto de, relativamente à liquidação do imposto de A, ter sido determinada uma matéria colectável superior à devida ainda que se considerasse o valor atribuído ao m2 como um valor justo.

As liquidações de sisa efectuadas com base nestas avaliações estão, consequentemente, feridas de ilegalidade por igual erro nos pressupostos, imputável aos serviços.

Pelo exposto,

Recomendo

1. A anulação das avaliações efectuadas e a realização de novas avaliações de acordo com os dados objectivos que enquadram a realidade económica dos terrenos em causa, caso a administração fiscal considere que se mantêm os pressupostos estabelecidos no § único do artº 57º do CIMSISSD.
2. A revisão oficiosa dos actos de liquidação adicional do imposto municipal de sisa referentes aos prédios rústicos destacados do artº ... da matriz predial rústica da Freguesia de Benavente, propriedade de B e A, com fundamento em erro imputável aos serviços,

nos termos do disposto no art. 78º, nº 1, da Lei Geral Tributária.
3. A consequente extinção dos processos de execução fiscal que correm seus termos na Repartição de Finanças de Benavente, sob os nºs. ..., ..., ... e ..., ao abrigo do disposto no artigo 349º do Código do Processo Tributário.

Recomendação não acatada

Ao
Exmº Senhor
Gestor do Programa Pessoa

R-751/96
Rec. n.º 65/A/99
1999.07.29

1. Recebi uma reclamação da empresa…, contestando uma situação que, instruído o respectivo processo, suscita a minha intervenção junto de V. Exª.

Dos factos

2. Em 29/11/91, a reclamante apresentou uma candidatura a apoios do Fundo Social Europeu, para efeitos de promoção de formação profissional.

3. Em 13/4/92, é exarado despacho de homologação da referida candidatura no Programa Operacional nº 01 (formulários B – 1,2,3,4 e B –5,6). A reclamante é notificada do mencionado despacho em 16/5/92. Era aí expressamente comunicado que, havendo dívidas à Segurança Social, "os pagamentos relativos à comparticipação pública nacional ficariam sujeitos a uma retenção até 25%, como tal prevista no artº 17º do DL nº 103/80, na redacção que lhe foi dada pelo artº 1º, do DL nº 52/88".

4. Os cursos tiveram início em 15/7/92 e, em 31/8/92, a reclamante remeteu, nos termos legais, declaração do Centro Regional de Segurança Social, datada de Junho, certificando a existência de dívidas à Segurança Social. Através de ofício nº 85322, de 24/3/92, o Centro Regional de Segurança Social, informava, porém, que as dívidas teriam tido início em Dezembro de 1991 – no mês seguinte à candidatura, portanto.

5. Em 4/1/93, a reclamante é notificada, no âmbito do dever de audição prévia, da impossibilidade de beneficiar de apoios no âmbito dos fundos comunitários, nos termos do artº 15º, alínea e), do Decreto-Lei nº 411/91. Em 28/9/93, o Exmº Delegado Regional do Norte do Instituto do Emprego e Formação Profissional (IEFP) exara des-

pacho de supressão do apoio concedido.

6. Entretanto, em 25/2/93, fora exarado despacho por parte de Sua Excelência o Secretário de Estado da Segurança Social autorizando a regularização da situação contributiva da reclamante, havendo, por outro lado, transitado em julgado em 27/3/93 a sentença homologatória do processo de recuperação da empresa.

7. Em 28/6/94, a reclamante recorre do despacho do Exmº Delegado da Região Norte do IEFP, datado de 28/9/93, para Sua Excelência o Secretário de Estado do Emprego e Formação Profissional, requerendo a sua revogação oficiosa. Recebeu, então, da Comissão Executiva do IEFP, datada de 17/8/94, confirmação daquele despacho.

8. Com data de 3/2/95, e na sequência da exposição feita pela reclamante, surge despacho de Sua Excelência o Secretário de Estado do Emprego e Formação Profissional, o qual revoga o despacho do Exmº Delegado da Região Norte do IEFP.

9. Apesar de, por várias vezes, ter insistido no cumprimento deste despacho, só em 14/5/99 a reclamante é notificada do projecto de decisão do Exmº Delegado da Região Norte do IEFP de 20/3/99, que, aliás em termos parcamente fundamentados pelo parecer do Director de Serviços em que é exarado, propõe, de novo, a não atribuição dos apoios inicialmente concedidos à reclamante.

10. Permita-me V. Exª que considere esta situação inaceitável, não só por razões estritamente formais, que se prendem com os procedimentos administrativos que tiveram lugar, mas igualmente por razões de aplicação do direito material ao caso concreto.

Do Direito Aplicável

11. Dos factos supra descritos resulta inequívoco que, à data da candidatura, a reclamante não tinha dívidas para com a Segurança Social. Reunia, consequentemente, as condições exigidas pelo artº 7º do Despacho Normativo nº 68/91, de 25/3, para efeitos de aceder aos apoios a que se candidatava.

12. Efectivamente, dispunha aquela norma que a entidade que pretendesse um financiamento deveria reunir, à data da apresentação da candidatura, o requisito de não ser devedora, ou estar a cumprir um plano de regularização de dívidas, nomeadamente, à Segurança Social.

13. Uma vez entregue a candidatura sem que a entidade promotora tivesse qualquer dívida para com a Segurança Social, como é o caso, o legislador apenas se preocupava com a situação contributiva da entidade promotora perante a Segurança So-

cial no momento seguinte, a saber, o do pagamento. E esse pagamento (sob a forma de primeiro adiantamento) havia de situar-se no momento do início dos cursos, uma vez que, nos termos do artº 14º do Despacho Normativo nº 61/88, na redacção que lhe foi conferida pelo Despacho Normativo nº 194/91, de 5/9, era este facto que conferia o direito ao recebimento do primeiro adiantamento.

14. Ora, se é certo que, à data do início dos cursos, a reclamante não tinha ainda a situação contributiva regularizada, certo é, também, não existir, nesta data, qualquer disposição normativa que determinasse a impossibilidade de os promotores, na circunstância de terem nesse momento dívidas à Segurança Social, receberem os apoios e que, de algum modo, justificasse a supressão dos apoios com que a reclamante veio a ser confrontada.

15. Se não, vejamos. Determinava, à data, o artº 3º do Despacho Normativo nº 257/91, de 11/11:

"1. Para efeitos de pagamento relativo à contribuição pública nacional, deve a entidade remeter, à entidade gestora, certidão sobre a sua situação contributiva perante a segurança social."

e ainda:

"2. Quando a entidade gestora verifique, nos termos do número anterior, que a entidade promotora não tem a situação contributiva regularizada perante a Segurança Social, deverá comunicar tal facto ao DAFSE, para cumprimento do disposto no artº 17º, do DL nº 103/80, de 9 de Maio, na redacção dada pelo artº 1º do DL nº 52/88, de 19 de Fevereiro".

16. E dispunha a nova redacção do artº 17º do Decreto-Lei nº 103/80 que, em qualquer pagamento superior a 300 000$00, os serviços deveriam reter até 25% da quantia a entregar.

17. Não haveria já aí qualquer dúvida de que, mesmo no caso de a entidade promotora ter dívidas à Segurança Social no momento do pagamento, não deveria ter lugar a supressão dos apoios e que, ao invés, os pagamentos deveriam ser efectuados apenas com retenção do valor correspondente a 25% da quantia a entregar.

18. E isto é assim mesmo que – dado que o momento a que nos devemos ater é o momento do pagamento – se considere como aplicável o Decreto-Lei nº 411/91, de 7/10, e não aquele de que, à data da aprovação da candidatura, foi dada nota à reclamante.

19. É que, também neste caso, é inequívoco que o regime legal de atribuição dos apoios em função da existência ou não de dívidas à Segurança Social não vai, de modo algum, no sentido da supressão dos apoios.

20. É verdade que a alínea e) do artº 15º do Decreto-Lei nº 411/91 determina não poderem beneficiar de apoio dos fundos comunitários as empresas que não tenham a sua situação contributiva regularizada perante a Segurança Social.

21. Mas esta disposição não pode deixar de corresponder àquela que, antes da entrada em vigor deste diploma – e até porque este surgiu para efeitos de uniformização do regime jurídico das dívidas à Segurança Social (vide preâmbulo) –, não permitia a existência de dívidas à Segurança Social se reportadas ao momento da candidatura.

22. E tanto assim é que o legislador não se abstém de regular, no seu artº 11º, o momento em que deve ter lugar o pagamento em caso de existência de dívidas à Segurança Social. E não o faria (ou teria o cuidado de excluir expressamente essa hipótese) se não considerasse a possibilidade de existência de entidades que, tendo visto a sua candidatura aprovada, por não terem dívidas à Segurança Social à data da sua apresentação ou terem já nesse momento a sua situação contributiva regularizada, se viam, no momento do pagamento, em situação de irregularidade contributiva perante a Segurança Social.

23. E o pagamento em caso de existência de dívidas à Segurança Social regula-o o legislador, também neste quadro normativo, como no anterior, não no sentido de qualquer supressão de apoios, mas tão-somente no sentido de esse pagamento ser efectuado com a mesma retenção de 25%, ainda que, agora, do total concedido.

24. Aliás, a supressão dos apoios como a que veio a ter lugar é de todo contrária, não só ao espírito do regime legal então em vigor, como até mesmo do regime correspondente ao Quadro Comunitário de Apoio seguinte (Decreto-Lei nº 115/94, de 6/7), no qual o legislador pretendeu, nitidamente, ser bastante mais penalizante para os promotores que não tivessem, pelo menos, a sua situação contributiva regularizada.

25. É que, mesmo neste novo quadro legislativo, em que o legislador prevê a possibilidade de não serem efectuados quaisquer pagamentos enquanto o promotor não demonstre ter a sua situação contributiva regularizada, se admite, por um lado, a possibilidade de terem lugar os pagamentos a partir do momento em que for demonstrado já ter havido regularização e, por outro, que o apoio só seja suprimido quando se verifique que a situação devedora da entidade poria em causa a realização da formação.

26. Há, consequentemente, da parte do legislador um cuidado com as expecta-

tivas dos formandos e da formação empreendida pela entidade promotora, que, se expressa em diplomas posteriores, não deixa de resultar inequívoca do regime jurídico aplicável à reclamante.

27. Tudo visto, retira-se do regime aplicável à situação em apreço (e quer nos reportemos à legislação aplicável no momento da candidatura, quer à aplicável à data do que deveria ser o primeiro adiantamento) que existem dois momentos relevantes no que respeita à regularização da situação contributiva:

- o momento da apresentação da candidatura, sendo que quem não reúne os requisitos de situação contributiva regularizada a essa data não pode ver homologada a candidatura;
- o momento do pagamento, em que, tendo já sido aprovadas as candidaturas com demonstração de situação contributiva regularizada, poderia ser, apenas, retido 25% do montante a pagar, na circunstância de entretanto terem passado a existir dívidas à Segurança Social.

28. Assim, sendo certo que o quadro legal existente à data impunha o pagamento, apenas com retenção de 25% do total concedido, e que, por outro lado, a reclamante veio a regularizar a situação contributiva – entendido isto nos termos e para os efeitos do Decreto-Lei nº 411/91, de 17/10, uma vez que, não só fora exarado despacho de autorização de regularização da dívida que a reclamante veio a cumprir, como ainda houve sentença homologatória do processo de recuperação de empresas, em 27/5/93 –, concluo, como certamente V. Exª concordará, que não existia à data da supressão dos apoios base legal para essa supressão.

29. Mais se conclui que, neste momento, e com a sua situação contributiva perante a Segurança Social absolutamente regularizada, a reclamante reúne todas as condições para que lhe sejam pagos os apoios inicialmente devidos.

Procedimentos Administrativos

30. Não obstante o incontornável quadro legal descrito, a reclamante veio a ser confrontada com o que não posso deixar de considerar uma inaceitável situação de denegação de atribuição dos apoios que lhe haviam sido concedidos à data da homologação da candidatura.

31. O despacho de supressão do apoio comunitário exarado pelo Exmº Delegado da Região Norte do IEFP era, pelas razões expostas, um despacho contra legem, uma

vez que não existia, à data em que deveria ter lugar o pagamento, qualquer disposição legal que justificasse a supressão dos apoios inicialmente concedidos.

32. Tal despacho ilegal veio a ser objecto de revogação oficiosa, por despacho datado de 3/2/95, exarado por Sua Excelência o Secretário de Estado do Emprego e Formação Profissional.

33. No entanto, e por razões que não são compreensíveis, não foi dado cumprimento a este despacho. E isto apesar de, como muito bem refere o Parecer de 25/10/96, que recebeu despacho homologatório da então Ministra para a Qualificação e o Emprego, de 2/7/97, aquele despacho, quer fosse válido (como entendo que seria, uma vez que a sua parte dispositiva era bem clara no sentido da revogação do despacho de supressão dos apoios) ou inválido, ter claramente como objectivo a revogação do anterior despacho, com as consequências daí decorrentes, e se haver convalidado na ordem jurídica pelo decurso do tempo.

34. Na sequência daquele mesmo despacho surgiu, com data de 24/2/99, um despacho do Exmº Delegado da Região Norte do IEFP, exarado sobre um parecer emanado da Direcção de Serviços daquela Delegação, que, ao invés do que seria de esperar perante as vicissitudes sofridas pelo processo, não releva de um mais aprofundado estudo do direito aplicável, levando a que seja proposta a supressão daquele apoios apenas "tendo em conta as razões que levaram à supressão do apoio financeiro concedido à empresa….

35. Permitirá, assim, V. Exª que, pelas razões de direito que me abstenho de repetir porque já de sobremaneira explicitadas, entenda não dever recair despacho homologatório sobre esta proposta de decisão do Exmº Delegado Regional do Norte do IEFP, uma vez que o mesmo seria ilegal, nos termos referidos, tal como o era, aliás, já o despacho de 28/9/93, que conduziu à supressão dos apoios à empresa ora reclamante.

36. E tanto mais ilegal quanto é certo que a reclamante tem a sua situação contributiva regularizada desde 25/2/93, havendo mesmo sentença homologatória do processo de recuperação de empresas.

Assim, nos termos do artº 20º, nº 1, alínea a), da Lei nº 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

Que sejam pagos à reclamante os apoios que, no âmbito do Programa Operacional nº 01, cofinanciado pelo Fundo Social Europeu, lhe foram concedidos em 13/4/92 por despacho de Sua Excelência o Secretário de Estado do Emprego e Formação Profissio-

nal, não devendo ser, consequentemente, homologada pelo Gestor do Programa Pessoa a proposta de decisão da Delegação Regional do Norte do IEFP, datada de 24/2/99, no sentido da supressão dos mesmos apoios, em virtude de tal proposta de decisão não ser conforme ao regime legal aplicável ao caso, nomeadamente às disposições conjugadas dos artºs 11º e 15º do Decreto-Lei nº 411/91, de 17/10.

Recomendação acatada

Ao
Exmo. Senhor
Director-Geral dos Impostos

R -1164/93
Rec. n.º 66/A/99
1999.07.29

1. Através do ofício nº 6605, de 1.06.99, que agradeço, remeteu-me V. Exa. fotocópia de uma informação da Direcção de Serviços de Justiça Tributária, respeitante ao assunto identificado em epígrafe, na qual exarou o despacho de concordância que determinou o não acatamento da minha Recomendação nº 70/A/98, datada de 18.11.98.

2. Dois dos argumentos utilizados pela referida Direcção de Serviços de Justiça Tributária para defender que a Administração Fiscal não deve pagar qualquer indemnização à Exma. Senhora... são argumentos de ordem meramente formal, por completo insensíveis a qualquer tipo de considerações de justiça material.

3.Comecemos pelo primeiro. De acordo com a posição já há muito defendida por essa Direcção-Geral, a responsabilidade da Administração por actos de gestão pública deve ser efectivada através dos tribunais administrativos.

4. Verifica-se, no entanto, que, no que a este aspecto do problema diz respeito, não são adiantados quaisquer fundamentos concretos para defesa da tese sustentada, limitando-se a informação em causa a reafirmar a posição anteriormente assumida, considerando que, não havendo factos novos no processo, não existem razões para alterá-la.

5. Assim sendo, será necessário pouco mais do que reiterar aquilo que a este propósito já tinha sido dito na minha Recomendação nº 70/A/98. A Administração não depende de forma alguma da intervenção dos tribunais administrativos para pagar uma indemnização ao abrigo do disposto no art. 2º, nº 1, do Decreto-Lei nº 48 051, de 21 de Novembro de 1967.

6. Com efeito, e em termos estritamente legais, só os tribunais administrativos podem nestes casos obrigar a Administração a indemnizar, o que não quer dizer que a mesma Administração não possa - não deva -, por sua livre e espontânea vontade, tomar a decisão de indemnizar, baseada em imperativos de justiça e/ou de legalidade.

7. Por outro lado, são casos como o presente - em que à ausência de decisão judicial acresce a recusa da Administração no reconhecimento do seu erro e na reparação dos danos causados - que justificam, em larga medida, a existência deste órgão do Estado. De acordo com o disposto na Lei nº 9/91, de 9 de Abril (Estatuto do Provedor de Justiça), é função do Provedor de Justiça assegurar, por meios informais, a justiça e a legalidade do exercício dos poderes públicos (art. 1º, nº 1), cabendo-lhe dirigir aos órgãos competentes, na linha daquilo que se encontra igualmente definido pela Constituição da República Portuguesa (CRP), as recomendações necessárias para prevenir e reparar injustiças (art. 3º da Lei nº 9/91 e art. 23º, nº 1, da CRP).

8. Ainda nos termos do preceituado no referido diploma legal e na CRP, a actividade do Provedor de Justiça é independente dos meios graciosos e contenciosos previstos na Constituição e nas leis (art. 4º da Lei nº 9/91 e art. 23º, nº 2, da CRP).

9. Assim, não tendo os tribunais administrativos sido neste caso chamados a intervir, e uma vez que a Administração Fiscal se não prontificou para, por sua iniciativa, reparar a injustiça cometida, estranho seria que o Provedor de Justiça, após haver tomado conhecimento detalhado dos factos, não exercesse as competências que a Constituição e a Lei lhe atribuem.

10. Afigura-se, aliás, conveniente, neste âmbito, relembrar que, nos termos constitucionais, os órgãos e agentes da Administração Pública cooperam com o Provedor de Justiça na realização da sua missão (art. 23º, nº 4, da CRP).

11. Foi, pois, na convicção de poder contar com a boa colaboração de V. Exª para a resolução deste caso concreto que entendi formular a Recomendação nº 70/A/98, de 18 de Novembro, esperando que o seu acatamento permitisse, finalmente, repor a justiça material num caso que se me apresenta de resolução fácil e linear, tão só seja bem sucedida uma conjugação de esforços - deste órgão do Estado e dessa Direcção-Geral - que permita ultrapassar a ausência de decisão judicial.

12. Permita-me V. Exª que afirme também a minha convicção de que a Administração Fiscal beneficiará de uma crescente credibilização junto dos contribuintes se se predispuser, em situações como esta, a reconhecer culpas e erros onde eles existam, com a vantagem de assim reforçar a sua posição nas situações em que, por não assistir,

de todo, razão aos contribuintes, sejam de indeferir fundamentada e firmemente as respectivas pretensões.

13. Passemos agora ao segundo dos argumentos de ordem formal a que fiz referência no ponto 2. Alega a Direcção de Serviços de Justiça Tributária dessa Direcção-Geral que não impende sobre a Administração Fiscal qualquer dever de indemnizar ao abrigo do Decreto-Lei nº 48 051, de 21 de Novembro de 1967, por ter já decorrido o prazo de prescrição do direito de indemnização previsto no art. 2º, nº 1, do aludido diploma legal.

14. Concordo com a afirmação relativa ao decurso do prazo de prescrição. O direito de indemnização aqui em causa encontra-se efectivamente prescrito. Tal facto não implica, contudo, por si só, que se conclua que não impende sobre a Administração Fiscal qualquer dever de indemn izar.

15. As considerações expendidas sobre a questão do recurso aos tribunais administrativos revelam-se também a este propósito plenamente válidas.

16. Com efeito, ocorrida a prescrição, não recai sobre a Administração Fiscal um dever legal de indemnizar. Contudo, poder-se-á, ou melhor, dever-se-á mesmo afirmar que continua a existir uma obrigação natural de indemnizar.

17. Quer isto dizer que embora a Administração Fiscal não esteja legalmente obrigada a pagar a indemnização, não cometerá de forma alguma qualquer ilegalidade se o fizer (nos termos do disposto no art. 302º do Código Civil, a prescrição é livremente renunciável após o decurso do respectivo prazo, podendo ser tácita e havendo legitimidade para a ela renunciar da parte de quem possa dispor do benefício que a mesma tenha criado), ainda para mais estando em causa uma situação de flagrante injustiça como aquela que ora se encontra em análise.

18. O Provedor de Justiça, como tive já ocasião de referir, deve também intervir naqueles casos em que a actuação dos poderes públicos, ainda que conforme à Lei, se revela materialmente injusta.

19. Ora, o não pagamento de uma indemnização à Sra... constituirá, como foi aliás já dito na minha Recomendação nº 70/A/98, uma omissão materialmente injusta imputável à Administração Fiscal, ainda que legitimada pela Lei, consubstanciando a questão em apreço um daqueles casos em que, na minha óptica, o valor jurídico justiça deve prevalecer sobre o valor jurídico segurança.

20. Considero, pois, que também quanto a este aspecto da prescrição nada im-

pede que a Administração Fiscal, por sua livre e espontânea vontade, ou no seguimento de uma Recomendação deste órgão do Estado, indemnize a reclamante.

21. Aliás, não se compreende que, sendo o Estado uma pessoa de bem, no seio do qual a Administração Fiscal constitui o "braço" que, através da tributação, arrecada grande parte dos recursos financeiros necessários para a satisfação das suas necessidades, exercendo em simultâneo a primordial função económica e social de redistribuição de riqueza, seja adoptada por essa Direcção-Geral a posição que me foi dada a conhecer através do vosso ofício nº 6605, de 1.06.99.

22. Para que a fundamental função de redistribuição acima mencionada possa ser assegurada de forma credível, torna-se necessário que a Administração Fiscal paute a sua actuação, no que concerne às relações com os contribuintes, por princípios de justiça material que, garantindo a prossecução do interesse público, se preocupem igualmente com o respeito pelo direitos e interesses legítimos dos cidadãos.

23. Por fim, resta-me fazer referência ao único dos argumentos de ordem material utilizado por essa Direcção-Geral para fundamentar o não acatamento da minha Recomendação nº 70/A/98 - a falta de preenchimento dos requisitos de responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública previstos no art. 2º, nº 1, do Decreto-Lei nº 48 051.

24. No que se reporta ao prejuízo e ao nexo de causalidade, a sua verificação é de tal modo evidente que não existe sequer necessidade de introduzir qualquer tipo de explicação mais desenvolvida. Ficou já amplamente demonstrado que a reclamante teve prejuízos e que os mesmos se ficaram a dever a uma actuação concreta da Administração Fiscal (o preenchimento destes requisitos não é, aliás, posto sequer em causa por essa Direcção-Geral).

25. Centremo-nos, pois, na questão da ilicitude e da culpa. Defende essa Direcção-Geral que não se encontra demonstrado que a liquidação de Contribuição Industrial em causa tenha consubstanciado um acto ilícito culposamente praticado por um órgão da Administração Fiscal.

26. A argumentação expendida é a de que a ilegalidade não é por si só suficiente para conduzir à qualificação de um acto como ilícito e culposo, exigindo-se, como se diz na Informação nº 3314 da Direcção de Serviços de Justiça Tributária, "que a ilegalidade consista em violação de norma que vise directamente tutelar direitos subjectivos ou outras posições jurídicas subjectivas do lesado e que a prática do acto tenha re-

sultado da falta de diligência e zelo a que os órgãos se achem vinculados em razão do cargo que exe rcem".

27. Ora, parece-me inquestionável que a prática do acto resultou de uma evidente falta de diligência e zelo, imputável aos funcionários que neste caso concreto foram responsáveis pela liquidação ilegal.

28. Isso mesmo transparece de forma clara na fundamentação da sentença emanada do Tribunal Tributário de 1ª Instância de Lisboa em 10.11.92, onde se reconhece, como já havia referido na minha anterior Recomendação, que a venda efectuada pela Sra... jamais poderia constituir um facto tributário em sede de Contribuição Industrial, por resultar de forma clara que a sua natureza jurídica não seria nunca a de acto de comércio (ainda que isolado), à luz das regras estabelecidas pelo Código Comercial.

29. Não compreendo, por isso, o motivo pelo qual essa Direcção-Geral se limita a defender o não preenchimento deste requisito, sem adiantar fundamentos que sustentem tal posição.

30. Aliás, e ainda no âmbito da culpa (é da culpa que estamos a tratar quando falamos da falta de diligência e de zelo), convirá referir que a esmagadora maioria da jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo nesta matéria defende que, provada a ilicitude, entendida em termos objectivos, deve ter-se também como provada a culpa, a não ser que o lesante alegue e prove factos que a descaracterizem.

31. Julgo que neste caso não existirão quaisquer dúvidas no que respeita à existência de uma ilicitude objectiva. Ela resulta do simples facto de se ter verificado um procedimento ilegal da Administração Fiscal, consubstanciado na violação de normas jurídicas de direito objectivo. Logo, caberia a essa mesma Administração Fiscal provar que não houve culpa da sua parte, o que manifestamente não foi feito.

32. Mas, ainda que se considerasse que a ilicitude objectiva não é suficiente para originar a obrigação de indemnizar, creio que tal não constituiria na situação em análise qualquer tipo de obstáculo, pois estou plenamente convicto que houve violação de normas destinadas a tutelar directamente direitos subjectivos ou outras posições jurídicas subjectivas da reclamante.

33. A ilicitude subjectiva resulta aqui do facto das normas violadas (art. 57º do Código da Contribuição Industrial e artigos do Código Comercial que delimitam o âmbito daquilo que pode ser considerado acto de comércio) estabelecerem, em resultado da sua aplicação conjugada, uma delimitação daqueles actos que, sendo considerados

actos isolados de natureza comercial ou industrial, estão por isso sujeitos à incidência do imposto em causa, o que necessariamente implica a protecção de posições jurídicas subjectivas de todos aqueles sujeitos que, como a reclamante, praticam ou praticaram actos isolados que não podem, no entanto, ser considerados de natureza comercial ou industrial.

Em face do que antecede, e por considerar que os fundamentos invocados por essa Direcção-Geral para o não acatamento da minha Recomendação nº 70/A/98, de 18.11.98, não podem, pelos motivos expostos, ser considerados procedentes, venho por este meio reiterar tudo aquilo que através da mesma havia transmitido a V. Exa., pelo que, uma vez mais,

Recomendo

que, em obediência a elementares princípios de justiça material, seja paga à Senhora... uma indemnização destinada a compensá-la pelos prejuízos sofridos no período compreendido entre a data da liquidação e a data em que foi liberada a caução, na sequência da decisão judicial de anulação da dívida resultante da referida liquidação.

Recomendação sem resposta conclusiva.
Pendente pedido de parecer ao auditor jurídico do Ministério das Finanças

A
Sua Excelência
o Ministro das Finanças

R-650/98
Rec. n.º 82/A/99
1999.11.18

1. Foi solicitada a minha intervenção relativamente ao regime tributário aplicável aos trabalhadores portugueses ao serviço das missões diplomáticas e dos postos consulares acreditados em Portugal, assunto que já é do conhecimento desse Ministério, e que julgo poder ser resolvido pela administração fiscal de forma a definir rapidamente a situação daqueles contribuintes.

2. De acordo com o teor das reclamações aqui apresentadas e com os elementos coligidos nos respectivos processos, desde que entrou em vigor o Código do IRS tem sido uniforme o entendimento da administração fiscal quanto à não incidência do IRS relativamente aos rendimentos de trabalho dependente daqueles trabalhadores.

Ilustra este procedimento o facto de os funcionários locais das missões diplomáticas e dos postos consulares apresentarem normalmente a sua declaração de rendimentos através do Mod. H, invocando, supostamente de boa fé, o benefício fiscal automático estabelecido no art.º 42º do Estatuto dos Benefícios Fiscais, sendo certo que ao longo desta década não foi levantada qualquer objecção pelos serviços receptores a este respeito, nem fiscalizada esta área de tributação durante nove anos.

Por outro lado, algumas instruções genéricas da administração fiscal a este respeito não foram totalmente esclarecedoras, como, por exemplo, o Despacho de Sua Excelência o Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais de 21/02/89, exarado na Inf. n.º 246/89 (cfr. anotação ao art.º. 42º. do Estatuto dos Benefícios Fiscais, F. Pinto Fernandes e J. Cardoso dos Santos, pág. 266, Rei dos Livros, 2ª Edição, 1993), ou a Circular n.º 5/89, de 13 de Março, o que permitiu a consolidação daquele entendimento.

Acresce que, em resposta a pedidos de esclarecimento efectuados por contribuintes, individualmente, sobre este assunto, a posição da administração fiscal sobre esta matéria foi, expressamente, no sentido de os rendimentos auferidos pelos trabalhadores das missões diplomáticas e postos consulares não serem susceptíveis de tributação em IRS (cfr. Inf. n.º IRS-2295/89, Pº 2482, E.G.1810/89, sancionada por despacho de 89/10/09 do então Subdirector-Geral das Contribuições e Impostos).

Estas decisões, para além da sua repercussão na definição da situação concreta do contribuinte que as motivou, tiveram também como efeito - aliás lógico e compreensível - o reforço da tese de que tais rendimentos não estavam, em geral, sujeitos a tributação.

Contribuiu para esta convicção generalizada o facto de o universo dos contribuintes directamente interessados nesta questão ser relativamente diminuto, pelo que a informação disponível era rapidamente difundida.

Apenas mais recentemente, na sequência da análise efectuada a declarações periódicas de sujeitos passivos de IRS que invocaram as isenções previstas nos artigos 42º e 46º do Estatuto dos Benefícios Fiscais, é que a Administração Fiscal considerou que alguns daqueles benefícios vinham sendo usufruídos indevidamente, e produziu o ofício-circulado n.º 5/97, de 2/4, da Direcção de Serviços do IRS.

Todavia, certamente pela complexidade da verificação dos requisitos que estão em causa para que a isenção possa ser concedida, houve necessidade de esclarecer os serviços da administração fiscal sobre esta matéria, tendo sido elaborado o ofício-

circulado n.º 12/97, de 12/12, da Direcção de Serviços dos Benefícios Fiscais, que finalmente clarificou o regime jurídico-tributário aplicável a esta situação.

3. O enquadramento jurídico da situação é dado, numa primeira análise, pelo disposto no art. 42.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 215/89, de 1 de Julho, o qual consagra a isenção, em sede de IRS, para o pessoal das missões diplomáticas e consulares, quanto às remunerações auferidas nessa qualidade, nos termos do direito internacional aplicável ou desde que haja reciprocidade.

Decorre, assim, daquela disposição que, para averiguar da existência do benefício fiscal em questão, é necessário que o mesmo esteja previsto em instrumento de direito internacional ou que exista aplicação do princípio da reciprocidade, relativamente à isenção da tributação dos rendimentos de trabalho.

No primeiro caso, quanto aos trabalhadores ao serviço das missões diplomáticas e dos postos consulares estrangeiros, quer no que diz respeito ao pessoal administrativo e técnico, quer no que diz respeito ao pessoal do serviço doméstico, é estabelecido nos artigos 1º, 34º e 37º da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, aprovada para adesão pelo Decreto-Lei n.º 48 295, de 27 de Março de 1968, e nos artigos 1º, 49º, 66º e 71º da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, aprovada para adesão pelo Decreto-Lei n.º 183/72, de 30 de Maio, que apenas beneficiarão da isenção de impostos os trabalhadores que não sejam nacionais do Estado acreditador ou receptor, nem nele tenham residência permanente.

Nesta perspectiva, portanto, aqueles trabalhadores gozam apenas dos privilégios que lhes sejam reconhecidos pelo próprio Estado, que no caso do imposto sobre o rendimento de trabalhadores portugueses ao serviço de missões diplomáticas e postos consulares estrangeiros em Portugal, não são nenhuns.

Diferente será o entendimento quanto aos trabalhadores portugueses que prestem a sua actividade em missões diplomáticas ou postos consulares de Estados acreditantes em que releve o princípio da reciprocidade relativamente à isenção de impostos sobre o rendimento de trabalho, dado que neste caso estão preenchidos os requisitos da concessão do benefício fiscal, previstos no nº1 do art.º 42º do Estatuto dos Benefícios Fiscais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 215/89, de 15 de Julho.

Como decorre do referido, não está posta em causa, genericamente, a tributação destes rendimentos em sede de IRS. A questão reside apenas no tratamento a dar às situações anteriores a 1998.

4. Tal como já foi referido, o ofício-circulado n.º 5/97 continha instruções aos

serviços da administração fiscal no sentido de serem confirmadas as isenções invocadas ao abrigo do art.º 42º do Estatuto dos Benefícios Fiscais, e na sua sequência tem vindo a ser exigido àqueles contribuintes, tendo em consideração o prazo de caducidade do direito à liquidação, o pagamento de impostos com efeitos retroactivos a 1992.

Esta exigência consubstancia, para os trabalhadores e suas famílias que efectuem o pagamento do imposto relativo a cinco anos de rendimento de trabalho num curto espaço de tempo, um encargo bastante penoso, e para mais inesperado, face aos antecedentes supra mencionados do enquadramento jurídico-fiscal destes rendimentos.

5. Convém também salientar que, no contexto descrito, é inegável que o conteúdo das relações jurídico-tributárias em causa assume particular relevância na definição das relações laborais estabelecidas entre os trabalhadores e as embaixadas ou consulados acreditados em Portugal, nomeadamente na retribuição acordada nos respectivos contratos de trabalho, uma vez que o respectivo montante, como resulta do que ficou exposto, tinha necessariamente como pressuposto a sua liquidez.

Ou seja, por força da actuação da administração fiscal criou-se a legítima convicção de que os rendimentos em causa não eram tributáveis, o que levou a que a sua fixação contratual fosse feita, de boa fé, tendo em conta essa convicção.

Estamos, pois, perante um caso – diferente da generalidade dos outros casos em que benefícios fiscais são usufruídos de forma eventualmente ilegal – em que a própria administração fiscal reconheceu a existência do benefício e em que esse reconhecimento produziu efeitos de monta fora da relação entre o fisco e o contribuinte.

Há, pois, que ter particular atenção às legítimas expectativas dos trabalhadores em manter o nível de retribuição inicialmente contratado.

6. A considerações desta índole não foi alheia a administração fiscal, como decorre de Despacho de Sua Excelência o Ministro das Finanças de 98.01.29, exarado na Informação n.º 35/98, da Direcção - Geral dos Impostos, cujas alíneas a) e b) propunham:

> " a suspensão imediata das acções entretanto encetadas neste domínio pela administração fiscal (cancelamento de reembolsos, notificações, etc.);
>
> a necessidade de um levantamento a nível nacional de todas as situações enquadráveis, nomeadamente pela identificação dos funcionários locais, sua nacionalidade e qualidade de funcionário;".

Neste contexto, corroboro o que a própria administração fiscal reconheceu

quanto às dúvidas e hesitações que ao longo destes anos demonstrou sobre esta matéria, pressupondo a boa-fé dos contribuintes, que foram, inclusivamente, procurando esclarecimentos sobre a sua situação fiscal, sem que da parte da administração alguma coisa fizesse supor que a mesma estaria irregular, pelo menos, clara e inequivocamente, até Dezembro de 1997 (cfr. ofício - circulado n.º 12/97, de 12 de Dezembro).

7. Creio, no entanto, que a administração fiscal deveria ter ido um pouco mais longe quanto ao reconhecimento da situação que se verificou durante anos nesta matéria.

De facto, e atendendo também à morosidade dos procedimentos administrativos entretanto encetados, tendentes a efectuar o levantamento a nível nacional das situações enquadráveis na previsão do art.º 42º do Estatuto dos Benefícios Fiscais, não me parece suficiente a mera suspensão das diligências em curso relativamente ao IRS dos anos em que se verificava a já sobejamente referida situação quanto ao enquadramento jurídico-tributário destes rendimentos, isto é, até 1997 inclusive.

Impõe-se que a administração fiscal reconheça que foi a causadora da situação de não tributação verificada e que essa situação teve reflexos consideráveis e já irreversíveis fora do âmbito da relação jurídico-tributária, e que, em consequência, actue de forma a salvaguardar as legítimas expectativas que criou aos contribuintes em causa.

8. Pelo exposto, e relativamente aos rendimentos auferidos, nessa qualidade, pelos trabalhadores portugueses ao serviço das missões diplomáticas e dos postos consulares acreditados em Portugal,

Recomendo

I. Que não sejam efectuadas quaisquer liquidações em sede de Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Singulares, relativamente a anos anteriores a 1997, inclusive;

II. Que sejam oficiosamente anuladas as liquidações relativas àqueles anos que tenham sido entretanto efectuadas;

III. Que sejam declarados extintos todos os processos de execução fiscal entretanto instaurados para cobrança coerciva de dívidas resultantes de liquidações deste imposto referentes a anos anteriores a 1997, inclusive.

Recomendação em análise

Ao
Exm.º Senhor
Presidente da Câmara Municipal
de Viana do Castelo

R. 2102/97
Rec. n.º 88/A/99
1999.12.10

I
Dos Factos

1. Apresentou o Senhor... neste órgão de Estado queixa contra a Câmara Municipal de Viana do Castelo, em virtude de danos resultantes da queda de ramos de uma árvore, na noite de 4 para 5 de Julho de 1996, sobre a sua viatura marca FORD ESCORT, matrícula ..., estacionada na Av. Luís de Camões, dessa cidade.

2. Os danos sofridos na viatura acidentada terão sido avaliados em Esc. 58.851$00 (cinquenta e oito mil oitocentos e cinquenta e um escudos), resultantes da reparação do tejadilho do referido veículo automóvel, alegando o reclamante que o acidente supra descrito se deveu a culpa exclusiva da Câmara Municipal, por omissão do dever de fiscalização da condição sanitária da referida árvore.

3. Comunicada a pretensão do reclamante a essa Câmara, foi reafirmada a posição anteriormente exposta, alegando-se que:

a) a queda de ramos da árvore não resultou de deficiente conservação sanitária, e tão pouco se deveu a causas de natureza climatérica;
b) "eventualmente, a situação em apreço ter-se-á devido a factos de terceiro";
c) "não se verifica, por parte da Câmara, a omissão de um dever de diligência, que se traduza na omissão de um dever de previsão ou de um dever de prevenção, que é um pressuposto indispensável da responsabilização."

II
Do Direito

4. Perante a pretensão do reclamante, de responsabilização da Câmara Municipal por danos resultantes de actividade de gestão pública (art. 90.º do Decreto-Lei n.º 100/84, de 29 de Março – LAL -, então em vigor, art.º l.º do Decreto-Lei n.º 48051, de

21 de Novembro de 1967, e arts.º 483.º e segs. do Código Civil - CC), cumpre averiguar da verificação cumulativa dos pressupostos dessa responsabilidade: facto ilícito, culpa, dano e nexo de causalidade.

5. Inexiste controvérsia sobre a verificação do evento danoso, sobre o montante dos prejuízos alegados ou sobre a relação de causalidade adequada entre o facto e os danos, cumprindo aquilatar apenas de matéria de Direito - existência de facto ilícito culposo.

6. A recusa da Câmara Municipal na reparação dos danos ao reclamante baseia-se na seguinte informação da sua Divisão de Serviços Urbanos, prestada após reclamação do interessado:

> "Verifiquei o ramo em questão e pude constatar que se encontrava em bom estado sanitário. Apesar de se tratar de uma árvore frágil, não encontro causas naturais para o sucedido (...) Contudo, pelos vestígios encontrados nas sebes, há indícios de indivíduos subirem às árvores durante a noite. Será esta uma possível causa?"
>
> Daqui conclui essa edilidade que "eventualmente, a situação em apreço ter-se-á devido a factos de terceiros."

7. No âmbito das atribuições cometidas por Lei às autarquias locais (v. art. 51.º do Decreto-Lei n.º 100/84, de 29 de Março - LAL), devem os seus serviços manter em adequado estado de conservação o seu património, nomeadamente o património arbóreo, procedendo à sua vigilância e manutenção, de forma a evitar a produção de prejuízos para outrem (Ac. STA de 20 de Fevereiro de 1990, AD, 374, p. 125)

Sendo certo que os factos ilícitos se podem traduzir numa abstenção ou omissão, quando exista a obrigação de praticar o acto (art. 486.º do Código Civil), existe ilícito (abstenção de agir) quando se infrinjam regras de ordem técnica e de prudência comum que devam ser observadas (art. 6.º do Decreto-Lei n.º 48051)

Encontrando-se a árvore causadora dos danos à guarda da Câmara Municipal, sobre quem impendem deveres de guarda e zelo, não alega e prova a autarquia a prática dos cuidados de conservação e vigilância que se lhe impunham, susceptíveis de evitar a produção de danos, como não prova a existência de caso fortuito ou de força maior - isto é, que os danos se produziriam independentemente do cumprimento pela Câmara dos seus deveres legais (v. arts. 33.º e 34.º do Regulamento Geral das Estradas e Caminhos Municipais, aprovado pela Lei n.º 2110, de 19 de Agosto de 1961, e Ac. STA de 22 de Fevereiro de 1996, AD, 413, 566)

Também não são de considerar alegações genéricas sobre eventuais responsabilidades de terceiros, dado que a Câmara apenas apresenta suspeições, sem qualquer elemento de prova.

Existe, pois, um facto ilícito omissivo imputável à Câmara Municipal de Viana do Castelo.

8. O carácter unitário do instituto da responsabilidade civil por actos de gestão pública (art. 22.º da Constituição), bem como o carácter lacunar do normativo contido no citado art. 90.º da LAL, implicam a aplicação ao mesmo das normas sobre responsabilidade civil extracontratual contidas no Código Civil (CC) (MARCELLO CAETANO, Manual de Direito Administrativo, II, 10ª ed., Almedina, p. 1223).

Existindo facto ilícito de gestão pública, deve dar-se por verificada também a culpa, na medida em que esta se deve presumir quando haja ilicitude, salvo prova de factos que a afastem (Ac. STA de 18 de Maio de 1993, AD, 390, 626), e essa prova manifestamente não foi fe ita.

Nas palavras do Supremo Tribunal Administrativo, não alegou a Câmara Municipal "qualquer facto que pudesse traduzir, da sua parte, uma actividade diligente de conservação do património arbóreo em causa, com um mínimo de regularidade e de cuidado, por forma a evitar a insegurança na via a seu cargo, o que os cidadãos não podem nem devem suportar (...). Na verdade, a culpa aprecia-se segundo o critério adoptado pelo art. 487.º do CC; e o que haverá a esperar dos órgãos e agentes de um serviço público é que cumpram com diligência os seus deveres, satisfazendo nomeadamente a obrigação de vigilância dos bens que detêm à sua guarda, por forma a impedir eventos causadores de danos aos particulares" (Ac. STA de 22 de Fevereiro de 1996, cit., p. 567).

Devendo esta presunção ser ilidida mediante a prova de factos que a afastem, tal prova, manifestamente, não foi feita (Ac. STA de 20 de Outubro de 1987, BMJ, 370, p. 392).

9. Esta presunção de responsabilidade é aliás reforçada pela aplicação do art. 493.º, n.º 1, do CC, que, invertendo o ónus da prova contido no art. 487.º, n.º 1, do mesmo Código, estabelece uma presunção de culpa contra quem tem coisas à sua guarda.

Competia, pois, à Câmara Municipal provar que desenvolveu uma actividade diligente de conservação do património em questão (actividade "ex ante" e não "ex

post") - o que, reafirma-se, não fez.

10. Sendo certo que a Câmara Municipal a que V. Exa. preside não alegou e provou que, por comprovada, "adequada, continuada e sistemática fiscalização técnica" do seu património arbóreo (Ac. STA de 20 de Fevereiro de 1990, citado, p.131), a queda da árvore não se deveu a omissão ilícita e culposa, ou que tal teria sucedido independentemente da sua culpa, verificam-se os pressupostos da responsabilidade civil extracontratual da Câmara Municipal por actos de gestão pública.

III
Conclusão

Encontrando-se reunidos todos os pressupostos legalmente exigíveis, não pode deixar de se concluir que existiu omissão do cumprimento do dever de conservação do património arbóreo pela Câmara Municipal de Viana do Castelo, e que de tal omissão resultaram os prejuízos supra descritos, que se me não afigura justo ter o Senhor... de suportar os custos.

Perante o quadro descrito,

Recomendo

a V.ª Ex.ª, Senhor Presidente da Câmara Municipal de Viana do Castelo, que seja o Senhor… indemnizado dos prejuízos sofridos, pagando-se-lhe o valor da reparação do automóvel.

Recomendação sem resposta conclusiva

Ao
Exmº Senhor
Presidente do Conselho de Administração
do Centro Profissional do Sector Alimentar

R-4079/91
Rec. n.º 92/A/99
1999.12.16

1. Foi-me apresentada queixa pela Senhora…, funcionária desse Centro (CFPSA), nos termos e pelos fundamentos seguintes:

1.1. Desde 1988 que a queixosa exerceu as suas funções no referido Centro com a categoria profissional de Chefe de Divisão de Coordenação de Acções, até Janeiro de 1990, data em que uma restruturação orgânica lhe retirou tais funções.

1.2. De tal acto, transmitido à queixosa através do Comunicado 2/90 e da Cir-

cular de 31/01/90, resultou a perda de regalias inerentes à categoria profissional, nomeadamente o subsídio de isenção de horário, no valor de 20%, o subsídio de transporte – à data no valor de Esc. 10.000$00 – e o pagamento de almoço mediante apresentação de factura, descontado o respectivo subsídio.

2. Inquirido sobre os factos alegados, informou o CFPSA que a queixosa deixou de exercer tais funções no âmbito de uma restruturação orgânica dos serviços, "por sua vontade expressa" aceite pelo respectivo Conselho de Administração.

2.1. Tal vontade, segundo testemunhas arroladas por V.Ex.ª., teria resultado de uma "carta de demissão" apresentada pela reclamante, documento nunca disponibilizado a esta Provedoria de Justiça, inicialmente por recusa e, posteriormente, por se alegar ser desconhecido o seu paradeiro.

3. Constam do presente processo os documentos que sustentam os factos alegados pela queixosa, nomeadamente a sua categoria profissional de chefia, as regalias inerentes à mesma, a restruturação que originou a baixa de categoria e perda de retribuição e a sua oposição às mesmas.

4. A presente questão resume-se à aferição da conformidade da conduta do Conselho de Administração do Centro de Formação Profissional do Sector Alimentar com o disposto na Lei Geral do Trabalho, concretamente com o disposto do Capítulo II do Decreto-Lei n.º 49048, de 24 de Novembro (LCT), "Direitos, deveres e garantias das partes".

4.1. Relevam neste caso as proibições do nosso direito laboral, designadamente a da diminuição de retribuição e a da baixa da categoria do trabalhador, princípios que encontram excepção nos casos expressamente previstos na Lei ou no acordo entre as partes (arts. 21º e 23º LCT).

4.2. Como decorrência necessária de tais princípios, é entendimento pacífico na jurisprudência que uma empresa, ao pretender reestruturar os seus serviços, deve sempre colocar os seus trabalhadores em cargos equivalentes aos que vinham sendo exercidos (vd., entre muitos outros, Acs. STJ de 05/06/85, in ADSTA, 289, 98; de 06/02/91, ADSTA, 355, 923; 15/11/95, in BMJ, 451, 230).

5. Não se colocam aqui questões de direito, mas de facto: afirmando V.Ex.ª que inexistiu violação dos normativos citados porque a trabalhadora, com a sua carta de

demissão, deu o seu assentimento expresso a tal alteração, tudo se resume a verificar tal acordo prévio.

5.1. Parece-me medianamente claro que, não só o Centro não logrou provar o acordo realizado com a trabalhadora para a sua despromoção (art. 342º Código Civil), como os actos documentados no processo determinam convicção contrária.

5.2. De acordo com a Acta n.º 77, relativa à reunião do Conselho de Administração havida em 29 de Janeiro de 1990, "foi entretanto emitido o Comunicado n.º 02/90 que informa os Trabalhadores do Centro da nova estrutura orgânica do CFPSA e nomeação das respectivas chefias, a atribuição de Isenção de Horário às Chefias (...), bem como o procedimento relativamente ao pagamento de horas extraordinárias."

5.3. Com a nomeação das novas chefias, e conforme reza a mesma Acta, "na prática, e em função dos reajustamentos nas suas posições hierárquicas, deixam de receber isenção de horário as seguintes Chefias: (...) …".

5.4. De acordo com o Comunicado interno n.º 02/90, publicitou-se a aprovação da "nova estrutura orgânica do Centro tendo em vista uma melhor funcionalidade dos Serviços, (...) deixando de exercer funções e regressando ao seu lugar de carreira os seguintes trabalhadores: (...) Chefe de Divisão …".

5.5. Conforme Circular interna de 31 de Janeiro de 1990, relativamente à queixosa e outras chefias, "por conveniência de serviço, o Conselho de Administração deliberou deixar de aplicar o regime de isenção de horário de trabalho. (...) os empregado abrangidos voltarão a cumprir, a partir daquela data, o horário de trabalho a que estavam obrigados antes de lhes ter sido aplicado o regime de isenção, que agora se retira. Por ter deixado de exercer funções de chefia, já lhe não são devidas" determinadas regalias.

5.6. A estes actos se opôs a queixosa, oposição que culminou na reclamação que foi apresentada neste Órgão de Estado, e em virtude da qual foi determinada a abertura do presente processo.

6. Tais actos traduzem uma restruturação orgânica que comina uma verdadeira baixa de categoria e consequente perda de retribuição da reclamante, unilaterais porque não fundadas em qualquer acordo prévio da trabalhadora.

6.1. A disciplina jurídica da relação laboral, dados os valores que lhe subjazem, valores que são constitucionalmente protegidos, é dotada de uma dignidade superior, de onde decorre uma especial imperatividade das normas protectoras dos trabalhadores.

6.2. Tal protecção consubstancia-se, entre outras nas proibições absolutas supra referidas, cujo afastamento é excepcional e se não compagina com declarações sobre a existência de documentos que, ao longo de cinco anos, a alegada reorganização de ficheiros e arquivos dos serviços não conseguiu trazer à luz do dia.

6.3. Sem necessidade de mais delongas, Senhor Presidente do Centro de Formação Profissional do Sector Alimentar, o que decorre do processo aqui aberto a instâncias da Senhora… é a existência de actos unilaterais, sem concordância expressa (ou sequer tácita) da trabalhadora e, como tal, violadores das normas contidas nos artigos 21º a 23º do DL n.º 49.408, de 24 de Novembro.

Pelo exposto,

Recomendo

a V.Ex.a. que, no âmbito da restruturação orgânica operada, seja atribuído à queixosa um cargo equivalente àquele que vinha exercendo em Janeiro de 1990, com o pagamento das prestações pecuniárias que deveria ter entretanto auferido.

Recomendação não acatada

A
Sua Excelência
o Primeiro-Ministro

R-4846/98
Rec. n.º 4/B/99
1999.02.24

1. Recebi de uma associação empresarial uma queixa relativamente à forma como se encontra a ser promovida a selecção dos beneficiários das "Acções Voluntaristas e Dinamização Empresarial", criadas no âmbito do Programa Iniciativa Comunitária PME, por força do Decreto-Lei nº 172/97, de 16 de Julho e regulamentadas através do Despacho Conjunto nº 364/98, de 29 de Maio, dos Ministérios do Equipamento, do Planeamento e da Administração do Território, da Economia, do Trabalho e da Solidariedade e da Ciência e Tecnologia.

2. Para além de questões específicas do mesmo processo, e que se encontram ainda em fase de apreciação, ressalta dele uma situação que entendo gravosa e cujo carácter genérico me leva a dirigir-me, desde já, a Vossa Excelência.

3. Estatui o Decreto-Lei nº 387/88, de 25 de Outubro - que estabelece o quadro

legal do Instituto de Apoio às Pequenas e Médias Empresas Industriais (IAPMEI) -, como atribuições deste Instituto, entre outras, as de "assegurar o funcionamento dos sistemas de incentivos ou estímulos ao investimento, nos termos da legislação aplicável", por um lado e de, por outro, "participar em institutos, sociedades, associações ou outras entidades que possam contribuir para o desenvolvimento económico" e, ainda, a de prestar apoios financeiros a empresas, nomeadamente, através de participações no capital social dessas empresas.

4. Ora, estas atribuições, se de per si consubstanciam apenas algumas das formas de intervenção do Estado na economia, quando simultâneas, no entanto, podem conduzir a situações que coloquem em causa o princípio da imparcialidade (nº 2 do artº 266º da Constituição da República Portuguesa e artº 6º do Código do Procedimento Administrativo) e, consequentemente, a isenção, independência e transparência da administração pública, enquanto corolários daquele princípio.

5. Exemplo disso retiro-o, precisamente, da análise dos elementos constantes do processo a que deu origem a reclamação apresentada pela CEAL.

6. Estabelece o nº 3, do Despacho Conjunto nº 364/98, de 29 de Maio, o qual regulamenta as "Acções Voluntaristas e Dinamização Empresarial", poderem ser beneficiárias desse programa, Associações empresarias e outras entidades vocacionadas para o apoio a empresas.

7. Por outro lado, determina aquele mesmo Regulamento, que a fiscalização e verificação da aplicação das verbas das Acções Voluntaristas por parte das entidades beneficiárias, seja operada, precisamente, pelo IAPMEI (artº 13º). Efectivamente aí pode ler-se: "As entidades beneficiárias ficam sujeitas à verificação da aplicação dos apoios concedidos, competindo ao IAPMEI e ao Gestor do programa, acompanhar e fiscalizar a realização do projecto e o cumprimento das acções dos promotores".

8. Não se estabelece, porém, nem a proibição de o IAPMEI fiscalizar entidades beneficiárias em que participe, nem se estatui como requisito de candidatura que as empresas beneficiárias não sejam participadas de qualquer modo pelo IAPMEI.

9. Afigura-se-me inequívoco estarmos, assim, na presença de um regulamento que potencia situações de parcialidade na administração pública.

10. E não se diga que a hipótese de numa mesma entidade se reunir fiscalizador e fiscalizado é meramente académica ou, sequer, remota. É que, no âmbito da queixa que me foi apresentada, tomei conhecimento de que, pelo menos uma das entidades que concorre ao aludido Programa de Acções Voluntaristas e Dinamização Empresarial,

- o CERA - Conselho Empresarial do Algarve -, não só tem como associada uma empresa (a Globalgarve) que conta com o IAPMEI na sua estrutura accionista, como ainda, admite nos seus estatutos a possibilidade de participação de entidades públicas (eventualmente o IAPMEI), enquanto sócios honorários, com direito a voto em Assembleia Geral - vide documentos que se juntam.

11. Vale isto por dizer que nada impede que, para além de poder ter participação por via indirecta numa das entidades beneficiárias, como tudo indica que já acontece, o IAPMEI possa vir a integrar, por via directa, aquele Conselho Empresarial.

12. Ambos os casos se podem verificar em relação a outras entidades, de que não tenha conhecimento.

13. Como Vossa Excelência certamente já terá concluído, parece-me de todo inaceitável que um órgão da administração pública possa, simultaneamente, participar - de forma directa ou indirecta -, nas entidades beneficiárias de incentivos e fiscalizar a aplicação dos mesmos apoios por parte daquelas entidades.

14. A situação descrita é, a meu ver, susceptível de comprometer a imparcialidade do órgão de fiscalização, em clara violação do nº 2, do artº 266º da Constituição da República Portuguesa e do artº 6º do Código do Procedimento Administrativo.

15. Estabelece o nº 2 do artº 266º da Constituição da República Portuguesa que "os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à Lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé".

16. Por outro lado, determina o artº 6.º do Código do Procedimento Administrativo que "no exercício da sua actividade, a administração pública deve tratar de forma justa e imparcial todos os que com ela entrem em relação".

17. Não se trata, na verdade de qualquer situação de impedimento (relativamente a qualquer titular de cargo no IAPMEI), nem sequer de incompatibilidade (de o IAPMEI não poder exercer o tipo de competências de fiscalização, uma vez que estas lhe são estatutariamente atribuídas), situações essas que, aliás, se encontram devidamente normativizadas.

18. Trata-se, antes, de uma situação, em que há indubitavelmente, e logo à partida, legítima "suspeição" de que o IAPMEI, enquanto órgão da administração (alínea b) do nº 2 do artº 2º do Código do Procedimento Administrativo), e exercendo as suas atribuições de fiscalização nos termos do mencionado despacho, venha a colocar

em causa o princípio da imparcialidade.

19. Isto é, parece legítimo questionar as garantias de imparcialidade que o IAPMEI pode oferecer ao fiscalizar entidades em que participe. Seguindo de perto a qualificação de Maria Teresa de Melo Ribeiro in "O princípio da imparcialidade na administração pública", Almedina, pág. 153 e seguintes, permito-me considerar duvidoso que o IPMAEI consiga, relativamente àquelas entidades, usar de isenção, independência e transparência: isenção, por não poder manter o necessário distanciamento e desinteresse em relação ao objecto de fiscalização; independência, porque os seus interesses, em última análise, se confundem com os daquelas entidades; e, finalmente, transparência por, daquele modo, não ser possível passar para o exterior (não basta sê-lo é preciso parecê-lo) a necessária imagem de imparcialidade.

20. É que, mesmo sendo a participação do IAPMEI naquelas entidades, objectivamente, uma participação de interesse público, por ter por objecto a "promoção do desenvolvimento industrial e o apoio directo ou indirecto ao fortalecimento e modernização da estrutura empresarial do país" - artº 4º do Decreto-Lei nº 387/88 - o resultado da sua intervenção fiscalizadora não se pode considerar, sob nenhum aspecto, "desinteressado": é impossível assegurar que o IAPMEI não tenha qualquer proveito a retirar da sua participação nas aludidas entidades, tal como é impossível garantir nada tenha a perder com um resultado menos favorável de uma fiscalização.

21. Por outro lado, tem-se por certo o princípio axiomático de que ninguém pode ser bom juiz em causa própria, o que reforça o meu entendimento de que, no caso das Acções Voluntaristas, ou ao IAPMEI não deveriam regulamentarmente estar cometidas tarefas de fiscalização, ou, em alternativa, haveria de ser instituído como requisito de candidatura dos incentivos em causa, que aquele Instituto não integrasse, directa ou indirectamente, as entidades beneficiárias.

22. E é a possibilidade de esta simultaneidade se não verificar apenas em relação aos apoios em causa, mas também a outros incentivos, e não só no que respeita ao IAPMEI, mas também relativamente a qualquer órgão da administração pública, que me leva a considerar pertinente a intervenção activa de Vossa Excelência, não no sentido de que o presente caso seja revisto (uma vez que para o efeito, nesta mesma data, dirijo Recomendação directamente aos Ministérios envolvidos no Despacho Conjunto nº 364/98), mas antes, por forma a acautelar, para o futuro, a ocorrência de situações similares.

23. É que, se é verdade que a violação do princípio da imparcialidade poderá

sempre ser aferida e sancionada à posteriori, nomeadamente através da declaração de invalidade do acto administrativo, convirá Vossa Excelência que os prejuízos muitas vezes irreparáveis, para os administrados, decorrentes deste tipo de situações, aconselham medidas destinadas a preveni-las.

24. Assim, nos termos do artº 20º, nº 1, alínea b), da Lei nº 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

que, no respeito pelo princípio da imparcialidade na administração pública, seja promovida intervenção legislativa no sentido de as entidades beneficiárias de incentivos nacionais ou comunitários não poderem nunca ser fiscalizadas, relativamente à aplicação desses fundos, por órgãos da administração pública que nelas tenham participação directa ou indirecta, ou, em alternativa, que seja sempre regulamentarmente exigido, como requisito de candidatura àqueles incentivos, o de as entidades beneficiárias não serem participadas, por via directa, ou indirecta, pelo órgão de fiscalização.

Recomendação acatada

A
Sua Excelência
o Ministro do Equipamento, do Planeamento
e da Administração do Território

R-4846/98
Rec. n.º 5/B/99
1999.02.24

1. Recebi de uma associação empresarial uma queixa relativamente à forma como se encontra a ser promovida a selecção dos beneficiários das "Acções Voluntaristas e Dinamização Empresarial", criadas no âmbito do Programa Iniciativa Comunitária PME, por força do Decreto-Lei nº 172/97, de 16 de Julho e regulamentadas através do Despacho Conjunto nº 364/98, de 29 de Maio, dos Ministérios do Equipamento, do Planeamento e da Administração do Território, da Economia, do Trabalho e da Solidariedade e da Ciência e Tecnologia.

2. Para além de questões específicas do mesmo processo, e que se encontram ainda em fase de apreciação, ressalta dele uma situação que entendo gravosa e susceptível de correcção imediata que acautele os seus efeitos.

3. Estatui o Decreto-Lei nº 387/88, de 25 de Outubro - que estabelece o quadro

legal do Instituto de Apoio às Pequenas e Médias Empresas Industriais (IAPMEI) -, como atribuições deste Instituto, entre outras, as de "assegurar o funcionamento dos sistemas de incentivos ou estímulos ao investimento, nos termos da legislação aplicável", por um lado e de, por outro, "participar em institutos, sociedades, associações ou outras entidades que possam contribuir para o desenvolvimento económico" e, ainda, a de prestar apoios financeiros a empresas, nomeadamente, através de participações no capital social dessas empresas.

4. Ora, estas atribuições, se de per si consubstanciam apenas algumas das formas de intervenção do Estado na economia, quando simultâneas, no entanto, podem conduzir a situações que coloquem em causa o princípio da imparcialidade (nº 2 do artº 266º da Constituição da República Portuguesa e artº 6º do Código do Procedimento Administrativo) e, consequentemente, a isenção, independência e transparência da administração pública, enquanto corolários daquele princípio.

5. Estabelece o nº 3, do Despacho Conjunto nº 364/98, de 29 de Maio, o qual regulamenta as "Acções Voluntaristas e Dinamização Empresarial", poderem ser beneficiárias desse programa, Associações empresarias e outras entidades vocacionadas para o apoio a empresas.

6. Por outro lado, determina aquele mesmo Regulamento, que a fiscalização e verificação da aplicação das verbas das Acções Voluntaristas e Dinamização Empresarial por parte das entidades beneficiárias, seja operada, precisamente, pelo IAPMEI (artº 13º). Efectivamente aí pode ler-se: "As entidades beneficiárias ficam sujeitas à verificação da aplicação dos apoios concedidos, competindo ao IAPMEI e ao Gestor do programa, acompanhar e fiscalizar a realização do projecto e o cumprimento das acções dos promotores".

7. Não se estabelece, porém, nem a proibição de o IAPMEI fiscalizar entidades beneficiárias em que participe, nem se estatui como requisito de candidatura que as empresas beneficiárias não sejam participadas de qualquer modo pelo IAPMEI.

8. Afigura-se-me inequívoco estarmos, assim, na presença de um regulamento que potencia situações de parcialidade na administração pública.

9. E não se diga que a hipótese de numa mesma entidade se reunir fiscalizador e fiscalizado é meramente académica ou, sequer, remota. É que, no âmbito da queixa que me foi apresentada, tomei conhecimento de que, pelo menos uma das entidades que concorre ao aludido Programa de Acções Voluntaristas e Dinamização Empresarial, - o CERA - Conselho Empresarial do Algarve -, não só tem como associada uma empresa

(a Globalgarve) que conta com o IAPMEI na sua estrutura accionista, como ainda, admite nos seus estatutos a possibilidade de participação de entidades públicas (eventualmente o IAPMEI), enquanto sócios honorários, com direito a voto em Assembleia Geral - vide documentos que se juntam.

10. Vale isto por dizer que nada impede que, para além de poder ter participação por via indirecta numa das entidades beneficiárias, como tudo indica que já acontece, o IAPMEI possa vir a integrar, por via directa, aquele Conselho Empresarial.

11. Como Vossa Excelência certamente já terá concluído, parece-me de todo inaceitável que um órgão da administração pública possa, simultaneamente, participar - de forma directa ou indirecta -, nas entidades beneficiárias de incentivos e fiscalizar a aplicação dos mesmos apoios por parte daquelas entidades.

12. A situação descrita é, a meu ver, susceptível de comprometer a imparcialidade do órgão de fiscalização, em clara violação do nº 2, do artº 266º da Constituição da República Portuguesa e do artº 6º do Código do Procedimento Administrativo.

13. Estabelece o nº 2 do artº 266º da Constituição da República Portuguesa que "os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à Lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé".

14. Por outro lado, determina o artº 6º do Código do Procedimento Administrativo que "no exercício da sua actividade, a administração pública deve tratar de forma justa e imparcial todos os que com ela entrem em relação".

15. Não se trata, na verdade de qualquer situação de impedimento (relativamente a qualquer titular de cargo no IAPMEI), nem sequer de incompatibilidade (de o IAPMEI não poder exercer o tipo de competências de fiscalização, uma vez que estas lhe são estatutariamente atribuídas), situações essas que, aliás, se encontram devidamente normativizadas.

16. Trata-se, antes, de uma situação, em que há indubitavelmente, e logo à partida, legítima "suspeição" de que o IAPMEI, enquanto órgão da administração (alínea b) do nº 2 do artº 2º do Código do Procedimento Administrativo), e exercendo as suas atribuições de fiscalização nos termos do mencionado despacho, venha a colocar em causa o princípio da imparcialidade.

17. Isto é, parece legítimo questionar as garantias de imparcialidade que o IAPMEI pode oferecer ao fiscalizar entidades em que participe. Seguindo de perto a quali-

ficação de Maria Teresa de Melo Ribeiro in "O princípio da imparcialidade na administração pública", Almedina, pág. 153 e seguintes, permito-me considerar duvidoso que o IPMAEI consiga, relativamente àquelas entidades, usar de isenção, independência e transparência: isenção, por não poder manter o necessário distanciamento e desinteresse em relação ao objecto de fiscalização; independência, porque os seus interesses, em última análise, se confundem com os daquelas entidades; e, finalmente, transparência por, daquele modo, não ser possível passar para o exterior (não basta sê-lo é preciso parecê-lo) a necessária imagem de imparcialidade.

18. É que, mesmo sendo a participação do IAPMEI naquelas entidades, objectivamente, uma participação de interesse público, por ter por objecto a "promoção do desenvolvimento industrial e o apoio directo ou indirecto ao fortalecimento e modernização da estrutura empresarial do país" - artº 4º do Decreto-Lei nº 387/88 - o resultado da sua intervenção fiscalizadora não se pode considerar, sob nenhum aspecto, "desinteressado": é impossível assegurar que o IAPMEI não tenha qualquer proveito a retirar da sua participação nas aludidas entidades, tal como é impossível garantir nada tenha a perder com um resultado menos favorável de uma fiscalização.

19. Por outro lado, tem-se por certo o princípio axiomático de que ninguém pode ser bom juiz em causa própria, o que reforça o meu entendimento de que, no caso das Acções Voluntaristas, ou ao IAPMEI não deveriam regulamentarmente estar cometidas tarefas de fiscalização, ou, em alternativa, haveria de ser instituído como requisito de candidatura dos incentivos em causa, que aquele Instituto não integrasse, directa ou indirectamente, as entidades beneficiárias.

20. É que, se é verdade que a violação do princípio da imparcialidade poderá sempre ser aferida e sancionada à posteriori, nomeadamente, através da declaração de invalidade do acto administrativo, convirá Vossa Excelência que os prejuízos muitas vezes irreparáveis, para os administrados, decorrentes deste tipo de situações, justificam que me dirija a Vossa Excelência de molde a que, de imediato, seja corrigida a situação potencializadora de violação do princípio da imparcialidade, consubstanciada no artº 13º do Despacho Conjunto nº 364/98.

21. Assim, nos termos do artº 20º, nº 1, alínea b), da Lei nº 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

1. Que, em respeito pelo princípio da imparcialidade na administração pública, seja corrigida a situação criada pelo Despacho Conjunto nº 364/98, de 29/5, no sentido de, ou ser instituído como órgão fiscalizador da aplicação dos apoios concedidos no âmbito

das "Acções Voluntaristas e Dinamização Empresarial", outra entidade que não o IAPMEI, ou, em alternativa, ser exigido como requisito de aceitação das candidaturas que o IAPMEI não tenha participação directa ou indirecta nas entidades beneficiárias;
2. Que igual solução seja adoptada em casos futuros de idêntica natureza, isto é, sempre que se regulamente a atribuição de apoios financeiros nacionais e comunitários a fiscalizar por órgãos da administração pública..

Recomendação de idêntico teor foi, nesta data, dirigida a Suas Excelências os Ministros da Economia, do Trabalho e da Solidariedade e da Ciência e Tecnologia, outorgantes com Vossa Excelência do supra mencionado Despacho Conjunto.
Por entender que este tipo de situações aconselham uma intervenção de carácter genérico, remeti ainda, nesta mesma data, a Sua Excelência o Primeiro-Ministro Recomendação com vista a prevenir, de forma geral e abstracta, a repetição de casos como o que deu origem à presente Recomendação.

Nota: como está dito no texto, as recomendações 6, 7 e 8/B/99, de idêntico teor à presente, foram dirigidas a Suas Excelências os Ministros da Economia, do Trabalho e da Solidariedade e da Ciência e Tecnologia.

Recomendação acatada

A
Sua Excelência
o Ministro do Equipamento, do Planeamento
e da Administração do Território

R-3891/98
Rec. n.º 26/B/99
1999.07.20

1. Trago junto de Vossa Excelência um assunto acerca do qual foram recentemente enviados à Provedoria de Justiça esclarecimentos através do ofício n.º 6520, de 25 de Maio p.p., do Gabinete de Vossa Excelência, que desde já agradeço.

2. Trata-se da questão abordada em queixa apresentada junto deste órgão do Estado e relativa ao facto de ter sido denegada a entrada de um projecto de criação de uma policlínica em Moimenta da Beira, já com realização de projecto iniciada, no âmbito do Regime de Incentivos às Microempresas (RIME), atenta a inesperada entrada em vigor da Resolução do Conselho de Ministros nº 51/98, de 20/4.

3. À data em que o promotor, após obtenção de documento necessário ao aper-

feiçoamento do processo de candidatura, se propunha proceder à sua entrega, já haviam decorrido mais de três meses sobre a data de início da realização do projecto, motivo pelo qual a candidatura lhe foi recusada, invocando-se a supra citada Resolução do Conselho de Ministros (RCM), entretanto publicada.

4. Nos termos do artº 8º do Regulamento de Aplicação do Regime de Incentivos às Microempresas, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros nº 154/96, de 17/9, constituía requisito de aceitação de candidaturas que a realização do projecto tivesse sido iniciada há menos de 12 meses da data da apresentação das candidaturas.

5. Vale isto por dizer que, no âmbito daquele diploma legal, o promotor do projecto teria a legítima expectativa de o poder apresentar para efeitos de apoio no âmbito do RIME até um limite de doze meses depois de ter sido iniciada a sua realização. Foi tendo em conta este prazo que o promotor do projecto – como, certamente, outros em iguais circunstâncias – elaborou, organizou e aperfeiçoou a sua candidatura.

6. Inopinadamente, porém, surge a Resolução de Conselho de Ministros nº 51/98, de 20/4, que, modificando a redacção do Regulamento de Aplicação do RIME, altera o requisito de início do investimento de doze para três meses.

7. O facto de não ter sido incluída no referido diploma legal uma norma transitória defraudou as legítimas expectativas de todos os promotores que, já tendo iniciado a realização dos seus projectos por imposição legal decorrente da norma constante da alínea a) do artigo 8º da RCM n.º 154/96 – com as despesas inerentes ao lançamento de qualquer actividade, bem como as de elaboração do projecto – e que contavam com um prazo mais alargado para dar entrada dos mesmos nas entidades competentes, viram, assim, inviabilizada definitivamente a possibilidade de apreciação das suas candidaturas, para efeitos de atribuição dos incentivos em causa.

8. A este facto acresce o de não ter sido previsto qualquer período alargado de *vacatio legis* que salvaguardasse, sequer, as expectativas fundadas dos promotores que tivessem os seus projectos mais avançados, tendo mesmo sido suprimido o período de *vacatio legis* supletivamente estabelecido.

9. Acerca deste assunto, pronunciou-se esse Ministério através de Nota da Secretaria de Estado do Desenvolvimento Regional, que me foi remetida pelo ofício supra citado do Gabinete de Vossa Excelência, justificando que uma *vacatio legis* mais alargada teria o efeito contrário ao pretendido, que era o de travar o grande afluxo de projectos que se vinha a verificar. Infere-se, ainda que sobre esta questão nada se tenha dito, e por maioria de razão, que este motivo estará na origem do facto de não ter sido

estabelecida qualquer norma transitória formal.

10. Mais acrescentou aquela Secretaria de Estado que "(...) as listagens com os projectos aprovados no âmbito do regime de incentivos são periodicamente publicadas no Diário da República, conhecendo-as os interessados ou devendo conhecê-las (...)", e ainda que " (...) dada a divulgação da dotação orçamental para o regime de incentivos e da respectiva aprovação das candidaturas, a alteração aprovada pela Resolução de Conselho de Ministros nº 51/98, de 20 de Abril, não constitui uma medida com que, razoavelmente, os interessados não pudessem contar(...)".

11. Antes de mais, não posso deixar de fazer notar a Vossa Excelência o quanto a afirmação supra citada compromete o princípio da tutela da segurança jurídica, próprio de qualquer Estado de direito. É a Lei e não as dotações orçamentais, por mais divulgadas que sejam em publicação oficial, que estabelece os direitos e que permite aferir as legítimas expectativas dos cidadãos.

12. Para além do mais, e mesmo que se admita, sem aceitar, este argumento, sempre se dirá ser extremamente frágil. E não só porque dele não resulta claro o motivo pelo qual, da simples confrontação dos projectos aprovados com a dotação orçamental existente, seria possível concluir que haveria de surgir uma alteração ao anterior Regulamento nos termos em que surgiu, como até porque a conclusão pela hipótese de um reforço excepcional da dotação orçamental para este regime de incentivos poderia configurar-se como bem mais razoável.

13. Mas sobretudo porque, a ser assim, cabe perguntar se, atentas as limitadas dotações orçamentais existentes, não deveria, ao invés, a primeira redacção do Regulamento de Aplicação do Regime de Incentivos às Microempresas ter sido mais cuidadosa, adoptando, eventualmente, um sistema de candidaturas fechado, sem a exigência de início de realização do projecto.

14. Ou se, em alternativa, e não tendo sido adoptadas aquelas soluções na primeira redacção do Regulamento - e contornando a eventual justificação do inesperado número de candidaturas entrado, que poria em causa a eficácia do próprio diploma -, a sua alteração não deveria ter surgido mais cedo, quando já havia percepção do fluxo de candidaturas, mas ainda havia dotação orçamental disponível por mais algum tempo. Teria sido possível garantir, desta forma, até por simples recurso ao período supletivo de *vacatio legis*, um nível de protecção mínimo das legítimas expectativas dos administrados, que, assim, foi negligenciado.

15. Em lugar disso, optou-se por um sistema que ignora o elementar princípio de tutela da confiança jurídica e, ademais, com uma justificação à Provedoria de Justiça que, Vossa Excelência admitirá, faz temer pelos termos em que serão "todas as questões que se têm suscitado no âmbito dos regimes de apoio ponderadas e equacionadas para efeitos de elaboração da legislação referente ao QCA III" (como se refere na Nota da Secretaria de Estado do Desenvolvimento Regional).

16. Dentro deste quadro normativo, e não obstante não ter sido adoptada qualquer destas opções, sempre direi entender que a aferição das candidaturas se deverá fazer por recurso ao n.º 1 do artº 297º do Código Civil. Determina, efectivamente, esta disposição que "a Lei que estabelecer para qualquer efeito, um prazo mais curto que o fixado na Lei anterior, é também aplicável aos prazos que já estiverem em curso, mas o prazo só se conta a partir da entrada em vigor da nova Lei, a não ser que, segundo a Lei antiga, falte menos tempo para o prazo se completar".

17. O prazo máximo para apresentação de candidaturas fixado na Lei anterior (RCM n.º 154/96) era de 12 meses contados a partir do início da realização do projecto, enquanto o prazo máximo fixado pela nova Lei (RCM n.º 51/98) para o mesmo efeito é de 3 meses a contar, também, do início da realização do projecto.

18. Assim, e fazendo a aplicação do n.º 1 do artigo 297º do Código Civil ao caso concreto, é necessário realizar as seguintes operações prévias à aferição da tempestividade das candidaturas: em primeiro lugar, apurar-se-á o prazo de que ainda dispunha cada promotor à data da entrada em vigor da Lei nova (20 de Abril de 1998). Se dispunha de três meses ou mais, a candidatura deverá ser considerada como regularmente entrada se apresentada no prazo de três meses a contar de 20 de Abril de 1998 (isto é, se apresentada até 20 de Julho de 1998). Se, ao invés, dispunha de menos de três meses, o prazo de entrega da candidatura terminará na data em que sempre terminaria caso não houvesse sido publicada a nova Lei.

19. É que, como refere Baptista Machado (in "Introdução ao Direito e ao discurso Legitimador", pág. 243, Almedina, 1983), "por razões de justiça e de prática conveniência há que proceder aqui a uma adaptação das soluções que decorreriam dos critérios gerais, atendendo às possíveis particularidades das situações (a possíveis efeitos surpresa) que podem verificar-se quando a Lei nova vem encurtar um prazo (...).Por isso se manda encurtar o novo prazo a partir do início da vigência, com a ressalva da parte final do preceito."

20. E concordará Vossa Excelência que esta interpretação, para além de ser a

única conforme ao direito em vigor, não só salvaguarda as expectativas fundadas daqueles promotores de verem os seus projectos apreciados, como ainda não colide com a alegada necessidade de actuação imediata no que se refere ao objectivo de redução do número de candidaturas. É que o prazo que seria, sucessivamente, de doze meses para a apresentação dos projectos fica definitivamente reduzido para três meses, ou até menos (a contar da entrada em vigor da RCM nº 51/98).

21. A este propósito, quero ainda manifestar a minha discordância relativamente à manutenção no Regulamento de aplicação do RIME da obrigatoriedade, que vinha da primeira redacção do mesmo Regulamento, de já ter sido dado início ao projecto para efeitos de apresentação das candidaturas (artº 8º).

22. Esse requisito, a ser entendido como forma de o Estado se certificar da verdadeira intenção dos promotores de avançarem com os projectos – que outra não pode ser a ratio legis da norma -, evidencia, também ela, um desrespeito pela tutela das expectativas dos promotores dos projectos, que, assim, se vêem na contingência de iniciar os seus projectos sem qualquer garantia de obterem o incentivo, precisamente, à sua criação. Acresce que não se vislumbra a vantagem comparativa que daí poderá advir, para o Estado, em relação a um sistema de prova de início da realização do investimento que funcionasse exclusivamente como condição do início dos pagamentos.

23. Na verdade, o actual sistema, penalizante dos promotores cumpridores da Lei, que se podem ver a braços com um investimento para o qual têm algumas expectativas de obter incentivos, mas não certezas, não tem como contrapartida impedir eficazmente os menos escrupulosos de induzirem em erro a administração, levando-a a tomar por certo o início de realização de projecto que, na verdade, não teve lugar. E este comportamento, apesar de a todos os títulos censurável, é, no entanto, induzido pela própria Lei.

24. Assim, parece-me de toda a conveniência que o actual sistema (início do projecto – apresentação da candidatura – homologação – entrega do primeiro adiantamento) seja substituído por outro, cuja sucessão de fases seja antes a seguinte: apresentação da candidatura – homologação – início do projecto e respectiva prova – pagamento do primeiro adiantamento.

25. Por fim, cumpre, ainda, manifestar o meu desacordo relativamente à solução de recurso introduzida pela Resolução de Conselho de Ministros nº 51/98 como forma de contornar, para o futuro, eventuais faltas de dotação orçamental, consubstan-

ciada na possibilidade de o regime poder ser, a todo o momento, suspenso. Trata-se de um expediente lamentável e juridicamente pobre, que apenas parece relevar da incapacidade do legislador para encontrar soluções de gestão dos dinheiros públicos capazes de, simultaneamente, garantir a transparência do regime de incentivos em apreço e assegurar a tutela dos direitos e legítimas expectativas dos particulares.

26. E não se diga que o facto de estar legalmente prevista a suspensão do Regime levará os promotores a poderem contar com ela, em termos razoáveis, seja porque a imposição não deixa de ser iníqua apenas por ter sido normativizada, seja porque uma disposição desta natureza, longe de transmitir segurança aos promotores, levando-os a saber com o que podem contar, apenas contribui para conferir opacidade e arbitrariedade a todo o sistema de incentivos.

27. E não se diga, igualmente, que aquela disposição se justifica pela necessidade de reduzir o fluxo de candidaturas, uma vez que tal não é, obviamente, o objectivo último dos sistemas de incentivos, mas antes o de serem beneficiados os melhores projectos.

28. Assim, e relativamente à legislação ainda em vigor, quero chamar a atenção de Vossa Excelência para o facto de, mantendo-se o actual enquadramento normativo – e nomeadamente a necessidade de já ter sido dado início à realização do projecto -, ser de toda a necessidade que a suspensão do regime, a ter lugar, surja quando já sejam fortes as probabilidades de não haver dotação orçamental suficiente, mas esta ainda se não encontre esgotada, de molde a ser possível o recurso, no mínimo, à *vacatio legis* supletivamente prevista.

Conclusões

29. Assim, e em termos de direito constituído, concluo lamentado o facto de não ter sido prevista na alteração do Regulamento dos Incentivos às Microempresas *vacatio legis* ou norma transitória que permitisse respeitar as expectativas fundadas dos promotores que já tinham obrigatoriamente iniciado a realização dos seus projectos.

30. Não obstante, entendo que deverão ser dados como regularmente entrados os projectos que, ou hajam sido aceites ou tenham visto comprovadamente denegada a sua entrada, dentro dos prazos contados nos termos previstos no n.º 1 do artigo 297º do Código Civil, conforme o ponto 18. da presente Recomendação.

31. Ainda no âmbito do direito constituído, e prevenindo situações de suspensão do RIME a todo o tempo, previstas no mesmo diploma legal de alteração do seu

Regulamento, chamo a atenção para o facto de – para além de tal técnica legislativa não merecer o meu apoio - ser de toda a conveniência que a suspensão tenha lugar quando já seja previsível a insuficiência da dotação orçamental, mas ainda possam ser salvaguardadas as legítimas expectativas dos promotores que, por imposição legal, já hajam dado início aos seus projectos.

32. No que se reporta ao direito a constituir, e por forma a evitar estes e outros problemas da actual legislação, bem como a garantir a equidade e a transparência na atribuição de incentivos – não só do RIME, mas de todos os de idêntica natureza -, concordará Vossa Excelência que entenda dever ser de estabelecer um sistema de candidaturas fechado, por meio de concursos abertos por períodos fixos. Estes deveriam ser, naturalmente, concretizados através de anúncios de abertura de concurso, nos quais seriam mencionados as dotações orçamentais existentes e os critérios de selecção a adoptar, nos termos legais.

33. Mais entendo que deverá deixar de ser requisito de aceitação de candidaturas, no quadro da nova legislação a aprovar para aquele regimes de incentivos, o início de realização do projecto, qualquer que seja o seu prazo, uma vez que não é de molde, nem a respeitar as expectativas dos promotores que, tendo honestas intenções de avançar com projectos, necessitam, de facto, dos apoios para os poder levar avante com sucesso, nem, tão-pouco, a evitar fraudes (incentivando-as, até, atenta a iniquidade do preceito). Ambos estes objectivos poderão ser mais facilmente atingidos se o requisito de início do projecto for condição de entrega do primeiro adiantamento e não da homologação da candidatura.

34. Estas as sugestão que me permito avançar, por forma a que seja assegurada, de imediato e também no âmbito do próximo Quadro Comunitário de Apoio, a equidade na atribuição de apoios e a transparência dos sistemas de incentivos, nomeadamente do Regime de Incentivos às Microempresas.

Assim, nos termos do artº 20º, nº 1, alínea b), da Lei nº 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

1. Que, nos termos do disposto no artigo 297º, n.º 1, do Código Civil, sejam consideradas como regularmente entradas as candidaturas ao regime de Incentivos às Microempresas que tenham sido apresentadas, ou tenham visto comprovadamente recusada a sua aceitação, desde que, à data da entrada em vigor da RCM n.º 51/98, de 20 de Abril, reunissem as seguintes condições:

1.1. Dispusessem de um prazo superior a três meses para a sua apresentação, caso em que a data limite de entrega seria 20 de Julho de 1998;
1.2. Dispusessem de um prazo de entrega inferior a três meses, circunstância em que o prazo limite a considerar seria o resultante da aplicação da RCM n.º 154/96, de 17 de Setembro.
2. Que, relativamente ao Regulamento do Regime de Incentivos às Microempresas actualmente em vigor, e uma vez que se mantém a obrigatoriedade de já ter sido iniciada a realização do projecto à data da entrada da candidatura, uma eventual suspensão do regime (prevista pelas disposições finais e transitórias da RCM n.º 51/98, de 20/4) tenha lugar logo que existam indícios mínimos de não haver dotação orçamental suficiente, por forma a que a suspensão não se faça apenas quando já não existe essa dotação, mas admita, pelo menos, um período razoável de *vacatio legis*.
3. Que, no âmbito do próximo Quadro Comunitário de Apoio, a nova legislação relativa aos regimes de apoio às empresas, nomeadamente o Regime de Incentivos às Microempresas, adopte, tanto quanto possível - e por forma a garantir a equidade e transparência daqueles regimes -, o sistema de candidaturas fechado, por meio de concursos abertos durante períodos fixos, concretizados através de anúncios públicos, os quais devem incluir menção das dotações orçamentais existentes e dos critérios de selecção a adoptar.
4. Que, e também no âmbito do direito a constituir, na regulamentação dos vários incentivos deixe de constar o início da realização do projecto como requisito da apresentação das candidaturas, devendo encontrar-se previsto, apenas, como condição de entrega do primeiro adiantamento.

Porque a presente Recomendação contém sugestões de alteração do regime jurídico actualmente aplicável, nomeadamente aos incentivos às microempresas, constante de Resolução do Conselho de Ministros, comunico a Vossa Excelência que entendi por bem remeter cópia da mesma a Sua Excelência o Primeiro-Ministro, para os efeitos que sejam tidos por convenientes.

Recomendação não acatada. Situação ultrapassada para o futuro.

2.2.2. Resumos de processos anotados

R-2759/91

Assunto: Responsabilidade civil do Estado. ADSE. Comparticipações. Incumprimento. Mora.

Objecto: Responsabilidade pelo pagamento dos juros de mora vencidos entre a data em que foi solicitado o pagamento de quantias em dívida em consequência de intervenção clínica e internamento hospitalar no estrangeiro de beneficiário da ADSE e a data em que estas foram liquidadas.

Decisão: O processo foi arquivado após ter sido acatada a recomendação formulada ao Senhor Ministro das Finanças, no sentido de o Estado assumir integralmente o pagamento das quantias em dívida, pagando os juros legais devidos.

Síntese:

1. Foi apresentada queixa pelo advogado do Hospital Académico de Antuérpia, em virtude da falta de pagamento dos juros de mora vencidos entre a data em que foi solicitado o pagamento à Direcção-Geral de Protecção Social dos Funcionários e Agentes da Administração Pública/ADSE de quantias em dívida por operação cirúrgica realizada em beneficiário da ADSE, e a data em que as quantias foram liquidadas (seis anos depois).

Nos termos dos arts. 804º a 806º do Código Civil, existindo uma prestação certa, líquida e exigível, a responsabilidade do devedor pelos danos causados pelo retardamento da prestação apenas lhe não será imputável se proceder à elisão da presunção de culpa que sobre ele impende – o que não sucedeu *"in casu"*.

No caso contrário, o credor terá direito À prestação devida, acrescida da indemnização moratória, que em regra, nas prestações pecuniárias, coincide com o mon-

tante de juros, à taxa legal, contados do momento da constituição em mora e até efectivo e integral pagamento.

2. No caso em apreço, o atraso no pagamento deveu-se à deficiente comunicação entre os diversos serviços existentes no sistema de segurança social nacional, e à aplicação das regras relativas à responsabilidade na comparticipação vigentes, documentos exigíveis e fixação dos seus montantes.

Tendo o credor interpelado correctamente o devedor (que aliás pagou a quantia devida em 15 de Março de 1991), e devendo-se as dificuldades de apuramento das quantias a comparticipar a deficiente funcionamento dos serviços nacionais, deveria a ADSE ser responsável pelo pagamento dos juros sobre o capital em dívida desde tal interpelação (1 de Maio de 1985).

Aliás, mantendo-se este incumprimento na data da formulação da Recomendação infra referida, a responsabilidade pelo pagamento de juros de mora sobre o capital em dívida, à taxa legal, abrangerá todo o período até efectivo cumprimento.

Argumentada a isenção do dever de pagamento de juros de mora pelo Estado, pretensamente consagrado no Decreto-Lei n.º 49.168, de 5 de Agosto de 1969, tal argumento foi refutado pelo facto de o diploma apenas se reportar aos juros quando estas dívidas sejam devidas ao Estado, seus serviços ou organismos autónomos e autarquias locais.

3. Foi formulada recomendação no sentido de que, sendo exigível ao Estado o uso de toda a diligência e de todos os recursos ao seu alcance para apressar o pagamento das quantias de que é devedor, assumisse o Estado a responsabilidade pelos danos decorrentes da mora no pagamento ao Hospital Académico de Antuérpia da quantia que lhe era devida, pagando os juros legais, contados da data em que foi a ADSE interpelada para o pagamento das despesas que suportou com o tratamento do doente beneficiário, e até efectivo e integral pagamento.

Esta recomendação foi integralmente acatada, arquivando-se o processo.

R-175/96

Assunto: Responsabilidade civil extracontratual do Estado. Autarquias Locais. Trânsito. Indemnização por danos.

Objecto: Acidente de viação provocado pela existência de gravilha na faixa de roda-

gem em consequência de obras efectuadas pela autarquia, inexistindo sinalização adequada.

Decisão: Foi formulada recomendação à Câmara Municipal de Carrazeda de Ansiães no sentido da atribuição de indemnização ressarcitória dos danos materiais sofridos com o acidente, a qual foi acatada, tendo o processo sido arquivado.

Síntese:

1. A queixa apresentada na Provedoria de Justiça teve origem na recusa pela Câmara Municipal de Carrazeda de Ansiães em indemnizar o queixoso pelos danos decorrentes do embate frontal num muro, causados pelo despiste da viatura automóvel que conduzia.

O acidente de viação decorreu da perda de aderência ao solo do veículo, causado pela existência na faixa de rodagem de uma espessa camada de areia ("gravilha") resultado de obras anteriormente levadas a cabo pela autarquia.

Sendo certo que tais obras, consistindo na aplicação de uma camada de betume e regularização da plataforma existente, implicam o uso daquela gravilha, deveriam igualmente ter sido acompanhadas, durante e após a sua finalização, de sinalização avisadora do perigo que constituíam para o tráfego rodoviário.

2. Não negando os factos supra descritos, nem a omissão do dever de sinalização da situação de perigo objectivamente existente, o Município pretendeu imputar a causa do acidente a eventual excesso de velocidade do condutor, dado o facto de a curva onde se deu o sinistro ser uma curva pouco pronunciada, e com boa visibilidade.

Inexistindo factos concretos com que o Município tenha provado a sua alegação, e assim se afastando a eventual concorrência de culpas, certo é que o normativo em vigor estatuía que todos os assuntos referentes à segurança e comodidade do trânsito nas suas ruas e demais lugares públicos são da competência da Câmara Municipal (arts. 2º, n.º1 e 51º, n.º4, al. d) da Lei das Autarquias Locais aprovada pelo Decreto-Lei n.º 100/84, de 29 de Março – LAL -, e arts. 1º e 2º da Lei n.º 2110, de 19 de Agosto de 1961).

Ora, o Código da Estrada estatui nos seus arts. 5º e 6º (no mesmo sentido, arts. 2º e 13º do Decreto-Lei nº 190/94, de 18 de Julho, e 2º do decreto Regulamentar n.º 33/88, de 12 de Setembro) que os locais das vias municipais que possam oferecer perigo para o trânsito, ou onde este se deva fazer com especiais precauções, devem ser assi-

nalados com os sinais ou placas fixados na legislação em vigor, por forma a permitir aos utentes da via tomar as precauções necessárias para evitar acidentes.

Estes deveres legais especiais de sinalizar situações objectivamente perigosas, e aí colocar obstáculos dificilmente amovíveis que previnam acidentes, sinalizando-os de forma bem visível e a uma distância que permita evitar qualquer acidente, foram omitidos pelo Município, consistindo tal abstenção de agir numa omissão ilícita (art. 486º do Código Civil, e art. 6º do Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967).

Neste sentido se tem pronunciado abundantemente a jurisprudência administrativa nacional, que afirma como consequência da noção de ilicitude neste domínio (cfr. art. 6º citado), e da indefinição das fronteiras entre os conceitos de culpa e ilicitude, que provada a ilicitude se deva igualmente ter por provada a culpa, a menos que o lesante alegue e prove factos que a descaracterizem – o que não sucedeu *"in casu"*.

3. Encontrando-se preenchidos os requisitos da responsabilidade civil extracontratual, por se terem igualmente provados os danos alegados e o nexo de causalidade entre os factos descritos e os danos sofridos, foi recomendado à Câmara Municipal de Carrazeda de Ansiães a atribuição de indemnização ressarcitória dos danos materiais sofridos com o acidente, tendo a Recomendação sido integralmente acatada.

R-4836/96

Assunto: Responsabilidade Civil Extracontratual. Autarquias Locais.

Objecto: Pagamento dos danos decorrentes de acidente de viação causado pela omissão de cumprimento de deveres funcionais de reparação e sinalização das vias municipais pela Câmara Municipal de Sintra.

Decisão: O processo foi arquivado após a Recomendação formulada ter sido acatada pela Câmara e paga a quantia reclamada pelo lesado.

Síntese:

1. Foi apresentada queixa contra a Câmara Municipal de Sintra por danos decorrentes de acidente de viação resultante do embate numa sarjeta sem tampa, não sinalizada, na Rua Elias Garcia, no Cacém, embate que resultou da necessidade de o condutor se desviar de vários buracos existentes na via em que circulava.

2. Confrontado com a pretensão de indemnização do reclamante, o Município não aceitou qualquer responsabilidade pelos danos, alegando que o acidente se teria de-

vido a culpa do munícipe por excesso de velocidade (que não soube regular a velocidade da sua viatura "de modo a executar calculadamente a manobra cuja necessidade era de prever, perante a situação com que se deparou"), não negando o circunstancialismo factual descrito pelo reclamante.

Estando em causa uma questão de direito, e como questão prévia, foi demonstrada a inexistência de culpa do reclamante, afastando assim quer a culpa exclusiva, quer a concorrência de culpas total ou parcialmente eximentes da responsabilidade da Câmara Municipal. Não só não é razoavelmente previsível para o cidadão comum a existência na via de buracos ou sarjetas sem tampa, como não é razoável pretender transferir para o lesado a responsabilidade por danos que decorrem, objectivamente, da violação pela Câmara de deveres legais de conservação e sinalização que sobre si impendem.

Com efeito, na área do domínio público municipal, os locais das vias que ofereçam perigo para o trânsito ou onde este deva ser feito com especial precaução, devem ser assinalados com as placas e os sinais fixados na legislação em vigor, por forma a permitir aos utentes tomar as precauções necessárias para evitar acidente, dever que incumbia "in casu" à Câmara Municipal de Sintra de forma concorrente com o dever de colocação de obstáculos inamovíveis ou dificilmente remíveis, e vigilância da eficiência das medidas preventivas de acidentes.

Não o fazendo, omitiu o Município a conduta legalmente exigível e razoavelmente esperada de um funcionário zeloso e cumpridor, omissão que se deve ter por ilícita e culposa, e da qual decorreram como causa adequada os danos sofridos pelo reclamante.

3. Encontrando-se preenchidos os requisitos da responsabilidade civil extracontratual da Câmara Municipal de Sintra, foi recomendado o pagamento das quantias correspondentes aos prejuízos sofridos, Recomendação que viria a ser acatada, tendo o processo sido arquivado.

R-4868/96

Assunto: Contribuições e Impostos. IRS. Liquidação. Pensão de Alimentos.
Objecto: Pensão de alimentos. Abatimento ao rendimento líquido total (IRS).
Decisão: Formulada Recomendação para que a liquidação de IRS/95 do Reclamante

fosse oficiosamente revista de modo a que o valor da pensão de alimentos por si paga – e cuja prova tivera dificuldades em efectuar - fosse incluído nos cálculos de imposto a pagar ou a reembolsar, foi a mesma acatada e assim concretizado o direito àquele abatimento.

Síntese:

1. A Direcção de Finanças do Porto não considerou, na liquidação de IRS/95 do Reclamante, valor que aquele afirmava ter pago a título de pensão de alimentos e que pretendia abater ao abrigo do disposto no artigo 55º, n.º 1, alínea g), do IRS, na redacção então em vigor.

2. Esta actuação da Direcção de Finanças do Porto decorreu do facto de o interessado, apesar de expressamente notificado para o efeito, não ter logrado fazer prova de que se encontrava judicialmente obrigado ao pagamento da pensão, condição essencial ao seu abatimento.

3. Tendo a Provedoria de Justiça obtido documento judicial comprovativo da obrigatoriedade de pagamento da pensão e tendo o reclamante junto aos autos recibos comprovativos do seu pagamento, foi Recomendada a reabertura do processo entretanto arquivado pela Direcção de Finanças do Porto, com o objectivo de ser revista a liquidação de IRS/95 do Reclamante e considerados susceptíveis de abatimento, ao seu rendimento líquido total, os montantes pagos a título de pensão de alimentos em cumprimento de acordo de regulação do poder paternal judicialmente homologado.

4. A Recomendação foi integralmente acatada, pelo que se arquivou o processo.

R-1052/97

Assunto: Contribuições e Impostos. Benefícios Fiscais

Objecto: Isenção de Contribuição Autárquica a prédios cedidos em regime de propriedade colectiva, com efeitos retroactivos a 1989.

Decisão: O processo foi arquivado após a solução preconizada pela Provedoria de Justiça ter sido incluída na Proposta de Lei nº 155/VII/97 – Estatuto Fiscal Cooperativo – e, aprovada na reunião de Conselho de Ministros em 97/11/27. Posteriormente foi aquela Proposta de Lei submetida a apreciação da Assembleia da República onde acabou por ser aprovada, por unani-

midade em votação final global, tendo sido publicada, finalmente, a Lei nº 85/98, de 16 de Dezembro.

Síntese:

1. O processo foi instaurado com base em queixa apresentada pela União de Cooperativas de Habitação e Construção Económica do Distrito de Setúbal, UCRL e pela Associação dos Municípios do Distrito de Setúbal, tendo sido efectuadas diligências instrutórias junto de Sua Excelência o Ministro das Finanças, do Exmº Senhor Director-Geral dos Impostos, dos grupos partidários com assento parlamentar e da Comissão Interministerial para o Estudo do Regime Jurídico e Fiscal aplicável ao Sector Cooperativo.

A questão fulcral do processo traduzia-se na definição do regime aplicável, em sede de Contribuição autárquica, aos prédios urbanos que, sendo propriedade das cooperativas, se encontravam cedidos aos respectivos membros, em regime de propriedade colectiva, afectos à sua habitação própria e permanente.

2. Na verdade, após a entrada em vigor do Código da Contribuição Autárquica, em 1 de Janeiro de 1989, os prédios sujeitos àquele regime, na falta de disposição especial que os isentasse, passaram a ser tributados segundo as normas gerais daquele diploma.

Apenas com a publicação da Lei do Orçamento do Estado para 1998 é que, por força do respectivo artº 46º, foi reposta a isenção que beneficiou os imóveis em questão, durante largos anos, em sede de Contribuição Predial.

Todavia, mantinha-se por resolver a questão das liquidações do imposto efectuadas entre 1989 e 1997, já que grande parte dos sujeitos passivos não procediam ao seu pagamento, presumivelmente por acreditarem que a incidência deste tributo sobre os imóveis identificados decorrera de uma lacuna legislativa e não da real intenção do legislador em agravar tão fortemente a respectiva tributação.

Um sinal claro da consideração que esta perspectiva merecia foi a aprovação da Proposta de Lei nº 155/VII/97 – Estatuto Fiscal Cooperativo – ocorrido em reunião de Conselho de Ministros em 97/11/27. Com efeito, a conjugação das disposições constantes dos seus artigos 14º, nº 1 e 19º, nº 4, ao permitir reconhecer a isenção de Contribuição Autárquica no período de 1989 a 1997, repôs a intenção de consagrar a homogeneidade e a coerência do sistema tributário em que se enquadram os imóveis cedidos em regime de propriedade colectiva, ultrapassando a inexplicável sucessão de

regimes que estiveram em vigor nesta matéria: isenção até 1989, incidência de imposto entre 1989 e 1997, isenção a partir de 1998.

3. A aprovação da Proposta de Lei nº 155/VII/97 na Assembleia da República, consagrou a solução das questões pendentes relativamente à tributação dos prédios ou partes de prédios urbanos habitacionais, propriedade de cooperativas de habitação e construção, cedidas aos seus membros em regime de propriedade colectiva, desde que destinados à habitação própria e permanente daqueles, com efeitos reportados a 1 de Janeiro de 1989.

4. Esta solução foi finalmente, acolhida no nº 1 do artº 14º, e no nº 4 do artº 20º da Lei nº 85/98, de 16 de Dezembro, que aprovou o novo regime do Estatuto Fiscal Cooperativo.

R-1815/97

Assunto: Impostos. IRS. Abatimentos. Despesa de Educação. Deficiente.

Objecto: Aquisição de computador por estudante portador de deficiência. Abatimento da despesa ao rendimento global do agregado familiar.

Decisão: O processo foi arquivado na sequência de diligências informais junto da Direcção-Geral dos Impostos, das quais resultou a satisfação da pretensão dos Reclamantes.

Síntese:

1. Em queixa apresentada na Provedoria de Justiça foi descrita a situação de um agregado familiar cujos sujeitos passivos pretendiam ver abatido ao seu rendimento global para efeitos de IRS, um computador cuja aquisição se revelara essencial ao prosseguimento dos estudos de um dependente desse mesmo agregado familiar. O referido dependente, por força de deficiências de que era portador, via-se obrigado a utilizar o computador como meio de escrita, não lhe sendo possível escrever de outra forma.

2. Ainda assim, a Direcção-Geral dos Impostos recusara ao agregado familiar a possibilidade de abatimento da referida despesa, com fundamento numa interpretação restritiva do conceito legal de despesas de educação, o qual levou já a diversas intervenções da Provedoria de Justiça junto da administração tributária e da Assembleia da República.

3. Na sequência de contactos havidos entre a Provedoria e a referida Direcção-

Geral, a propósito deste caso concreto, foi possível alcançar a satisfação da pretensão do referido agregado familiar, já que a DGCI acabaria por rever oficiosamente a liquidação de imposto do anos em causa, refazendo-a com a inclusão da citada despesa na categoria de "despesa de educação e reabilitação de dependente deficiente".

R-3566/97

Assunto: Higiene, Segurança e Saúde no Trabalho. Doença Profissional. Lesões músculo-esqueléticas traumáticas cumulativas.

Objecto: Situação laboral na Ford Electrónica Portuguesa, Lda.

Decisão: O processo foi arquivado após terem sido acatadas ambas as Recomendações formuladas.

Síntese:

I. O Sindicato das Industrias Eléctricas do Sul e Ilhas, apresentou queixa junto da Provedoria de Justiça, expondo a situação dos trabalhadores da Fábrica de Palmela da Ford Electrónica Portuguesa, L.da, afectados por doença profissional.

Conclui-se que o Centro Nacional de Protecção Contra os Riscos Profissionais - CNPRP – tinha manifestado dúvidas e hesitações que permaneciam sem resposta superior quanto ao enquadramento jurídico das situações de doença profissional ocorridas na Ford Electrónica Portuguesa, Lda., com indesejáveis reflexos no desempenho do seu papel institucional como entidade reparadora integrada no sistema de protecção social dos trabalhadores.

Constatou-se ainda que a Ford Electrónica Portuguesa, L.da., recorreu crescentemente à contratação de trabalhadores a termos e temporários desde 1995, e que a crescente precarização de vínculos contratuais podia ocultar a eventual ineficácia do sistema técnico e organizativo da empresa cujo controlo e acompanhamento pela Administração Laboral continua a revelar-se fundamental.

Concluiu-se também que, a uma situação laboral caracterizada por um processo produtivo objectivamente perigoso e com um sistema organizativo ao qual foram reconhecidos vários constrangimentos, se associou um sistema de tratamento da informação, comunicação e participação dos agentes produtivos totalmente desajustado, por nunca ter integrado os próprios operadores e/ou os seus directos representantes.

II. Consequentemente, recomendou o Provedor de Justiça:

1. Ao Ministro do Trabalho e da Solidariedade (Recomendação n.º 8/A/99)

1.1. Que fossem dadas instruções precisas ao CNPRP para, no âmbito das competências atribuídas pela Portaria n.º 642/83, de 1 de Junho, proceder a uma avaliação cuidadosa das incapacidades dos trabalhadores da Ford Electrónica Portuguesa, L.da., afectados por lesões músculo-esqueléticas traumáticas cumulativas, prosseguindo esta entidade a função reparadora e de protecção social que lhe está cometida.

1.2. Que no âmbito da reparação de danos emergentes de doenças profissionais, o CNPRP considerasse a redução de ganho dos trabalhadores, por referência às características específicas das doenças em causa, sem excluir a hipóteses de declaração de incapacidade permanente absoluta para o trabalho habitual, sempre que as circunstâncias de cada caso o impusessem e, em consequência, o pagamento da correspondente indemnização.

2. Ao Presidente do Instituto para o Desenvolvimento e Inspecção das Condições de Trabalho (Recomendação n.º 9/A/99)

2.1. Que se procedesse à apreciação das condições gerais de licitude da celebração de contratos de trabalho temporário e da licitude e admissibilidade da celebração de contratos a termo, pela Ford Electrónica Portuguesa, L.da., por referência às exigências normativas constantes do Decreto-Lei n.º 358/89, de 17 de Outubro, e Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27 de Fevereiro;

2.2. Que fosse efectuada a avaliação do impacto do recurso crescente à contratação de trabalhadores a termo e temporários no decréscimo estatístico do número de ocorrências de novos casos de doença profissional, bem como esclarecida a existência de uma relação causal - ou não - entre a contratação daqueles trabalhadores e a dificuldade de recolocação de trabalhadores afectados por lesões músculo-esqueléticas cumulativas em postos de trabalho isentos de risco.

2.3. Que no quadro das obrigações decorrentes para os empregadores estabelecidas no Decreto-Lei n.º 441/91, de 14 de Novembro, fosse prosseguida uma acção educativa e de aconselhamento junto da empresa, tendo em vista a conciliação das partes em conflito, nomeadamente através da constituição de uma comissão de higiene e segurança no trabalho que incluísse a participação dos operadores e seus representantes.

III. Foi dado conhecimento à Provedoria de Justiça, pela Secretaria de Estado da Segurança Social e das Relações Laborais, que a Recomendação n.º 8/A/99 foi individualmente distribuída a todos os médicos que integram o serviço nacional de avaliação de incapacidades e responsáveis do CNPRP, em Ordem de Serviço Interna, como

reforço às orientações, anteriormente definidas para o cumprimento da Lei, através da Circular n.º 1/99, de 99.03.05, do Centro Nacional de Protecção Contra os Riscos Profissionais.

Quanto à Recomendação n.º 9/A/99, foi dado conhecimento à Provedoria de Justiça, pela Inspecção Geral do Trabalho, dos procedimentos por esta adoptado, no sentido de acatar a Recomendação formulada, uma vez que foi demonstrado que os mesmos consubstanciavam uma resposta, a par e passo, da recomendação efectuada.

Todavia, foram ainda solicitados esclarecimentos adicionais à Inspecção Geral do Trabalho, por terem surgido algumas dúvidas relativamente à fundamentação dos contratos precários que continuavam a ser celebrados pela Ford Electrónica Portuguesa, Lda., bem como, quanto a informação actualizada sobre novos casos de doença profissional e sobre a constituição de uma comissão de higiene e segurança na própria empresa.

IV. A resposta entretanto facultada, revelou a sensibilização e o acompanhamento que aquela entidade tem levado a cabo para a resolução dos problemas em análise, no âmbito de uma metodologia inspectiva, neste caso, caracterizada por uma abordagem preventiva, a que não está alheia a consideração que os procedimentos recomendados não se esgotam na prática de um determinado acto, mas numa conduta continuada, que deve caber a todos os intervenientes neste processo, - aos trabalhadores e suas estruturas representativas, em especial, ao reclamante, Sindicato das Indústrias Eléctricas de Sul e Ilhas, à Ford Electrónica Portuguesa, Lda. e, à própria Administração do Trabalho e da Segurança Social.

R-826/98

Assunto: Consumo. Telefone. Tarifário. Preço. Activação de Chamada.

Objecto: Tarifário da Portugal Telecom, SA para os anos de 1998 e seguintes.

Decisão: O processo foi arquivado após ter sido parcialmente acatada a Recomendação formulada no sentido de ser suspensa a cobrança do custo de activação de chamada pela Portugal Telecom, SA (PT) até à disponibilização do sistema de facturação ao segundo, o qual se preconizava que fosse concretizado com urgência e sem quaisquer encargos adicionais para o consumidor.

Síntese:

1. No tarifário da PT para 1998 foi prevista a cobrança do custo de activação de chamada, encargo que a empresa justificou como sendo destinado a cobrir as despesas decorrentes do estabelecimento da chamada telefónica.

2. Foram apresentadas queixas na Provedoria de Justiça contra este sistema e, em geral, contra o aumento dos preços da prestação do serviço telefónico para o ano de 1998, tendência que se repetiu no ano seguinte.

3. Concluiu o Provedor de Justiça que o custo de activação de chamada, embora não fosse ilegal era injusto, especialmente por não ser acompanhado do sistema de tarifação ao segundo, sistema de apuramento da duração das chamadas que permite ao consumidor pagar apenas e só o valor correspondente à efectiva duração da chamada realizada.

4. Foi por isso Recomendado, em Janeiro de 1998, que a cobrança daquele encargo fosse suspensa até à introdução da facturação ao segundo e que esta ocorresse com brevidade, não devendo ser imputados quaisquer encargos adicionais aos consumidores pela disponibilização deste serviço. Recomendou-se ainda o alargamento do âmbito do "pacote económico" da PT, como forma de minorar o aumento dos custos do serviço telefónico.

5. A PT não suspendeu a cobrança do custo de activação de chamada (alegando ser o mesmo parte integrante da estrutura do novo tarifário e dele ser indissociável) mas, com a entrada em vigor do tarifário para 2000 foi disponibilizada a facturação ao segundo, sem encargos adicionais, tendo o "pacote económico" sido alargado.

6. Entendeu o Provedor de Justiça que o sistema de facturação ao segundo introduzido não era o ideal, já que previa ainda a cobrança de um montante fixo, referente, nas chamadas locais, aos primeiros 60 segundos de conversação, só a partir de então se iniciando a verdadeira facturação ao segundo. Porém, face à melhoria genérica que registou o tarifário para 2000 e, em especial, devido à liberalização do sector das telecomunicações registada no início mesmo ano , concluiu o Provedor de Justiça não ser oportuna qualquer intervenção adicional, tendo embora comunicado à PT que a Provedoria continuaria a acompanhar a questão.

R-4846/98

Assunto: Apoios Comunitários. Subsídio. Fiscalização.

Objecto: Violação do princípio da imparcialidade em fiscalização de aplicação de incentivos financeiros.

Decisão: O processo foi arquivado após terem sido acatadas as Recomendações dirigidas ao Primeiro Ministro, ao Ministro do Equipamento, do Planeamento e da Administração do Território, ao Ministro da Economia, ao Ministro do Trabalho e da Solidariedade e ao Ministro da Ciência e Tecnologia

Síntese:

I. Na sequência de queixa aqui apresentada, constatou-se a existência de pelo menos uma situação em que, através de despacho ministerial, haviam sido atribuídas a um órgão da administração pública (concretamente um instituto público, o IAPMEI) funções de fiscalização de aplicação de apoios financeiros, sendo que aquele mesmo órgão tinha, simultaneamente, participação indirecta - podendo vir a ter participação directa - em entidade beneficiária desses fundos.

II. Foi consequentemente Recomendado, no respeito pelo princípio da imparcialidade na administração pública:

1. Quanto ao caso concreto objecto de queixa, que fosse instituído como órgão fiscalizador da aplicação dos apoios concedidos no âmbito das «Acções Voluntaristas e Dinamização Empresarial», outra entidade que não o IAPMEI, ou, em alternativa, que fosse exigido como requisito de aceitação das candidaturas que este instituto público não tivesse participação directa ou indirecta nas entidades beneficiárias.

2. Quanto à questão genérica, e a fim de evitar a sua repetição, que se legislasse no sentido de as entidades beneficiárias de incentivos nacionais ou comunitários não poderem nunca ser fiscalizadas, relativamente à aplicação desses fundos, por órgãos da administração pública que nelas tenham participação directa ou indirecta, ou, em alternativa, que fosse sempre regulamentarmente exigido, como requisito de candidatura àqueles incentivos, o de as entidades beneficiárias não serem participadas, por via directa, ou indirecta, pelo órgão de fiscalização.

III. Ambas as questões mereceram acolhimento, tendo as Recomendações formuladas sido acatadas: no caso concreto em apreço, foi assegurado que o IAPMEI dei-

xara de ter participação na entidade que, no âmbito daquele apoio financeiro específico, começara por ser, simultaneamente, sua participada e candidata a beneficiar de um apoio cuja fiscalização caberia ao IAPMEI. Acresce que, na minuta de contrato a celebrar com as entidades beneficiárias dos apoios em causa, foi incluída cláusula destinada a reforçar a necessária separação entre entidades beneficiárias e fiscalizadoras.

IV. Quanto à iniciativa legislativa sugerida, mereceu também resposta positiva, tendo sido assegurado à Provedoria de Justiça pelos destinatários da Recomendação que a futura regulamentação nacional sobre a utilização de fundos comunitários acautelaria a imparcialidade da administração nos termos recomendados.

R-5132/98

Assunto: Valores mobiliários. Oferta Pública de Venda. Accionistas.

Objecto: Reprivatização da EDP, S.A. OPV. Baixa de preços das tarifas de electricidade.

Decisão: O processo foi arquivado após terem sido dirigidas chamadas de atenção à Entidade Reguladora do Sector Eléctrico (ERSE) e à Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM).

Síntese:

1. Deram entrada na Provedoria de Justiça várias queixas de investidores adquirentes de valores mobiliários representativos do capital social da EDP, S.A., no âmbito da oferta pública de venda (OPV) levada a cabo aquando da 3ª fase da sua reprivatização, alegando os Reclamantes prejuízos decorridos de um abaixamento das tarifas da electricidade superior ao publicitado ao público em geral na referida OPV – traduzidos, concretamente, na desvalorização das acções e uma menor rendibilidade do Grupo.

2. Quanto aos prejuízos alegados, dado o carácter muito específico deste tipo de danos, cuja prova é extremamente difícil (o grau de influência que a situação ocorrida terá tido no comportamento do mercado bolsista e, em particular, na cotação em concreto das acções da EDP é de muito difícil apuramento), foram os interessados aconselhados a ponderar a via judicial, caso considerassem que aí poderiam fazer prova inequívoca dos danos sofridos e da sua relação directa com a situação objecto de queixa.

3. Porém, por considerar que a actuação das entidades públicas reguladoras do

sector eléctrico (ERSE) e do mercado de valores mobiliários (CMVM) não estava isenta de reparo, foi-lhes comunicado pelo Provedor de Justiça:

3.1. À Entidade Reguladora do Sector Eléctrico:

Que a sua conduta se revestiu de particular censurabilidade, porquanto sabia e foi para tal insistentemente avisada pela CMVM, que a aprovação de tarifas diferentes das garantidas e anunciadas à população na reprivatização da EDP era susceptível de afectar a confiança e a segurança dos investidores, princípios essenciais aos mercados bolsistas, e acarretar para o público investidor uma menor rendibilidade da empresa e consequente desvalorização das acções da empresa;

Que no exercício das suas competências terá a ERSE de tomar em consideração, de forma efectiva, os importantes valores e interesses públicos que subjazem ao mercado bolsista onde a EDP é actualmente transaccionada, uma vez que a sua interferência directa na actividade daquela empresa poderá ter importantes e graves repercussões naqueles mercados e nos seus accionistas;

Que no futuro, sempre que devam ser tomadas medidas pela Administração Pública de que possam resultar prejuízos sérios para os investidores ou para o mercado financeiro em geral, não seja esquecido o procedimento de concertação (e não de mera audição) com as entidades legalmente incumbidas da sua supervisão e regulamentação (CMVM e Associações de Bolsa), conforme pugnado pelo regime jurídico do mercado de valores mobiliários.

3.2. À Comissão do Mercado de Valores Mobiliários:

Que a necessidade de defesa dos pequenos accionistas perante a crescente complexidade e internacionalização dos mercados bolsistas, a dificuldade de documentação e prova de comportamentos irregulares ou ilegais aí praticados e o complexo regime de efectivação da responsabilidade civil vertido no Código do Mercado de Valores, tornam particularmente importante a adopção e demonstração pela CMVM do exercício de todas as medidas, preventivas e repressivas, aptas à adequada defesa dos investidores contra actuações que possam afectar os seus legítimos interesses;

Que, atendendo às competências regulamentares conferidas àquele instituto no âmbito das ofertas públicas de transacção, tal objectivo de defesa dos investidores deve igualmente ser prosseguido através de norma que, à semelhança do que sucedeu nos prospectos internacionais, obrigue à inserção nos prospectos de uma secção especialmente destinada a destacar a informação sobre factos relevantes que afectem ou possam

vir a afectar especialmente a actividade da emitente ou suas participadas, e assim comportar maior risco para o investimento;

Que, atenta a extrema volatilidade destes mercados e a Segurança e Confiança do público que é solicitado a nele investir as suas poupanças, qualquer intervenção da Administração que possa ter influência na rendibilidade dos valores mobiliários ou das empresas que aí se financiam seja previamente concertada com as entidades legalmente incumbidas da supervisão e regulamentação dos mercados.

2.3.

Assuntos Sociais: educação, segurança social; saúde; menores e desporto

2.3.1. Recomendações

Ao
Exmo. Senhor
Presidente do Conselho Directivo
do Centro Regional de Segurança Social
de Lisboa e Vale do Tejo

R.-3235/98
Rec. n.º 27/A/99
1999.04.23

1. Foi-me solicitada a intervenção relativamente ao indeferimento por parte do Serviço Sub-Regional de Lisboa desse Centro Regional, do pedido do beneficiário nº..., referente à mudança de escalão de remunerações a considerar como base de incidência de contribuições.

2. A situação de facto relevante resume-se, essencialmente, ao seguinte:

2.1. Aquele Serviço Sub-Regional dirigiu ao reclamante o ofício nº 103.667, de 1 de Fevereiro de 1994, através do qual solicitava que indicasse o escalão de remunerações a considerar como base de incidência de contribuições, bem como, o esquema de protecção social pretendido.

2.2. Em anexo a esse ofício, atentas as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 328/93, de 25 de Setembro, no regime de segurança social dos trabalhadores independentes, juntou-se um folheto informativo.

2.3. Neste folheto, referia-se, na parte que interessa à apreciação dos presentes autos, o seguinte: "Os trabalhadores independentes (...) devem indicar, em impresso próprio o escalão de remunerações pretendido. (...) É ainda importante saber que pode ser pedida (...) nos meses de Setembro e Outubro, a mudança de escalão de remunerações, (para que esta possa ser considerada a partir do ano seguinte)."

2.4. O reclamante, presente o teor desse folheto, efectuou a sua opção, tendo, no momento, optado pelo 1º escalão.

2.5. Em Outubro de 1997, o reclamante solicitou a mudança de escalão, a qual foi, no entanto, indeferida com fundamento no disposto no art.º 36º, nº 4, do Decreto-Lei nº 328/93, de 25 de Setembro.

3. O beneficiário reclamou desta decisão junto desse Centro Regional, invocando, essencialmente, o facto de o boletim informativo que lhe fora anteriormente remetido não mencionar a limitação à mudança de escalão que lhe era agora oposta.

4. Esse Centro manteve a decisão do Serviço Sub-Regional de Lisboa com fundamento no facto de, nos folhetos distribuídos na altura, se chamar "...logo à atenção de que os beneficiários para mais esclarecimentos se deveriam, junto dos serviços, informar bem e actuar a tempo", conforme se refere no ofício nº 184.947, de 17 de Dezembro de 1997, dirigido ao beneficiário.

5. Na sequência do pedido de intervenção que me foi dirigido, os serviços da Provedoria, por se entender que a informação transmitida ao beneficiário a propósito da matéria em causa era deficiente, solicitaram informação a esse Centro Regional quanto à disponibilidade para promover a revisão do processo, através do ofício nº 13.207, de 30 de Julho de 1998, destes serviços.

6. A resposta, veiculada através do ofício nº 2.109, de 21 de Outubro de 1998, foi no sentido de se manter a inalterabilidade da decisão inicial, sustentando-se essa posição nos seguintes fundamentos:

- que a natureza daquele tipo de instrumento informativo leva a que o respectivo conteúdo seja limitado à divulgação das linhas gerais do assunto versado e que, dado a informação não ser, nem poder ser exaustiva, o leitor é sempre convidado a procurar, junto dos serviços competentes, mais informação, que, eventualmente, possa aplicar-se à sua situação pessoal;
- que, complementarmente, foi indicada a legislação aplicável, habilitando à consulta da fonte legislativa;
- a pretensão do exponente não podia ser deferida por se estar no âmbito do exercício de um poder vinculado.

7. Esta fundamentação não é, no entanto, aceitável porque insuficiente, já que nela se omite qualquer referência à questão essencial que se suscita no presente processo.

Com efeito, a questão essencial prende-se, antes de mais, com a bondade da informação prestada ao beneficiário; ora, esse Centro Regional, em momento nenhum, se pronuncia quanto a essa questão, limitando-se a afirmar que era exigível ao beneficiário

que complementasse a informação recebida, através de consulta aos serviços competentes ou da análise da legislação referenciada.

8. A avaliação do caso sub judice passa, pois, por saber se a informação veiculada pelos serviços de segurança social ao beneficiário era correcta e o habilitava a formar, validamente, a sua vontade.

9. Pelo que importa, desde logo, proceder à comparação entre o teor dessa informação e o regime legal aplicável à matéria de mudança de escalões de rendimentos e verificar se essa informação incluía todos os aspectos essenciais à formação da vontade do beneficiário.

10. A matéria relativa à mudança de escalão, a que se refere o boletim informativo, encontra-se regulamentada no art.º 36º do Decreto-Lei nº 328/93, de 25 de Setembro.

De acordo com as normas previstas neste artigo, a alteração da remuneração convencional está dependente da verificação de várias condições:

- a primeira, reporta-se ao momento em que o pedido dos beneficiários nesse sentido deve ser efectuado, correspondendo o mesmo ao período compreendido entre o dia 1 de Setembro e 31 de Outubro de cada ano (nº 1);
- a segunda, reporta-se ao momento a partir do qual é conferida eficácia àquele pedido, fixando-se o mesmo no dia 1 de Janeiro seguinte (nº1);
- a terceira, refere-se à possibilidade de essa alteração se processar para um escalão mais elevado, determinando-se que, nesse caso, apenas pode ter lugar para o escalão imediatamente superior ao que vigorava para o interessado (nº 4);
- e, a quarta, faz depender a faculdade prevista no número anterior do facto de o beneficiário ter uma idade inferior a 55 anos à data em que a alteração produza efeitos (nº4).

11. Ora, se se considerar o teor da informação transmitida ao beneficiário quanto à matéria, conclui-se imediatamente que nela apenas se referem as condicionantes à mudança de escalão constantes do nº 1 daquele artigo e se omitem as constantes do nº. 4.

12. No entanto, o conhecimento por parte do beneficiário destas últimas condições assumia tanta ou mais relevância do que aquelas que mereceram referência por parte dos serviços de segurança social.

Com efeito, essas condicionantes são essenciais à opção inicial dos beneficiários na medida em que, caso não sejam tidas em conta nessa opção, podem prejudicar, definitivamente, a possibilidade de virem a usufruir de uma pensão de reforma de valor superior .

13. O boletim informativo remetido ao beneficiário apresentava, pois, incompletudes essenciais.

Conforme refere Jorge Ferreira Sinde Monteiro, no que toca à questão dos prospectos, "...um prospecto é incompleto quando silencia factos essenciais, que não são apenas os de comunicação para admissão na bolsa, mas todos os que têm especial relevância para uma decisão materialmente fundada do investidor".

14. A apreciação da situação não deve, porém, esgotar-se no processo comparativo acima referido, mas incluir, também, uma ponderação relativa a dois aspectos que assumem, igualmente, importância determinante.

15. O primeiro desses aspectos diz respeito ao tipo de destinatário que importa considerar na divulgação deste género de instrumento informativo.

O autor atrás citado, ao abordar a matéria relativa à responsabilidade por prospectos , diz, a propósito da apreciação tendente a saber quando um prospecto de emissão é correcto, que "...deve partir-se da perspectiva de um investidor medianamente dotado de conhecimentos e não da de um especialista".

16. Com efeito, quando se procede à divulgação de informação sob aquela forma, não pode deixar de considerar-se que o público alvo é constituído, na sua larga maioria, por destinatários que não têm um particular conhecimento especializado.

17. Ora, presente esse pressuposto, não podia admitir-se como provável que esse tipo de destinatário, confrontado com a solicitação efectuada e a informação prestada, concluísse ou sequer se apercebesse que aquela informação apenas correspondia "...à divulgação de linhas gerais do assunto versado..." ou que, para além das condições referidas no folheto haveria certamente outras, quando é certo que a verificação de outras condições não era ressalvada de algum modo, no folheto.

18. No caso concreto essa hipótese ainda era menos provável, já que, ao mesmo tempo que se solicitou ao beneficiário que formulasse a sua opção, este, para o efeito, foi especialmente aconselhado a ler atentamente aquela informação.

19. Assim sendo, também não era exigível que o beneficiário formulasse a sua opção após consultar os serviços competentes ou verificar a legislação referenciada.

20. O segundo aspecto a ter em conta, prende-se com a confiança suscitada

pela origem da informação.

A origem da informação terá, naturalmente, suscitado ao beneficiário a confiança não só de que na elaboração do folheto havia sido observado o cuidado exigido, como, também, de que o mesmo não apresentava inexactidões ou incompletudes essenciais.

21. Com efeito, sendo certo que o teor da informação, já por si, não era susceptível de suscitar ao beneficiário qualquer dúvida, a confiança na fonte da informação também se constituiu como factor determinante do reforço da convicção de que as condicionantes à mudança de escalão eram, tão só, as explicitadas nesse mesmo boletim informativo.

22. Presentes as circunstâncias acima referidas, não pode deixar de concluir-se que:

- a informação veiculada pelos serviços de segurança social ao beneficiário foi deficiente, porque incompleta, na medida em que, apesar de referenciar alguns condicionamentos à mudança de escalões, omitiu outros, sem sequer os referir genericamente, sendo que estes eram essenciais à formação da vontade do mesmo;
- essa informação deficiente era susceptível de suscitar ao destinatário "tipo" a convicção errada de que os condicionamentos à mudança de escalão eram apenas os expressamente referidos quanto aos momentos da realização do pedido e da produção de efeitos desse mesmo pedido;
- nessa medida, a informação prestada não habilitou o beneficiário a formar validamente a sua vontade;
- as circunstâncias relativas ao teor da informação, à confiança que suscitava a respectiva origem, ao momento em que foi prestada e ao objectivo imediatamente associado a essa prestação, excluíam a exigibilidade de o beneficiário se dirigir aos serviços competentes para obter, quanto à matéria em causa informações complementares.

23. Atentas essas razões, a Administração tornou-se responsável pela prestação ao beneficiário da informação deficiente, sendo que, essa mesma responsabilidade não pode ser excluída pela mera sugestão da consulta dos serviços informativos ou pela referenciação da legislação aplicável, como adiante demonstrarei.

24. Com efeito, os serviços de segurança social ao prestarem uma informação

deficiente violaram o princípio da colaboração da Administração com os particulares, no âmbito do qual, se insere a obrigação de, em geral, serem prestadas aos particulares as informações e os esclarecimentos de que careçam e violaram, em especial, a obrigação de informar prevista no art.º 42º a Lei de Bases da Segurança Social.

25. Esta última norma, ao consagrar, em especial, a obrigação de informar, associando-a, directamente, à efectivação dos direitos e deveres dos beneficiários, configura-se como uma disposição legal de protecção.

Saliente-se quanto a este aspecto, que o autor que tenho vindo a citar refere que, ainda que se não verifique a violação de um direito subjectivo de outrem, a obrigação de reparar pode, todavia, resultar da "... infracção de uma norma que possa ser qualificada como disposição legal de protecção ... de interesses alheios".

26. No entanto, ainda que assim se não entendesse, no caso concreto, a responsabilidade sempre resultaria do disposto no art.º 7º, nº 2, do Código do Procedimento Administrativo, o qual prevê expressamente a responsabilidade da Administração Pública pelas informações prestadas por escrito aos particulares, ainda que não obrigatórias.

27. Como se refere no Código do Procedimento Administrativo, 2ª edição, de Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e J. Pacheco de Amorim, "certo é que, prestada uma informação escrita, pela Administração, mesmo sem existir o correspondente dever legal, ela torna-se responsável pelos prejuízos que daí advenham aos particulares", explicitando-se, mais à frente, quanto ao tipo dessa responsabilidade que "o significado do preceito é, para nós, o de que a Administração responde civilmente pelas informações erróneas prestadas aos particulares ... constituindo-se na obrigação de ressarcir os prejuízos daí derivados."

28. Refira-se, ainda, que a responsabilidade extra-contratual da Administração por factos ilícitos está, também, consagrada na Lei Fundamental conforme resulta do disposto nos arts. 22º e 271º da Constituição da República.

29. Ora, no caso em apreço, para além, da ilicitude e do dano, já referidos, verificam-se todos os restantes requisitos constitutivos da responsabilidade extra-contratual, nomeadamente a imputação do facto causador do dano ao lesante, a existência de culpa e o nexo de causalidade entre o facto e o dano.

Com efeito, a deficiência da informação veiculada ao beneficiário é imputável, a título de culpa, à Administração Pública e essa deficiência constituiu a causa do dano que se veio a verificar para o beneficiário.

30. Os serviços de segurança social tornaram-se, pois, responsáveis pelos prejuízos causados ao beneficiário, estando, por esse motivo constituído na obrigação de reparar os danos patrimoniais causados. Essa reparação, conforme resulta do art.º 566, nº 1 do Código Civil, deve, em regra, passar pela reconstituição natural, sendo que, apenas nas situações em que ela não seja possível, ou em que não repare integralmente os danos ou, finalmente, em que seja excessivamente onerosa para o devedor se recorrerá à execução não específica, por sucedâneo pecuniário (Castro Mendes, Teoria Geral, 1979, III-815).

31. Ora, a reconstituição natural é possível neste caso, bastando para o efeito permitir ao beneficiário que efectue agora a opção que teria feito em 1994, se, nesse momento, lhe tivessem sido dadas a conhecer todas as condicionantes legais à mudança de escalão, ou seja, que o mesmo seja colocado na situação em que estaria se o acto ilícito não tivesse sido praticado.

32. Saliente-se, por último, que não obsta à revisão do processo o facto de se estar no âmbito do exercício de um poder vinculado.

É que o respeito pelas normas da responsabilidade civil extra-contratual do Estado também é vinculativo.

33. No entanto, ainda que se entenda que não se encontram reunidos os pressupostos da responsabilidade extra-contratual do Estado, o certo é que a declaração do beneficiário encontra-se viciada de erro. Erro esse que não respeita à transmissão da declaração, mas que se traduz num vício na formação da vontade.

34. Assim, no caso concreto, ainda que se entenda que o facto de o reclamante não ter sido correctamente informado não releva em sede de responsabilidade civil da Administração, esse facto assume importância porque torna o erro desculpável e relevante. Dessa forma, encontrando-se a declaração do beneficiário que, em 1994, consubstanciou a opção pelo 1º escalão afectada de vício na formação da vontade, o acto administrativo que, consequentemente, aceitou a alteração de escalão fica necessariamente afectado nos seus pressupostos.

Em face do exposto, tenho por bem formular a V.Exa. a presente

Recomendação

no sentido de promover a revisão do processo, permitindo-se que o beneficiário opte, com efeitos a 1994, pelo escalão de rendimentos a considerar para efeitos de incidência de contribuições, porque teria optado, se nessa data, a sua vontade não tivesse sido vici-

ada pela informação errada que lhe foi prestada pelos serviços de segurança social.

Recomendação acatada

A
Sua Excelência
o Ministro do Trabalho e da Solidariedade

R-2829/96
Rec. n.º 29/A/99
1999.04.27

1. No dia 23 de Abril de 1998 dirigi à Senhora Directora do Serviço Sub-Regional de Sintra do Centro Regional de Segurança Social de Lisboa e Vale do Tejo a Recomendação nº 27/A/98, cuja cópia se junta, acerca da situação que passo a expor.

2. A beneficiária… requereu atribuição do subsídio de maternidade, tendo esta sido indeferida porque aquele requerimento tivera lugar após o decurso do prazo previsto no art.º 19º do Decreto-Lei nº 154/88, de 29 de Abril.

No entanto, a beneficiária requerera, oportunamente, a atribuição dos subsídios de nascimento e de aleitação, apenas não o tendo feito quanto ao subsídio de maternidade porque desconhecia que tal direito lhe assistia.

3. Entendi, porém, que a vontade real da beneficiária era a de receber as prestações a que tinha direito por força do nascimento de sua filha, já que, quando soube que aquele direito lhe assistia, desde logo veio requerer a respectiva atribuição, em 5 de Dezembro de 1995.

Embora o desconhecimento da Lei não justifique, em termos gerais, a falta do seu cumprimento, também é certo que, em matéria de segurança social, ao Estado está cometido um especial dever de informação.

Por essa razão, a competente informação deveria ter sido prestada, desde logo, no momento do acto de entrega dos requerimentos relativos aos subsídios de nascimento e aleitação, o que não sucedeu.

Em face do exposto e por considerar que não havia qualquer interesse público digno de relevo que se opusesse ao interesse da beneficiária em receber o subsídio de maternidade, recomendei a revogação do acto de indeferimento do subsídio desta prestação.

4. Todavia, o Centro Regional de Segurança Social de Lisboa e Vale do Tejo veio comunicar o não acatamento daquela recomendação, através do ofício nº 2.527/98,

de 6 de Julho de 1998, cuja cópia igualmente se junta.

5. Isto, essencialmente, porque aquele Centro considera que o facto de a beneficiária ter requerido a atribuição dos subsídios de nascimento e de aleitação não pode ser interpretado como vontade da beneficiária em receber todas as prestações devidas por força do nascimento da sua filha, bem como, quanto ao dever de informar, que os respectivos serviços teriam prestado a competente informação se tivessem sido consultados.

Invocou, também, que a obrigação que impende sobre a Administração de suprir as deficiências dos requerimentos e de interpretar o cumprimento das formalidades no sentido mais favorável aos administrados não permite suprir deficiências de fundo, nem que a Administração se substitua aos particulares.

Por fim, entende aquele Centro regional que, nesta matéria, não é deixada qualquer margem de autonomia à Administração na interpretação da Lei, pelo que não pode haver lugar à aplicação de qualquer dos princípios que invoquei.

Por isso concluiu que não pode proceder-se à revogação do acto de indeferimento sem infringir a Lei, nomeadamente, o art.º 19º do Decreto-Lei nº 154/88, de 29 de Abril.

6. Não posso, porém, deixar de discordar com tais argumentos, o que me leva a suscitar a questão junto de Vossa Excelência.

7. Com efeito, e começando pelo último dos argumentos invocados, não é certo que o princípio da prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, e bem assim o princípio da proporcionalidade apenas vinculam a Administração no caso de a actividade desta comportar o exercício de poderes discricionários.

Se é certo que eles têm, aí, o seu espaço privilegiado de aplicação, também não é menos certo que a esfera da autonomia pública não se restringe ao exercício do poder discricionário. Na verdade, a doutrina tem salientado a existência de novas dimensões de autonomia pública, desde logo as que resultam da interpretação e aplicação da Lei. E, neste domínio, não estamos somente perante os casos de utilização, pelo legislador, de cláusulas gerais ou conceitos indeterminados, mas também quando se trata simplesmente da subsunção de uma situação à previsão normativa.

Em nenhum domínio da sua actividade - seja mais ou menos vinculada - pode a Administração escapar ao respeito dos princípios gerais que norteiam a sua activida-

de. Como explica Gomes Canotilho e Vital Moreira, o interesse público é o momento teleológico necessário de qualquer actuação da Administração, trate-se de actos jurídicos (de direito público ou privado) ou de operações materiais.

8. Ora, o que está exactamente em causa na questão sub judice é a apreciação que o Centro Regional fez da conduta da interessada. Não está em causa o alargamento do prazo para requerer as prestações nem a criação de situações excepcionais que a Lei não permite, mas a apreciação daquele comportamento com vista a apurar se se subsume na previsão da norma implicada.

9. Passando agora à análise dos restantes argumentos, verifica-se que, em tal ponderação, não só se negligenciaram os referidos princípios, como não se acautelou o respeito do princípio da boa fé.

10. Com efeito, à luz desse princípio seria impossível retirar dos factos conhecidos as ilações extraídas pelo Centro Regional de Segurança Social de Lisboa e Vale do Tejo.

Tal apreciação foi, pois, insuficiente, já que, conforme refere António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro "- o controlo, com referência a bitolas tidas por superiores, das leis, insuficientes porque humanas, é tão velho como o Direito...A Lei não se confunde com o Direito. Uma dogmática jurídica, radicada na cultura que a suporte e na segurança das convicções científicas dos juristas que a sirvam, coloca, entre a fonte e a solução do caso concreto, um percurso que nenhuma Lei pode dispensar e que o legislador não pode corromper. A boa fé permite a consolidação dessa dogmática que, no sistema jurídico e não, apenas, na Lei tenha a sua força...".

11. E exemplo claro dessa insuficiência é, desde logo, o primeiro argumento aduzido:

- "...os requerimentos apresentados pela beneficiária… com vista a usufruir dos subsídios de nascimento e de aleitação não podem ser entendidos como uma manifestação inequívoca da vontade daquela beneficiária em receber todas as prestações devidas por força do nascimento da sua filha.

  Na realidade, tais benefícios apesar de dependerem de uma circunstância concreta, que é o nascimento de um filho, são distintos, destinando-se a assegurar diferentes finalidades, pelo que a requerente poderia efectivamente pretender beneficiar de um e não de outro.".

12. Não se questiona que, embora seja pouco frequente, os beneficiários das prestações relativas à maternidade possam livremente decidir não usufruir de uma delas

e que tal decisão deva ser respeitada pelos centros regionais da segurança social. Se assim não fosse, bastaria o requerimento de uma das prestações para que se presumisse a vontade de requerer as restantes. Também não se questiona o entendimento do Centro Regional de Segurança Social de Lisboa e Vale do Tejo quanto às obrigações que impendem sobre a Administração relativas à informação a prestar aos administrados e à supressão de deficiências dos requerimentos.

13. Pese embora o comportamento da Administração seja relevante para a apreciação da questão, como adiante explicarei, não é isso, todavia, que está em causa no caso vertente. O que se passa é que a decisão da reclamante de requerer apenas os subsídios de nascimento e de aleitação (e, portanto, a omissão do requerimento do subsídio de maternidade) se encontrava viciada de erro. Erro esse que não respeita à transmissão da declaração mas que se traduz num vício na formação da vontade.

14. Permita-me Vossa Excelência que chame à colação a posição da Caixa Geral de Aposentações que, em caso idêntico que lhe foi apresentado pelos serviços da Provedoria de Justiça, veio a entender estar-se perante um caso de aplicação "...do regime do erro sobre o objecto do negócio jurídico regulado no art.º 251º do Código Civil, que remete para o art.º 247º, ou seja a anulabilidade da declaração depende de o destinatário da declaração conhecer ou não dever ignorar a essencialidade, para o declarante, do elemento sobre que incidiu o erro".

Todavia, reconheceu-se que a Administração não podia nem devia conhecer qual o regime mais favorável ao interessado, competindo apenas a este cuidar de recolher as informações necessárias tendo em vista realizar a melhor opção.

Assim sendo, considerou a Administração que "...se não podemos falar de vontade viciada no sentido técnico, nos termos dos arts. 247º e 251º do Código Civil, sobre as declarações, haverá de compreender-se que aí estamos no âmbito dos negócios jurídicos entre particulares, pelo que para a segurança e certeza do tráfico jurídico, há que acautelar a confiança que o declaratário depositou nas declarações do declarante, de modo a igualar as posições das partes.". Mas, no caso concreto que estava em discussão, "...trata-se de uma relação entre a Administração Pública e o particular, sujeita às regras do direito público, algumas delas vocacionadas para a protecção do interessado porque este está de certa forma mais desprotegido e menos esclarecido, porque não há uma paridade de posições, basta o privilégio de execução prévia da Administração Pública, para as desequilibrar.".

Para concluir que, atentas as circunstâncias específicas e pessoais que envolveram a situação concreta - onde se incluiu o facto de o interessado não ter sido devidamente informado sobre a melhor opção a realizar - "...não repugna que, a título excepcional, de acordo com um juízo de mérito, pois que resulta uma situação injusta e um sacrifício que não é justificado para o interessado", possa ser alterada a situação.

15. É, pois, no contexto até agora definido que importa apreciar a conduta do Centro Regional.

Assim, no caso concreto, o facto de a reclamante não ter sido informada de que a concessão do subsídio de maternidade dependia de requerimento não releva em sede de responsabilidade civil da Administração, mas assume importância porque torna o erro desculpável e relevante.

16. Saliente-se, a este propósito, que a interessada se deslocou, em tempo, aos serviços de segurança social para requerer as prestações, só não o tendo feito quanto ao subsídio de maternidade por, erradamente, ter considerado que tal requerimento não era necessário e não ter sido informada do contrário. Ou seja, não se verificou um comportamento negligente por parte da interessada que tornasse repreensível a sua omissão. Pelo contrário, ele é perfeitamente compreensível atendendo às circunstâncias do caso concreto. Circunstâncias que não se restringem às supra indicadas mas que englobam, também, as consequências do parto.

17. Como o próprio Centro Regional reconhece, no seu ofício, o período posterior ao parto tem reflexos no estado de saúde da parturiente (quer físicos, quer psíquicos) e envolve sempre, quer por esse facto, quer pela necessidade de prestação de cuidados inadiáveis ao filho, uma limitação importante na mobilidade da mãe, dificultando em grande medida as deslocações com vista a obter informações ou a tratar de assuntos do foro administrativo.

18. Há, pois, neste caso, uma evidente desigualdade de posições entre a Administração e a administrada que é premente equilibrar, em obediência aos princípios da proporcionalidade, da justiça e da boa fé.

18.1. O princípio da proporcionalidade postula que "...a lesão sofrida pelos administrados deve ser proporcional e justa em relação ao benefício alcançado para o interesse público...".

18.2. O princípio da justiça constitui "...uma última *ratio* da subordinação da Administração ao Direito, permitindo invalidar aqueles actos que, não cabendo em nenhuma das condicionantes jurídicas expressas da actividade administrativa, constituem,

no entanto, uma afronta intolerável aos valores elementares da Ordem Jurídica, sobretudo aos plasmados em normas respeitantes à integridade e dignidade das pessoas, à sua boa fé e confiança no Direito."

18.3. O princípio da boa fé - que o Decreto-Lei nº 6/96, de 31 de Janeiro introduziu expressamente no elenco de princípios gerais de direito administrativo -, como decorrência que é da tutela da confiança, implica que se tenham em conta "os valores fundamentais do direito" - o que é o mesmo que dizer que a Administração e os particulares não se devem bastar somente com a vertente formal das situações - e, em especial, impõe a consideração da "confiança suscitada na contraparte pela actuação em causa" e do "objectivo a alcançar com a actuação empreendida" (artº 6º-A do Código do Procedimento Administrativo).

Tanto assim é, que o Decreto-Lei nº 135/99, de 22 de Abril, no seu art.º 2º, veio, recentemente, anunciar diversos princípios orientadores da acção dos serviços e organismos da Administração Pública que mais não são do que explicitações do sentido e alcance do princípio da boa fé. E, de acordo com os agora designados princípios da qualidade, da protecção da confiança e da comunicação eficaz e transparente, os serviços devem garantir que a sua actividade se oriente para a satisfação das necessidades dos cidadãos, aprofundar a confiança nos cidadãos, valorizando as suas declarações e assegurar uma comunicação eficaz e transparente, através do acesso à informação e da cordialidade do relacionamento.

Ora, no caso em apreço, o respeito da boa fé impõe à Administração que se não prenda a razões formais e que atenda à verdade material e, que, desse modo, devolva o equilíbrio a uma relação que a falta de informação desvirtuou.

Em face do exposto,

Recomendo

no sentido de transmitir ao Centro Regional de Segurança Social de Lisboa orientação no sentido de promover a revisão do processo em causa e revogar o acto de indeferimento da atribuição do subsídio de maternidade, com fundamento de mérito, nos termos do art.º 140º, do Código do Procedimento Administrativo.

Recomendação não acatada

Ao
Exm.º Senhor
Director do Hospital Geral de Santo António

R- 1750/98
Rec. n.º 43/A/99
1999.05.26

1. Como é do conhecimento de V.Ex.ª, a Senhora... dirigiu-me uma reclamação relativa ao atendimento dispensado a seu pai, o Senhor ..., entretanto falecido, no Hospital de que V.Ex.ª é Director.

2. De acordo com a reclamante, o atendimento pós-operatório do Senhor .... - internado no Serviço de Cirurgia 2 com o diagnóstico de hérnia inguino-escrotal direita, e objecto de intervenção cirúrgica em 16.3.98 - e a decisão de alta de 26.3.98, foram deficientes nos seguintes aspectos:

2.1. Foi dada alta ao doente sem se verificar se ele urinava espontaneamente, tendo sido dito à reclamante para verificar se o seu pai urinava ou não, com a recomendação oral de, em caso negativo, proceder à sua algaliação;

2.2. Quando o doente chegou a casa, transportado em maca, apresentava 39,5º C de temperatura;

2.3. Durante o internamento hospitalar, o doente era deixado com os pés de fora das grades da cama onde se encontrava, sendo por vezes amarrado à cama,

2.4. O doente nem sempre apresentava pensos nos calcanhares, feridos em virtude de se encontrar permanentemente acamado, pelo que as escaras nos pés se revelaram de difícil tratamento, demonstrando, segundo a reclamante, a falta de cuidado na assistência ao doente no período de internamento hospitalar.

3. Instruído o processo aberto com base na referida reclamação, veio a apurar-se que:

3.1. No período pós-operatório, o doente revelou uma agitação psico-motora,

que exigiu a sua imobilização, tendo também o doente sido colocado com os pés de fora das grades da cama com vista a evitar que friccionasse os pés um contra o outro e contra as pernas;

3.2. O doente, por ser diabético, e em virtude da agitação psico-motora supra descrita, desenvolveu mais facilmente feridas e escaras;

3.3. Não há registo, nas notas de enfermagem, de terem sido frequentemente efectuados ao doente pensos nas zonas de fricção, resultando, no entanto, dos depoimentos do pessoal de enfermagem serem regularmente efectuados tais pensos, que o doente retirava em virtude da sua agitação;

3.4. Foi dada alta ao doente sem este se encontrar algaliado, e sem ter sido apurado se este urinava espontaneamente,

3.5. Na nota de alta não se refere encontrar-se o doente com febre, pelo que não foi possível apurar ao certo o sucedido, não se referindo tão pouco ter o doente problemas de retenção urinária.

4. Por seu turno, o Senhor Dr...., Director do Serviço de Cirurgia 2 à data dos factos, informou a reclamante, num primeiro relatório, que a decisão de alta se prendeu com o estado de agitação do doente o qual, de acordo com parecer de psiquiatra, poderia estar relacionado com o afastamento do seu ambiente familiar.

Por outro lado, o inquérito conduzido pela Senhora Enfermeira... e do qual foi enviada cópia à reclamante, concluiu que nas notas de enfermagem não há registos precisos das diversas ocorrências relativas ao doente, e ainda que foi dada alta ao doente sem que este se encontrasse algaliado, e sem ter sido verificado se este urinava espontaneamente. Esta última conclusão foi corroborada no segundo relatório do Senhor Dr. ..., elaborado em resposta a um ofício desta Provedoria de Justiça, o qual afirma que a atitude correcta deve ser a observação da situação do doente, quanto a este aspecto, previamente à decisão de alta.

Neste relatório, alegou ainda o Senhor Dr.... que o recurso a cuidados privados de enfermagem se deveu a uma opção da filha do doente.

5. Após análise de todo o processo, concluí terem ocorrido duas falhas no procedimento hospitalar:

5. 1. Decisão de alta

Conforme referido, é reconhecido por esse Hospital ter sido um erro dar alta ao doente sem verificar se ele urinava espontaneamente. Atente-se ainda que o doente em

causa fora algaliado em 16.3.98, tendo sido efectuadas drenagens de elevados débitos, o que comprova que a situação clínica se verificava, pelo menos, desde aquela data.

Por outro lado, afirmar que o recurso para enfermagem particular foi uma opção da família do doente não se afigura inteiramente correcto:

De acordo com o Centro de Saúde da Carvalhosa, ao qual pertencia o doente, só há possibilidade de apoio domiciliário mediante requisição por médico daquela unidade de saúde e com marcação prévia de 48 horas, não sendo efectuado apoio domiciliário aos fins de semana. Uma vez que o doente teve alta a uma quinta-feira, apenas poderia ter apoio domiciliário no âmbito do Serviço Nacional de Saúde na segunda-feira seguinte, dia 30.3.98.

Ora, no dia da alta, o doente foi algaliado em sua casa, por volta das 18.30h, tendo sido drenados de imediato cerca de 500 cc de urina, conforme relatório do Serviço de Enfermagem POLIENF Porto de que anexo fotocópia.

Conclui-se, assim, que não tendo o doente Senhor...algaliado no Hospital aquando da alta, e que o mesmo se encontrava acamado, a única hipótese de se proceder à correcção da sua situação de retenção urinária seria através do recurso a serviços privados de enfermagem.

Estão, pois, em causa as despesas decorrentes da necessidade de recurso a serviços privados de enfermagem para se proceder à algaliação do doente no dia da alta hospitalar, 26.3.98.

O custo da referida algaliação foi de 5.500$00, conforme comprovam os documentos em anexo. No entanto, uma vez que o doente Senhor... era beneficiário da ADSE, tal acto de enfermagem foi comparticipado em 1.230$00, conforme decorre da aplicação da Tabela de Comparticipações publicada na II Série do Diário da República, nº. 76, de 31.3.98.

Resulta do exposto que a família do doente, em virtude da algaliação efectuada no domicílio no dia 26.3.98, suportou a despesa de 4.270$00.

Estamos perante um acto ilícito praticado pelo Hospital de Santo António - a alta dada ao Senhor... nas circunstâncias supra descritas - que foi causa adequada de um dano suportado pela família do doente: o pagamento de despesas de algaliação do Senhor ... no seu domicílio, no dia da alta hospitalar. Verificados que estão os pressupostos da responsabilidade civil, cabe ao Hospital de Santo António ressarcir os danos em causa.

5.2. Documento de alta

Por outro lado, a "nota de alta" a apresentar ao médico assistente do doente, referido no ponto 4 da informação elaborada pelo Senhor Dr...., é omissa quanto a determinados aspectos.

Com efeito, o boletim da alta nada refere quanto à eventual necessidade de algaliação do doente, pelo que não parecem estar reunidos os elementos para um eficaz seguimento da situação do doente, quer por parte do seu médico assistente, quer em sede de cuidados de saúde primários.

Em face do exposto, e embora sejam de louvar as medidas já adoptadas por esse Hospital no tocante à sensibilização do pessoal para a importância do registo pormenorizado e diário dos actos médicos e de enfermagem praticados, bem como para a importância das explicações a fornecer aos familiares quanto aos procedimentos a adoptar após a alta,

Recomendo

que:

a) Seja paga à reclamante a importância de 4.270$00 decorrente de despesa efectivamente suportada pela algaliação do seu pai por serviços particulares de enfermagem;

b) Sejam adoptadas medidas no sentido de as notas de alta dos doentes serem precisas, contendo todas as informações necessárias ao eficaz seguimento do doente por parte do seu médico assistente.

Recomendação acatada

À
Exm.ª Senhora
Presidente do Conselho Directivo
do Centro Regional de Segurança Social de Lisboa e Vale do Tejo

R.-01734/95
Rec. n.º 53/A/99
1999.06.18

1. Foi-me solicitada a intervenção quanto ao indeferimento, por parte do Serviço Sub-Regional de Lisboa desse Centro Regional de Segurança Social de um pedido de atribuição do subsídio de desemprego.

2. A situação de facto relevante resume-se, essencialmente, ao seguinte:

2.1. A exponente, beneficiária nº ..., esteve a viver em França, tendo trabalhado neste país no período compreendido entre 19 de Setembro de 1983 e 15 de Agosto de 1994.

2.2. Regressada a Portugal, trabalhou na empresa "Xl" no período compreendido entre 1 e 10 de Outubro de 1994.

2.3. Em 20 de Outubro de 1994 inscreveu-se no Centro de Emprego do Seixal.

2.4. No dia 14 de Novembro de 1994, deslocou-se ao Serviço Sub-Regional de Lisboa.

2.5. Nesse mesmo dia e na sequência daquela deslocação, remeteu, via fax e carta registada com aviso de recepção, aos serviços franceses um formulário E 301 emitido pelo Seviço Sub-Regional de Lisboa.

2.6. Em resposta, os serviços franceses vieram a remeter à exponente, no dia 18 de Janeiro de 1995, os documentos relativos à certificação dos períodos de trabalho prestado naquele país.

2.7.A exponente requereu junto do Serviço Sub-Regional de Lisboa a atribuição do subsídio de desemprego no dia 24 do mesmo mês, tendo junto para o efeito os documentos recebidos dos serviços franceses.

2.8. No dia 20 de Junho de 1995, a exponente foi notificada do indeferimento, com fundamento no facto de ter sido apresentado fora do prazo previsto no art.º nº 37º, nº 2, do Decreto-Lei nº 79-A/89, de 13 de Março.

3. Atentas estas circunstâncias, esta Provedoria de Justiça desenvolveu diversas diligências junto do Serviço Sub-Regional de Lisboa, tendo-se admitido que a questão pudesse ser resolvida após o esclarecimento dos aspectos havidos como convenientes junto dos serviços de segurança social franceses.

4. Na verdade, os factos acima referidos apresentam aspectos contraditórios, sendo certo que importa promover o respectivo esclarecimento em ordem a evitar a frustração da legítima pretensão da exponente de receber o subsídio de desemprego, já que, presentes os elementos disponíveis, reunia todos os requisitos legais para a atribuição daquela prestação.

5. Todavia, esse Centro Regional veio, a informar, através do ofício nº 30.950, de de Março de 1996, que se mantinha o indeferimento da atribuição do subsídio de desemprego.

6. Essa posição assentou, essencialmente, nas seguintes ordens de razões:

6.1. No dia 14 de Novembro de 1994, a exponente se deslocara ao Serviço

Sub-Regional de Lisboa mas apenas solicitara o Modelo E 301 da segurança social portuguesa, comprovativo dos dez dias de trabalho prestado em Portugal, tendo em vista o seu regresso a França.

6.2. No momento da sua deslocação ao Serviço Sub-Regional de Lisboa, a exponente não manifestara a intenção de requerer o subsídio de desemprego em Portugal.

6.3. Os objectivos da exponente não se haviam concretizado pelo que esta havia requerido a atribuição do subsídio de desemprego no dia 24 de Janeiro de 1995, fora do prazo previsto no art.º 37º do Decreto-Lei nº 79-A/89, de 13 de Março.

7. Essa posição foi reiterada através do ofício nº 143.724, de 7 de Outubro de 1998, desse Centro Regional, por se considerar que não existiam elementos novos que justificassem a alteração da decisão.

8. Não posso, porém, deixar de discordar dos argumentos que sustentaram tal decisão.

9. No entanto, aqui não está apenas em causa a mera verificação do cumprimento ou incumprimento do prazo previsto no referido art.º 37.

O que está essencialmente em causa na questão sub judice é a apreciação que esse Centro Regional fez da conduta da interessada. Não se pretende o alargamento do prazo para requerer as prestações nem a criação de situações excepcionais que a Lei não permite, mas a apreciação daquele comportamento com vista a apurar se se subsume na previsão da norma em causa.

10. Ora, essa análise haverá que integrar, para além do mais, uma ponderação à luz dos princípios da prossecução do interesse público e da protecção dos direitos e interesses dos cidadãos, da proporcionalidade e da boa fé.

11. Na verdade, a Administração está vinculada à aplicação de tais princípios, mesmo no caso de a sua actividade comportar o exercício do poder discricionário; isto porque, a esfera da autonomia pública não se restringe ao exercício desse poder ([59]).

Em nenhum domínio da sua actividade - seja mais ou menos vinculada - pode a Administração escapar ao respeito dos princípios gerais que norteiam a sua actividade.

---

[59] A doutrina tem, aliás, vindo a salientar a existência de novas dimensões de autonomia pública, desde logo, as que resultam da interpretação e aplicação da lei. E, neste domínio, não estamos somente perante os casos de utilização, pelo legislador, de cláusulas gerais ou conceitos indeterminados, mas também quando se trata simplesmente da subsunção de uma situação à previsão normativa.

12. Na verdade, se se atentar nos argumentos expendidos por esse Centro Regional, não pode deixar de concluir-se que na apreciação efectuada não só se negligenciaram os referidos princípios como não se acautelou o respeito do princípio da boa fé.

Essa insuficiência manifesta-se, *prima facie*, na definição e apreciação da matéria de facto subjacente à presente questão.

13. Apresenta-se, desde logo, como contraditório ao indeferimento da prestação com fundamento na apresentação extemporânea do requerimento, o facto de a exponente se ter dirigido, tempestivamente, quer aos serviços de segurança social portugueses, quer aos serviços de segurança social franceses.

14. Com efeito, se assim foi, que razões podem explicar que a exponente tenha vindo a requerer a prestação fora do prazo legalmente previsto para o efeito?

15. De acordo com esse Centro Regional (v. ofício nº 30.950, de 4 de Março de 1996) a exponente apenas terá solicitado a emissão do modelo E 301 junto do Serviço Sub-Regional de Lisboa porquanto era sua intenção regressar a França e aí requerer a atribuição do subsídio de desemprego.

E que a exponente teria, entretanto, mudado de ideias, não tendo regressado àquele país, sendo que, quando, então, veio a requerer a prestação junto daquele Serviço Sub-Regional, já se havia esgotado o prazo previsto no art.º 37º do Decreto-Lei nº 79-A/89, de 13 de Março.

16. No entanto, essa versão, para além de não ser suficientemente fundada nos factos, também não explica, coerentemente, o desenvolvimento da situação tal como se veio, efectivamente, a verificar.

17. Com efeito, a intenção de regressar a França, imputada à exponente, baseia-se, apenas, no facto de ela ter solicitado a emissão do modelo E 301 junto do Serviço Sub-Regional de Lisboa; ora, embora essa solicitação possa sugerir essa intenção, não constitui, no entanto, a demonstração dessa vontade.

Sendo que, como se sabe, tal regresso nunca chegou a verificar-se.

Note-se que, independentemente de se saber que esse não era o procedimento adequado à percepção em Portugal da prestação, a remessa aos serviços de segurança social franceses do modelo E 301 no próprio dia em que se verificou a deslocação da beneficiária ao Serviço Sub-Regional de Lisboa não é, também, compatível com essa intenção. No entanto, como adiante referirei, essa remessa apenas terá tido lugar por força da errada convicção da exponente de que se tornava necessária para o efeito acima referido

18. Acresce que, também contrasta com essa versão o facto de a exponente, logo que recebeu a documentação certificativa dos períodos de trabalho prestado em França, ter requerido em Portugal a atribuição da prestação.

Na verdade, ou a exponente mudou a sua intenção exactamente na data em que recebeu esses elementos; ou, tendo-a mudado antes, fica por explicar razão porque não veio, anteriormente requerer a atribuição da prestação, ficando, pura e simplesmente, a aguardar a chegada daqueles elementos .

19. A resposta a esta questão é, no entanto, dada pela própria exponente quando afirma ter sido informada no Centro de Emprego "...que poderia requerer o subsídio de desemprego após envio do modelo E 301 ...a França".

20. Na verdade, essa afirmação da exponente sugere claramente que não estava devidamente informada quanto aos meios e vias de efectivação do seu direito. Isto é, a exponente estaria convicta de que a atribuição do subsídio de desemprego estaria dependente da remessa do modelo E 301 para França.

E, ainda que se questione a verdade dessa afirmação, o que é certo é que a mesma se apresenta como mais coerente com o desenvolvimento dos factos entretanto verificados.

21. Note-se, no entanto, que a conduta da exponente está longe de poder ser considerada negligente.

Nomeadamente, verifica-se que a exponente, nos diversos momentos relevantes no processo, desenvolveu sempre uma conduta diligente, dirigindo-se aos serviços julgados competentes logo que passou a dispor dos elementos necessários ao efeito pretendido.

22. Analisada essa conduta verifica-se, aliás, que, como adiante demonstrarei, a exponente não manifestou extemporaneamente a sua vontade de receber o subsídio de desemprego.

23. Com efeito, na carta dirigida aos serviços de segurança social franceses no dia 14 de Novembro de 1994, a exponente refere:

" Junto remeto o documento necessário (E 301) para obter o subsídio de desemprego".

Ao fazê-lo manifestou, expressa e inequivocamente, a vontade de receber aquela prestação.

24. E essa manifestação de vontade tem que ser considerada eficaz.

Isto porque o legislador europeu acautelou expressamente a possibilidade de os pedidos, declarações ou recursos poderem ser considerados entrados fora dos prazos legalmente previstos para o efeito, por essa entrega se ter processado junto de uma autoridade, instituição ou órgão jurisdicional correspondente de outro Estado-membro.

Com efeito, de acordo com o art.º 86º do Regulamento (CEE) nº 1.408/71 acima referido, a data em que aqueles pedidos, declarações ou recursos foram apresentados a uma autoridade, instituição ou órgão jurisdicional do segundo Estado deverá ser considerada como a data da apresentação à autoridade, instituição ou órgão jurisdicional competente para decidir.

25. O espírito da norma constante no art.º 86º obriga a que, no presente caso, se deva considerar, para efeitos da atribuição do subsídio de desemprego, em Portugal, a data em que a vontade de receber o subsídio de desemprego foi manifestada, por escrito, ao organismo francês, isto é, o referido dia 14 de Novembro de 1994.

26. Pelo que o acto de indeferimento da atribuição do subsídio de desemprego, com fundamento na apresentação do mesmo fora do prazo previsto no art.º 37º, nº 2, do Decreto-Lei nº 79-A/89, de 13 de Março, está afectado pelo vício de violação de Lei.

Em face do exposto, tenho por bem formular a V.Exa. a presente

Recomendação

no sentido de promover a revisão do processo e revogar o acto de indeferimento da atribuição do subsídio de desemprego, com fundamento de mérito, nos termos do art.º 140º, nº1, do Código do Procedimento Administrativo.

Recomendação acatada

A
Sua Excelência
o Secretário de Estado
da Segurança Social e das Relações Laborais

R-2945/92
Rec. n.º 54/A/99
1999.06.18

1. A Senhora A dirigiu-me uma reclamação com fundamento no facto de as prestações que auferia por morte do Senhor B terem sido reduzidas por força da atribuição de prestações de igual natureza à Senhora C, sendo que, de acordo com a recla-

mante, esta pensionista não preenchia os requisitos legalmente exigidos para a atribuição do subsídio por morte e da pensão de sobrevivência.

2. No âmbito da instrução do processo aberto com base na aludida reclamação, concluiu-se que assistia razão à reclamante, essencialmente, porque:

a) o direito a alimentos apenas fora judicialmente reconhecido à Senhora C na vigência do casamento, não se tratando, portanto, da obrigação de alimentos a que se refere o art. 11º do Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de Outubro, que apenas poderá existir entre ex-cônjuges ou separados judicialmente;
b) de acordo com aquela mesma disposição legal, se tornava necessário proceder à prova de que à data da morte do beneficiário, aquela se encontrava efectivamente a receber pensão de alimentos, prova essa que não havia sido exigida pelo Centro Nacional de Pensões.

3. Termos em que foi solicitada ao Senhor Presidente do Conselho Directivo do Centro Nacional de Pensões, através do ofício n.º 1.611, de 24 de Janeiro de 1995, informação quanto à disponibilidade para promover a revisão do processo.

4. Aquele Centro Nacional de Pensões veio, no entanto, a manifestar-se negativamente quanto àquela possibilidade, através do ofício n.º 7.904, de 3 de Abril de 1996, por entender que, após o divórcio, se manteve a obrigação de alimentos atribuída à Senhora C na constância do casamento e a sentença judicial que os havia fixado constituía prova bastante desse direito.

5. O parecer que sustentou aquela decisão era, no entanto, manifestamente improcedente e revelava uma evidente contradição não só com o essencial dos regimes das obrigações alimentícias, como, também, com posições anteriormente assumidas pelo Centro Nacional de Pensões.

Acresce que, nada se referiu quanto à prova de que o cônjuge divorciado, à data da morte, estava a receber de facto pensão de alimentos.

6. Atentas essas circunstâncias, dirigi, em 9 de Junho de 1997, ao Senhor Presidente do Conselho Directivo do Centro Nacional de Pensões a Recomendação n.º 44/A/97, cuja cópia se junta (doc. n.º 1).

7. O Centro Nacional de Pensões, através do ofício n.º 20.533, de 23 de Julho de 1997, comunicou a decisão de não acatar aquela recomendação, sendo que, porém, não foram aduzidos quaisquer argumentos novos quanto à questão de fundo; com efeito, apenas se acrescentou, quanto à prova do recebimento da pensão de alimentos por

parte do cônjuge divorciado, que o facto de o Sr. B não ter declarado, em sede de IRS nos anos de 1989 a 1991, o pagamento de qualquer pensão de alimentos nada prova relativamente à percepção ou não percepção de tal pensão por parte da sua ex-mulher Senhora C.

8. Atento o teor desta resposta, não pude deixar de reiterar a recomendação anteriormente formulada, o que fiz através do ofício n.º 14.874, de 2 de Setembro de 1997, cuja cópia se junta (doc. n.º 2).

9. O Centro Nacional de Pensões manteve a decisão de não acatar a recomendação, sendo que, conforme resulta do ofício n.º 8.418, de 19 de Março de 1998 que comunicou aquela decisão, não se pronunciou, mais uma vez, quanto às questões de fundo que suscitei a propósito da situação sub judice.

10. Na verdade, sendo certo que está em causa o preenchimento dos dois requisitos previstos no art.º 11º do Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de Outubro, aquele Centro limitou-se a referir : " ...julgamos que a ex-cônjuge fez prova que lhe estava judicialmente fixada uma pensão de alimentos definitivos cujo obrigado era o Senhor B.

Ora a existência de tal sentença faz presumir o recebimento de pensão, salvo prova em contrário.

Acresce que a senhora C declarou expressamente que a referida pensão de alimentos sempre lhe foi paga até à morte do Senhor B, não tendo, a nosso ver, a viúva feito prova em contrário".

11. Verifica-se, pois, que, à semelhança do que aconteceu anteriormente, o Centro Nacional de Pensões desconheceu objectivamente as razões que aduzi para demonstrar a diferente natureza da obrigação alimentícia existente na constância do matrimónio e a que pode subsistir entre ex-cônjuges.

12. Por esse motivo, salienta-se, antes de mais, que se mantêm os argumentos que me levaram a considerar não estar preenchido o requisito da existência da obrigação da prestação de alimentos à Sra. C.

13. É, pois, sem prejuízo desse entendimento que passo a abordar a questão relativa aos elementos que, de acordo com aquele Centro, demonstram o recebimento efectivo de uma pensão de alimentos por parte daquela beneficiária à data da morte.

14. A propósito desta matéria, aquele Centro informou que esse processo incluiu uma presunção fundada na fixação judicial de uma pensão de alimentos "definitivos" e numa declaração expressa da interessada, acrescentando-se que, para além disso, a viúva não fizera prova em contrário.

15. Presentes esses elementos, verifica-se, no entanto, que, se outra razão não houvesse, bastaria a manifesta insuficiência da prova produzida para fundamentar a alteração por mim recomendada.

16. Com efeito, desde logo, não foi tido em conta que a prova do recebimento efectivo da pensão de alimentos competia à interessada Senhora C conforme decorre do art.º 342º, n.º 1, do Código Civil; não fazendo, pois, qualquer sentido invocar que, no âmbito do processo de atribuição das prestações em causa a viúva, Senhora A, não havia feito prova do contrário!

17. Por outro lado, nesta matéria, não existe qualquer presunção legal que legitime a ilação tirada pelo Centro Nacional de Pensões.

O legislador, ao autonomizar, no art.º 11º do Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de Setembro, os dois requisitos cumulativos, partiu, aliás, do pressuposto exactamente contrário, isto é, de que a verificação do primeiro - existência de uma decisão judicial - não significava, necessariamente, a verificação do segundo - recebimento efectivo da pensão nela fixada à data da morte.

A presunção invocada do Centro Nacional de Pensões, para além de, por natureza, não constituir, em si própria, um meio de prova, atentas as razões atrás referidas, não podia, nem devia, portanto, ter sido estabelecida.

18. Chegados a este ponto, verifica-se que o único meio de prova que sustentou a decisão do Centro Nacional de Pensões foi a declaração da interessada.

Ora, essa declaração é manifestamente insuficiente em ordem a demonstrar a realidade cuja verificação se tornava necessário comprovar.

19. Assim sendo, é imperativo concluir que a atribuição das prestações por morte à Sra. C teve lugar sem que se verificasse nenhum dos requisitos previstos no art.º 11º do Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de Setembro, razão porque, a decisão que a determinou foi afectada por vício de violação de Lei.

Atento o exposto,

Recomendo

no sentido de Vossa Excelência transmitir ao Centro Nacional de Pensões orientações no sentido de os actos de atribuição à Senhora A das prestações por morte do Senhor B serem alterados de modo a que os respectivos valores coincidam com os inicialmente fixados, sem prejuízo da competente actualização.

Recomendação sem resposta

Ao
Exmº Senhor
Presidente da Direcção da Escola Profissional de Arte de Mirandela

R-5213/98
Rec. n.º 55/A/99
1999.06.22

1. Como é do conhecimento de V.Exa, o Senhor A, que exerceu as funções de professor de Violoncelo e Prática Orquestral nessa Escola Profissional, dirigiu-me uma reclamação relativa ao não cumprimento, por parte dessa Escola, do acordo judicial celebrado, no dia 28.09.98, no Tribunal Judicial da Comarca de Matosinhos e homologado por despacho da Mmª Juíza nesse mesmo dia.

2. O referido acordo judicial teve por objectivo resolver em definitivo um diferendo que, desde 1996, opunha a partes. Nessa medida, foi ali acordado, antes de mais, que as partes punham termo ao contrato de trabalho docente que entre ambos vigorava, a partir de 31 de Agosto de 1998, tendo sido fixada a verba total líquida em dívida ao reclamante a título de retribuições emergentes daquele contrato, bem como as datas em que seriam efectuados os pagamentos correspondentes.

Adicionalmente, ficou estabelecido, na cláusula sexta do mesmo acordo, que "Em termos fiscais, e para efeitos assistenciais, a Ré procederá em conformidade com a natureza do contrato".

3. Convidada essa Escola a pronunciar-se sobre o alegado incumprimento do acordo judicial, foi comunicado a este órgão do Estado, através do ofício nº 25/99, de 3.02.99, que o pagamento dos valores acordados, embora tardiamente, havia já sido regularizado, nada se referindo, porém quanto à situação do reclamante em termos de segurança social. Mais tarde, após nova insistência, foi transmitido aos serviços da Provedoria, através do ofício nº 80/99, de 20.04.99, que até ao final do mês o assunto estaria resolvido, facto que, todavia, não se veio a confirmar.

Foi, pois, com surpresa que, recentemente, por ofício de 11.05.99, com o nº 106/99, os serviços que dirijo foram informados que a Direcção dessa Escola entende "não haver lugar a qualquer pagamento de custos decorrentes de natureza fiscais ou assistenciais".

4. Com efeito, o acordo judicial celebrado em 28.09.98 é claro no sentido de

que a Direcção dessa Escola reconheceu a existência de um contrato de trabalho docente celebrado com o reclamante, ao qual as partes puseram termo a partir de 31 de Agosto.

Considerando o disposto no artigo 1º do Regime Jurídico do Contrato Individual de Trabalho (D.L. nº 49.408, de 24 de Novembro de 1969), contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade intelectual ou manual a outra pessoa, sob autoridade e direcção desta.

Por outro lado, a cláusula sexta do mesmo acordo, ao impor à Ré .... a obrigação de proceder em conformidade com a natureza do contrato para "efeitos assistenciais", não pode ter outro significado que não seja o da protecção social do docente a todos os níveis.

Ora, o regime de previdência relativo ao pessoal docente do ensino não superior, particular e cooperativo acha-se regulado pelo disposto nos Decretos-Lei nºs 321/88, de 22 de Setembro, 179/90, de 5 de Junho, Portaria nº 1/89, de 2 de Janeiro e ainda pelos artigos 19º e 43º do recém publicado Decreto-Lei nº 199/99, de 8 de Julho. Por pessoal docente só pode, evidentemente, considera-se o que estava vinculado a esse estabelecimento de ensino por contrato de trabalho.

Da aplicação daqueles diplomas resulta para os estabelecimentos de ensino não superior, particular e cooperativo a obrigação de contribuírem, por um lado, para a Caixa Geral de Aposentações com quantias iguais às quotas deduzidas nas remunerações do respectivo pessoal docente, ou seja 10% do respectivo vencimento (vide artigos 9º e 10º do D.L nº 321/88, de 22 de Setembro e Portaria nº 1/89 de 2 de Janeiro), tendo em vista assegurar aos mesmos o direito às prestações mediatas (protecção na velhice, invalidez e sobrevivência). Por outro lado, a obrigação de tais entidades empregadoras pagarem contribuições para o regime geral de segurança social calculadas à taxa de 10% (vide art. 4º do D.L. nº 170/90, de 5 de Julho e art. 19º e 43º do D.L. 199/99, de 8 de Junho), tendo em vista o direito de os mesmos poderem aceder às prestações imediatas (encargos familiares, doença, maternidade, doença profissional e desemprego).

5. Certo é, porém, que, até à presente data, a situação mantém-se inalterada no que concerne à regularização da situação do reclamante perante a Caixa Geral de Aposentações e perante a Segurança Social, não tendo essa Escola pago as contribuições que permanecem em dívida àquelas entidades, nem procedido à entrega à Caixa Geral de Aposentações dos descontos que efectuou nas retribuições pagas ao reclamante, nos

termos da cláusula segunda do acordo judicial, as quais ascendem ao montante total de 7.500.00$00 líquidos.

Esta situação evidencia não só um manifesto incumprimento do acordo judicial, mas também de uma obrigação que decorre da própria Lei e que, a não ser regularizada, acarreta grave prejuízo para o reclamante ao não ver contado o tempo em que exerceu funções docentes nessa Escola como tempo efectivo de serviço, para todos os efeitos legais.

6. Acresce ainda referir que, após contacto estabelecido junto da ADSE, foi possível apurar que, até à presente data, não foi assinado entre essa Escola e aquela entidade qualquer acordo, nos termos previstos no artigo 8º do Decreto-Lei 321/88, de 22 de Setembro, destinado a fixar as condições em que os docentes respectivos podem adquirir a qualidade de beneficiários da ADSE e gozar dos benefícios por esta assegurados.

Nessa medida, foram indevidos e ilegais os descontos efectuados no vencimento do reclamante e destinados à ADSE, durante todo o ano de 1995 e até Julho de 1996.

7. Em face do exposto,

Recomendo

a Vossa Excelência:

a) a regularização imediata da situação do reclamante no âmbito dos regimes de protecção social por que está abrangido – regime de protecção social da função pública e regime geral de segurança social – no período compreendido entre o início do contrato de trabalho docente e 31 de Agosto de 1998, data da cessação do mesmo, procedendo essa Escola ao pagamento de todas as contribuições que permanecem em dívida;

b) a entrega à Caixa Geral de Aposentações dos descontos efectuados nas retribuições emergentes daquele contrato de trabalho docente e pagas ao reclamante nos termos da cláusula segunda do já referido acordo judicial;

c) a devolução das quantias indevidamente descontadas no vencimento do reclamante a título de quotas para a ADSE, durante todo o ano de 1995 e até Julho de 1996.

Recomendação sem resposta

Ao
Exm.º Senhor
Director do Serviço Sub-Regional de Viseu
do Centro Regional de Segurança Social do Centro

R-3788/98
Rec. n.º 57/A/99
1999.07.08

1. A beneficiária..., dirigiu-me uma reclamação na qual se insurge contra a aplicação, no âmbito do processo contra-ordenacional nº 97-00861, de uma coima, no valor de 50.000$00, pela prática da contra-ordenação prevista e punível nos termos do art.º 10º do Decreto-Lei nº 64/89, de 25 de Fevereiro.

2. A situação de facto relevante resume-se, essencialmente, ao seguinte:

2.1. A beneficiária foi despedida da empresa onde trabalhava no dia 31 de Dezembro de 1996.

2.2. Inscreveu-se no Centro de Emprego de Lamego no dia 3 de Janeiro de 1997.

2.3. Nesse mesmo dia, requereu a atribuição do subsídio de desemprego na Delegação desse Serviço Sub-Regional em Lamego.

2.4. No dia 10 de Janeiro de 1997 reiniciou a sua actividade profissional por conta de outrem na empresa "Sociedade Geral de Limpezas".

2.5. No dia 15 desse mesmo mês de Janeiro entregou naquela Delegação de Lamego a declaração do início do exercício de actividade profissional e de vinculação a uma nova entidade patronal.

2.6. Foi-lhe instaurado o processo de contra-ordenação nº 97-00861 pela prática da contra-ordenação prevista e punível nos termos do art.º 10º do Decreto-Lei nº 64/89, de 25 de Fevereiro, tendo sido notificada da acusação em 19 de Junho de 1997.

2.7. Apesar de notificada da acusação, a exponente não exerceu, desde logo, o seu direito de defesa.

2.8. No dia 25 de Novembro de 1997, a exponente foi notificada da decisão que lhe aplicava uma coima no valor de 50.000$00.

2.9. Na sequência da recepção dessa notificação, veio impugnar essa decisão através de carta entrada nesses serviços em 4 de Dezembro de 1997.

2.10. Nessa carta alegou em sua defesa a entrega, na Delegação desse Serviço Sub-Regional sita em Lamego, no dia 15 de Janeiro de 1997, de uma declaração de iní-

cio do exercício de actividade profissional e de vinculação a uma nova entidade patronal.

2.11. O processo contraordenacional instaurado à exponente veio a ser remetido ao Tribunal do Trabalho de Viseu, em 26 de Maio de 1998, para execução da coima aplicada à exponente.

2.12. A exponente veio a pagar a coima em sede de processo de execução.

3. A questão que, essencialmente, se suscita no presente processo é o da aplicação à exponente da coima no valor de 50.000$00 pela prática da a contra-ordenação prevista e punível nos termos do art.º 10º do Decreto-Lei nº 64/89, de 25 de Fevereiro, isto é, o exercício de actividade profissional durante o período de concessão do subsídio de desemprego.

4. Esse Serviço Sub-Regional, conforme resulta do ofício nº 16.360, de 1 de Março de 1999, fundamenta a instauração e processamento do processo contraordenacional em "razões de fundo", as quais se prendem com a alegada omissão por parte da exponente do cumprimento da obrigação de comunicar aos serviços de segurança social de um facto determinante da suspensão do pagamento do subsídio de desemprego, em cumprimento do art.º 47º, nº 1, al. a), do Decreto-Lei nº 79-A/89, de 24 de Dezembro.

5. É certo que a beneficiária, ao reiniciar a sua actividade profissional, por força do disposto no artº 47º, nº 1, al. a), daquele diploma legal, estava obrigada a proceder àquela comunicação. No entanto, ao contrário do sustentado por esse Serviço Sub-Regional, discordo que se possa sustentar que a beneficiária tenha omitido aquela obrigação.

6. Com efeito, constitui facto comprovado o de a beneficiária ter comunicado à Delegação de Lamego desse Serviço Sub-Regional, no 15 de Janeiro de 1997, o início do exercício de actividade profissional e de vinculação a uma nova entidade patronal em cumprimento do disposto no art. 3º do Decreto-Lei nº 124/84, de 18 de Abril, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei nº 201/95, de 1 de Agosto.

7. É indiscutível, também, que o reinício da actividade profissional se constitui como um facto determinante da suspensão do pagamento das prestações de desemprego, termos do art.º 27º, nº 1, al. do Decreto-Lei nº 79-A/89, de 24 de Dezembro.

8. Ora, assim sendo, não pode deixar de reconhecer-se que, ao efectuar a comunicação prevista no art. 3º do Decreto-Lei nº 124/84, de 18 de Abril, a exponente comunicou, simultaneamente, um facto determinante da suspensão do pagamento do subsídio de desemprego, dando cumprimento ao art.º 47º, nº 1, al. a), do Decreto-Lei nº

79-A/89, de 24 de Dezembro.

Com efeito, a comunicação efectuada pela beneficiária dava, materialmente, cumprimento às obrigações previstas nas duas normas jurídicas acima referidas.

9. O que levou, pois, a que se considerasse que a exponente não tinha dado cumprimento a uma daquelas normas e, nomeadamente, ao disposto no art.º 47º, nº 1, al. a), do Decreto-Lei nº 79-A/89, de 24 de Dezembro? Apenas e tão só o facto de a exponente não ter procedido a duas comunicações autónomas.

10. No entanto, nada legitima essa exigência, a qual, aliás, viola, desde logo, o princípio da desburocratização e da eficiência constante no art. 10º do Código do Procedimento Administrativo ([60]).

Com efeito, este é um exemplo evidente da exigência de um formalismo inútil – a necessidade de fazer duas declarações idênticas do mesmo facto ao mesmo serviço da Administração Pública.

11. E o que é curioso é que o legislador admitiu que a declaração prevista no Decreto-Lei nº 124/84, de 18 de Abril, também produzisse efeitos no que diz respeito à atribuição do subsídio de desemprego.

Na verdade, de acordo com a redacção introduzida pelo Decreto-Lei nº 201/95, de 1 de Agosto, ao art.º 4º, nº 5, do referido Decreto-Lei nº 124/84, a falta de declaração do início do exercício de actividade profissional determinava para o trabalhador a obrigação de "...devolver à segurança social os subsídios de desemprego ou doença recebidos desta relativamente ao período em que se encontrava em trabalho efectivo, sem prejuízo de outras sanções previstas na Lei."

Assim sendo, se em caso de incumprimento da obrigação de comunicar o início do exercício de actividade profissional o beneficiário está obrigado a devolver as

[60] Veja-se quanto ao alcance deste princípio, a nota III, a pag. 132, do "Código do Procedimento Administrativo", 2ª edição, de Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e J. Pacheco de Amorim, de acordo com a qual "A celeridade, a economia e a eficiência das suas decisões são parâmetros em função dos quais a Administração deve pautar o seu poder de conformação do procedimento administrativo. Não se lhe exige nem que seja temerosa (mas expedita) nem complexa (mas económica) nem «picuinhas» ou burocrática (mas eficiente).
E nisto da desburocratização e eficiência, vai sintetizado muito da essência do procedimento administrativo, como vectores fundamentais que são do princípio da informalidade.
Existindo para proteger interesses públicos fundamentais, sejam os interesses dos particulares que se realizam através do procedimento sejam os da comunidade, com uma função de garantia inderrogável, o procedimento administrativo deve avançar - no que não bula com essa garantia - informalmente, isto é, sem arreigo a formas

importâncias recebidas a título de subsídio de desemprego relativas ao período em que se encontrava em trabalho efectivo e à instauração dos procedimentos sancionatórios (nomeadamente contraordenacionais) tendentes à aplicação das sanções legalmente previstas para a violação daquela obrigação, a contrario, haverá, necessariamente, que entender-se que o beneficiário que der cumprimento àquela obrigação não poderá ser objecto de instauração dos referidos procedimentos sancionatórios.

12. Acresce, para além disso, que a comunicação efectuada pela exponente não está, também, afectada por qualquer vício de forma.

Isto porque, se é certo que a comunicação a que refere o art. 3º do Decreto-Lei nº 124/84, de 18 de Abril, devia revestir obrigatoriamente a forma específica prevista no ponto 1.1. do Despacho Normativo nº 123/84, de 22 de Junho, também é verdade que não existe exigência legal quanto à forma que deve revestir a comunicação prevista no art. 47º, nº 1, al. a), do Decreto-Lei nº 79-A/89, de 24 de Dezembro.

13. Na verdade, a partir do momento em que aquela comunicação foi efectuada e os serviços ficaram na posse da informação que os habilitava a proceder quer para uns, quer outros efeitos, ficando a eficácia da formulação da comunicação dependente da organização e funcionamento desses próprios serviços.

Não pode, pois, a responsabilidade por uma eventual frustração dos objectivos que presidiram à consagração da obrigação relativa às comunicações ser assacada à beneficiária.

14. É, pois, neste contexto que entendo não se ter verificado a prática da contra-ordenação prevista e punível nos termos do art. 54º, nº 1, do Decreto-Lei nº 79-A/89, de 13 de Março.

15. No entanto, apesar de se fundamentar a instauração e processamento do processo contraordenacional em causa em "razões de fundo" que, como vimos, se prenderam com a omissão imputada à exponente de ter omitido do dever previsto no art.º 47º, nº 1, al. a), do Decreto-Lei nº 79-A/89, de 24 de Dezembro, não foi a violação dessa norma legal que originou o processo contraordenacional instaurado à beneficiária.

16. Com efeito, o processo contraordenacional nº 97-00861 foi instaurado com base na imputação à beneficiária da prática da contra-ordenação prevista e punível nos termos do art.º 10º do Decreto-Lei nº 64/89, de 25 de Fevereiro, isto é, o exercício de

especiais ou pré-determinadas, como as circunstâncias recomendarem para a decisão vir atempadamente e capaz para produzir o seu melhor efeito."

actividade profissional durante o período de concessão do subsídio de desemprego

17. A imputação à beneficiária da prática desta contra-ordenação, atentas as razões aduzidas, não tem qualquer fundamento.

18. Com efeito, como se disse, se a comunicação do reinício de actividade não foi tida em conta para efeitos da suspensão do subsídio de desemprego, tal anomalia apenas pode ser imputada à deficiente organização e funcionamento dos serviços e não a culpa da exponente.

19. Na verdade, o objectivo do legislador ao consagrar como dever dos beneficiários o de comunicar às instituições de segurança social os factos susceptíveis de determinar a suspensão ou cessação das prestações de desemprego e, ao mesmo tempo, prever a aplicação de sanções para o caso de incumprimento dessa obrigação, foi o de prevenir e evitar processos de recebimento fraudulento do subsídio de desemprego.

Ora, sendo certo que a beneficiária comunicou, tempestivamente, o reinício da sua actividade profissional, esta sua conduta não só denota a diligência da sua parte, como, também, afasta qualquer suspeição quanto à eventual intenção de receber fraudulentamente a prestação em causa.

Com efeito, como V.Exa. saberá, se fosse essa a intenção da beneficiária não teria, certamente, procedido à comunicação relativa ao reinício de actividade.

20. A situação sub judice obriga, no entanto, a que se considere, ainda, o próprio desenvolvimento do processo contraordenacional em causa.

É que, para além do mais, atentos os elementos disponíveis, ter-se á verificado um grave prejuízo do direito de defesa da beneficiária.

21. Isto porque, embora a beneficiária não tenha exercido, durante a instrução do processo, o seu direito de defesa, o que é certo é que impugnou a decisão administrativa que aplicara a coima, em momento prévio ao respectivo trânsito em julgado.

22. Com efeito, a exponente foi notificada da decisão administrativa no dia 25 de Novembro de 1997 e impugnou a mesma através de carta entrada nesses serviço no dia 4 de Dezembro do mesmo ano.

Essa impugnação haverá que considerar-se tempestiva, porquanto, de acordo com o disposto no art. 59º, nº 3, do Decreto-Lei nº 433/82, de 27 de Outubro, tinha um prazo de vinte dias para o fazer.

23. Ora, nessa circunstância, esse Serviço Sub-Regional, por força do disposto no art.º 62º, ns. 1 e 2, do referido Decreto-Lei nº 433/82, apenas podia tomar uma de

duas atitudes: ou revogava, no prazo de cinco dias, a decisão de aplicação da coima, ou, remetia os autos ao Ministério Público, para efeitos de recurso.

24. No entanto, verifica-se que esse Serviço Sub-Regional, apesar da decisão de aplicação da coima não ter transitado em julgado ([61]) , remeteu o processo, em 26 de Maio de 1998, para execução, ao Tribunal do Trabalho de Viseu.

25. Este procedimento, para além de violar as normas legais acima referidas, constituiu, como referi, um grave prejuízo do direito de defesa expressamente previsto no art.º 32º, nº 10, da Constituição da República Portuguesa.

26. Atento o contexto a que atrás referi, à luz dos princípios da prossecução do interesse público no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, da boa fé e da justiça, justifica-se que seja devolvido à exponente o valor da coima aplicada.

27. Sendo que, nada obsta a que essa devolução possa ter lugar. Com efeito, o dever de proceder a essa devolução assume a natureza de uma obrigação natural, o que significa que o Estado não pode ser judicialmente obrigado a cumpri-la, mas que se o fizer não estará a cometer qualquer ilegalidade.

Com efeito, as obrigações naturais, conforme refere Menezes Cordeiro (Obrigações, 1980, 1.º - 321) "...são autênticas obrigações perfeitas, apenas se distingindo das restantes por o seu regime não permitir a execução. Têm três características: a) fundamento em mero dever de ordem moral ou social; b) correspondendo a um dever de justiça; c) de cumprimento não judicialmente exigível."

Em face do exposto,

Recomendo

no sentido de proceder à devolução à beneficiária do valor de 50.000$00, correspondente à coima aplicada no âmbito do processo contraordenacional nº 861/97.

Recomendação sem resposta

[61] Veja-se a esse propósito o art.º 88º, nº 1, do Decreto-Lei nº 433/82, de 27 de Outubro.

Ao
Magnífico Reitor da Universidade de Évora

R-908/99
Rec. n º 67/A/99
1999.08.04

1. Como é do conhecimento de V. Ex.ª, tem esta Provedoria de Justiça vindo a analisar algumas irregularidades suscitadas no âmbito do concurso de mudança de curso para Medicina Veterinária.

Na sequência da instrução do processo, que incluiu a troca de diversa correspondência e a deslocação às instalações da Universidade de dois colaboradores meus, foi possível apurar que o problema se coloca quanto à admissão de quatro alunos, sobre o que me cumpre pronunciar, pelas competências que me estão legalmente atribuídas.

Assim, em causa está a admissão dos alunos A., B., C. e D..

2. As irregularidades apontadas variam conforme os casos, pelo que é preferível apreciar separadamente as diversas situações.

a) A

O aluno ficou seriado inicialmente no 26.º lugar com a classificação de 16,3 valores, vindo a ser posteriormente colocada após revisão do processo de candidatura.

Segundo informação prestada por ofício dessa Universidade, o aluno contestou o seu resultado de concurso, por não ter sido considerada de forma correcta a sua média de 12.º ano.

Essa reclamação terá sido atendida, na sequência do que se passou a considerar o valor de 18,3 como nota de candidatura ao concurso, nota superior à do último candidato colocado.

Por essa razão foi criada uma vaga adicional para o aluno.

Da consulta ao processo do aluno, foi possível apurar que a média do 12º ano que constava no processo foi a que posteriormente veio a ser considerada. Por outro lado, não constava do processo do aluno qualquer cópia da reclamação que alegadamente apresentou a contestar o procedimento adoptado na sua seriação.

A colocação do aluno, nos termos transcritos, suscita sérias reservas.

Antes de mais por não proceder a razão indicada para se ter alterado a posição de concurso da aluna.

Com efeito, o artigo 6.º, n.º 3, alínea a) do Regulamento dos Regimes de Transferência, Mudança de Curso e Reingresso determina que os candidatos à mudança de curso serão seriados de acordo com a médias das classificações obtidas nas disciplinas específicas fixadas para o curso em que se pretende ingressar.

Só em caso de empate após a aplicação deste critério, se recorre, nos termos da alínea b) do preceito regulamentar indicado, à média do 12.º ano.

Ora, o aluno não estava empatado com nenhum outro candidato após a aplicação do primeiro critério de seriação: o aluno precedente apresentava uma classificação média das disciplinas específicas de 16,5 pontos, a aluna em apreço de 16,3 e o candidato seguinte 15,0.

Nessa medida não seria necessário recorrer ao critério de desempate, sendo este irrelevante para a classificação de concurso do aluno. Assim, a Universidade, ao proceder desta forma, classificou o aluno segundo um critério diferente do utilizado para os restantes candidatos, o que resultou em manifesto benefício daquele. Benefício obviamente injusto.

Os elementos existentes permitem concluir que a colocação do aluno se ficou a dever, no mínimo, a um erro na apreciação da suposta reclamação apresentada pelo aluno, na sequência do que se considerou erradamente ter a mesma direito a aceder ao curso.

Nesse contexto, considero ter sido a colocação do aluno ilegal, por violar o Regulamento do concurso, não atendendo aos termos de ordenamento dos candidatos, previsto no artigo 6.º, n.º 3 e ss., e o procedimento de colocação subsequente.

b) e c) B. e C..

Estes dois alunos foram colocados inicialmente em 39.º e 49.º lugar, com a média de, respectivamente, 14,5 e 9 valores.

No final do mês de Setembro, numa altura em que estava já concluído o período de candidatura, foi decidido por V. Ex.ª "dar prioridade" aos candidatos ao concurso que pertencessem "aos órgãos" ou à Associação Académica, sendo, nesse ano, aplicada tal medida a título experimental.

Assim, os alunos aqui em apreço foram colocados, por serem, ou terem sido, membros dirigentes da Associação, em vagas extraordinárias, já que as médias apresentadas não permitiam o ingresso por meio do concurso, como se viu, já que a média apresentada pelo último candidato colocado foi de 18 valores.

A apreciação deste ponto deverá ser precedida de alguns esclarecimentos, que

permitam enquadrar normativamente a questão.

Assim, a Lei regula de forma exaustiva todas as formas de preenchimentos de vagas novas que sejam disponibilizadas no ensino superior, designadamente, mas não só, no ensino superior público.

Antes de mais, no acesso ao ensino superior, cujo regime está contido no Decreto-Lei n.º 28-B/96, de 4 de Abril. Aqui se fixam os princípios e regras gerais a observar nas espécies de concursos existentes: concurso geral de acesso, destinado a todos os alunos que tenham concluído regularmente o curso secundário, concursos especiais de acesso, destinado aos titulares do exames extraordinário de avaliação, vulgo ad-hoc, a titulares de cursos médios e superiores e a alunos de cursos superiores estrangeiros, e, por último, os regimes especiais de acesso, destinados a candidatos que, pela sua especial condição, se entendeu dever atribuir "condições especiais de acesso" (cfr. artigo 45.º do Decreto-Lei n.º 28-B/96).

Todos estes meios de ingresso estão regulamentados nas Portarias n.º 505-A/99, de 15 de Julho, 293/96, de 24 de Julho 317-B/97, de 29 de Julho, respectivamente.

A Lei também regulamenta o procedimento a adoptar nos casos de alunos que se pretendam transferir de estabelecimento, mudar de curso ou reingressar num curso não concluído, ocupando vagas novas criadas para o efeito.

O respectivo regime está, como se sabe, contido na Portaria 612/93, de 29 de Junho, com a redacção que lhe foi conferida pela Portaria n.º 317-A/96, de 29 de Julho.

Estes concursos revestem carácter local, sendo aqui conferida uma ampla margem de manobra aos estabelecimentos de ensino, que fixam não só o número de vagas a disponibilizar para cada concurso, mas também os critérios de seriação a utilizar.

Resulta da ampla e exaustiva regulamentação da matéria que a Lei quis chamar a si a definição dos vários tipos de acesso autorizados, subtraindo este assunto às atribuições de outros agentes do sistema de ensino superior, sejam eles pertencentes à Administração sejam os próprios estabelecimentos de ensino.

Por outras palavras, a tipologia dos meios de acesso ao ensino superior reveste carácter taxativo, devendo a ela ater-se o formalismo seguido na admissão em cursos superiores de quaisquer novos alunos.

De igual modo, são fixadas as exactas competências dos diversos agentes de ensino, cujas atribuições, em matéria de ingresso de novos alunos, se hão-se restringir

às que decorram das formas de acesso previstas na Lei.

Nesses termos, quando a direcção de uma universidade determina a colocação de um aluno numa vaga de um curso, recorrendo para tanto a um procedimento não previsto na Lei, o acto será inválido por carecer de qualquer base legal que o autorize. A este respeito não será pertinente invocar-se a autonomia administrativa e pedagógica dos estabelecimentos, já que esta também está condicionada pelo quadro normativo a que se reporta a matéria aqui em causa.

De modo especial, estarão os estabelecimentos vinculados ao princípio do concurso, que resulta como elemento essencial dos regimes normais de acesso ao ensino superior.

Foi aquela situação que se verificou no caso dos alunos agora em apreço:

Com efeito, foi ilegal a decisão de se admitir a título experimental e à margem de qualquer concurso, candidatos que por alguma razão, ainda que válida, se entendeu deverem merecer tratamento especial, por padecer esta decisão do vício de violação de Lei.

d) D

Este aluno foi inicialmente colocado no 26.º lugar. Apresentou uma reclamação no dia 8 de Outubro.

Esta reclamação foi indeferida, por despacho de 15 de Janeiro de 1999, por "os prazos e quotas terem sido ultrapassados" – embora a reclamação tenha sido apresentada em tempo.

Em 13 de Janeiro, o aluno torna a apresentar uma reclamação, alegando terem sido colocados candidatos com médias inferiores à sua.

Esta reclamação foi também indeferida com fundamento na extemporaneidade da sua apresentação, por despacho datado de 21 de Janeiro e comunicado ao aluno no dia 26 do mesmo mês.

Não obstante esse indeferimento, o aluno apresentou-se à frequência das aulas do curso de Medicina Veterinária.

Subsequentemente, em 3 de Fevereiro, é apresentado a V. Ex.a pelo Senhor Vice-Reitor Senhor V. um requerimento propondo a abertura de uma vaga suplementar destinada ao aluno, no sentido de "não prejudicar as naturais expectativas criadas" no mesmo.

Esta proposta foi aceite, por despacho de V. Ex. ª de 6 de Fevereiro, lamentando, todavia, a "ocorrência de situações que impõem decisões extraordinárias".

A Provedoria de Justiça solicitou que se informasse por que motivo se entendeu criar esta vaga adicional, tendo sido comunicado que a situação se ficou a dever ao facto de o parecer jurídico com base no qual a pretensão do aluno foi indeferida, "não se ajustar ao conteúdo do requerido" – supõe-se que por se referir apenas a questões formais -, tendo criado no aluno "a expectativa de aceitabilidade" do seu pedido, em atenção à qual a vaga terá sido criada.

Da factualidade exposta, conclui-se que este aluno foi colocado também, não em atenção ao procedimento fixado para o concurso, mas por outras razões, ligadas a supostas expectativas acalentadas pelo aluno, relativamente ao ingresso no curso.

Não tendo sido observado nenhum dos procedimentos legalmente previstos para a colocação de novos alunos, a apreciação a fazer neste caso, reconduz-se em larga medida, às considerações atrás feitas a respeito dos candidatos B e C: o despacho que ordenou a sua colocação é inválido, por violação de Lei, já que não apresenta qualquer base legal.

Devo dizer, aliás, que a explicação avançada para o sucedido se afigura absolutamente incompreensível. As supostas expectativas não tinham a menor razão de ser, por não terem qualquer suporte no despacho em que alegadamente se haviam fundado, que se limitou, e bem, a referir que o pedido do aluno tinha sido extemporâneo e portanto não poderia ser atendido. Resta salientar que a regra vigente não é do deferimento tácito, mas a do indeferimento tácito, pelo que nunca o aluno poderia presumir que a sua pretensão havia sido ou iria ser aceite.

3. Os actos acima referidos, por via dos quais se determinou a colocação dos quatro candidatos no curso de Medicina Veterinária são assim inválidos, padecendo do vício de violação de Lei.

Neste caso, a invalidade gera a anulabilidade dos actos.

Da aplicação conjugada dos artigos 136.º e 141.º do Código do Procedimento Administrativo resulta que os actos administrativos anuláveis apenas podem ser revogados com fundamento na sua invalidade e no prazo de respectivo recurso contencioso.

O n.º 2 do artigo 141.º refere ainda que, existindo prazos diferentes para o recurso contencioso, "atender-se-á ao que terminar em último lugar". O prazo mais dilatado de recurso contencioso é de um ano , pelo que, no caso vertente, decorre ainda o prazo legal para se revogarem as colocações.

4. Para além do exposto, entendo que as colocações aqui questionadas são,

além de ilegais, injustas e, por outro lado, inaceitáveis pelo precedente que criam.

São injustas, porque permitiram a colocação de alunos que não apresentaram médias suficientes para acederem ao curso, ultrapassando outros colegas que, não tendo também sido colocados, não reclamaram desse facto – alguns dos quais, aliás, tinham média superior aos candidatos colocados.

A decisão de se admitirem todos os candidatos membros da Associação de Estudantes, além de claramente desproporcionada, por abranger qualquer aluno, independentemente da sua média, e não estar restringida a um número limitado de vagas, foi ainda injusta por não ter sido atempadamente conhecida dos seus destinatários, mas apenas após o período de inscrições ter expirado, beneficiando apenas aqueles que já se tivessem inscrito.

A colocação de D foi discricionária, por não atender a qualquer motivo válido, correspondendo a uma decisão pontual e individualizada pouco compatível com os critérios de transparência e imparcialidade que devem nortear a actuação dos estabelecimentos de ensino superior.

Por outro lado, admitir-se a manutenção destas colocações constituiria um lamentável e perigoso precedente, invocável por todos os candidatos que tenham reclamado ou venham a reclamar, neste concurso ou em concursos futuros.

5. Por estas razões entendo que deverão ser revogadas as colocações dos quatro candidatos acima referidos, sendo os mesmos reencaminhados para os seus cursos de origem.

Deverão ser adoptadas as medidas necessárias para que, tanto quanto possível sejam minimizados os prejuízos que essa revogação represente para os alunos implicados.

6. Antes de concluir, não posso deixar de lamentar a forma superficial e confusa como todo este processo foi dirigido por parte dessa Universidade, revelador do desconhecimento das regras imperativas vigentes nesta matéria e de uma concepção distorcida do que deve ser o acesso ao ensino superior, quer na criação do critério de admissão para alunos membros da Associação de Estudantes, quer depois na tentativa de rectificação das situações que foram surgindo.

No que a este assunto diz respeito, não estamos, por enquanto, na posse de todos os elementos para avaliar a eventual responsabilidade criminal.

7. Em face do exposto, e ao abrigo das competências que me são conferidas pelo artigo 20.º, alínea a) da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

a V. Ex.ª que sejam revogadas as colocações dos alunos acima identificados no curso de Medicina Dentária dessa Universidade, retomando os mesmos a frequência dos cursos em que estavam inicialmente inscritos.

Recomendação sem resposta

Ao
Exm.º Senhor
Presidente do Conselho de Administração da A.R.S. do Alentejo

R- 1093/98
Rec. n.º 69/A/99
1999.09.20

1. Em 4.3.98 foi-me dirigida uma exposição pelo Senhor..., nos termos da qual o exponente alega ter-se visto obrigado a recorrer a internamento em estabelecimento particular para realização de intervenção cirúrgica a patologia benigna da próstata, em virtude de um tempo de espera superior a vinte e oito meses para realização da mesma intervenção no Hospital José Joaquim Fernandes, em Beja.

2. No entanto, a sua pretensão de reembolso da importância despendida em clínica convencionada não foi satisfeita pela Sub-Região de Saúde de Beja.

3. No âmbito da instrução do presente processo, foi contactado o Hospital José Joaquim Fernandes, de Beja, que enviou a este órgão do Estado cópia das fichas clínicas do reclamante, bem como indicação de que o tempo de espera para realização do tipo de intervenções em causa (tumor benigno da próstata) é superior a noventa dias, conforme documento de que anexo fotocópia.

4. Foi ainda contactada a Sub-Região de Saúde de Beja com vista à reapreciação da pretensão do reclamante à luz do Despacho n.º 16/86, de 26 de Maio, do Ministro da Saúde.

Não obstante, a Sub-Região de Saúde de Beja manteve a decisão de não reembolsar ao reclamante a quantia em causa, argumentando não terem sido cumpridos os requisitos formais estabelecidos no referido despacho ministerial.

5. Não posso deixar de discordar da justeza de tal decisão, atentos os seguintes factos:

5.1. O Senhor...., na altura com 81 anos, foi atendido de urgência no Hospital de Beja em 4.1.95, data em que foi algaliado.

5.2. Nessa ocasião o doente não ficou internado para ser submetido a intervenção cirúrgica porquanto prestava assistência indispensável a sua mulher, diabética, com ambas as pernas amputadas; assim, por necessitar de providenciar que outra pessoa assegurasse tal assistência a sua mulher, solicitou que lhe fosse marcada intervenção cirúrgica para um dos dias seguintes.

5.3. No dia 10.1.95 o doente ter-se-á dirigido de novo ao Hospital, onde lhe foi dito não haver vaga para internamento.

5.4. O reclamante continuou a ser seguido naquele Hospital, constando no respectivo processo clínico, em 20.10.95, inscrição para prostatectomia.

5.5. Em 23.10.96, provavelmente em virtude do falecimento de sua mulher, foi registado na sua ficha clínica que não havia "impedimento social para ser operado", tendo o reclamante ficado em lista de espera para intervenção cirúrgica. De todo o modo, o reclamante afirma que, se antes dessa data, e a partir de 10.1.95, lhe tivesse sido proposta a realização da intervenção cirúrgica, o teria aceite.

5.6. Em virtude de estar algaliado por tão longo período de tempo, o doente padeceu de diversas infecções urinárias.

5.7. Em 13.5.97, e na ausência de qualquer convocatória para consulta pré-operatória por parte do Hospital, o reclamante efectuou uma prostatectomia na Clínica de Santo António, na Amadora, estabelecimento que celebrou acordo de convenção no âmbito do SNS.

5.8. Desde o momento em que consta no processo clínico do reclamante que este deixou de ter impedimento social para ser operado e ficou em lista de espera (23.10.96) até à data da intervenção cirúrgica (13.5.97) decorreram cerca de seis meses e meio, sendo certo que desde que mostrou disponibilidade para ser internado no Hospital José Joaquim Fernandes para realização da cirurgia em causa (10.1.95) decorreram mais de dois anos, durante os quais esteve algaliado.

5.9. O reclamante apenas voltou a ser chamado pelo Hospital, eventualmente para realização de cirurgia, no segundo semestre de 1997.

6. Exposta a situação de facto, atente-se agora no disposto no Despacho n.º 16/86, de 26 de Maio.

Este Despacho dispõe que o acesso dos utentes do Serviço Nacional de Saúde aos cuidados de internamento prestados pelos estabelecimentos empresariais de hospitalização privada contratada seja feito através de consulta prévia aos hospitais de rede oficial, competindo às Administrações Regionais de Saúde solicitar aos hospitais da sua área informação sobre a sua capacidade de resposta, em tempos médios.

Sempre que a capacidade de resposta exceda três meses, será emitida pela ARS uma credencial que permitirá ao utente aceder a um estabelecimento privado convencionado da sua escolha.

Por outro lado, o número 7 deste Despacho dispõe que "é reconhecido ao utente o direito de, nos casos em que seja ultrapassado o prazo referido no n.º 3 (prazo de três meses), solicitar a sua transferência para um estabelecimento privado contratado".

7. Verifica-se, assim, que todos os requisitos materiais estabelecidos por este Despacho se encontram satisfeitos no caso em apreço, assinalando-se ainda que a intervenção foi praticada em estabelecimento convencionado. Com efeito:

a) Estamos perante uma situação de internamento hospitalar;

b) O Serviço Nacional de Saúde não podia dar resposta à situação do reclamante em tempo inferior a três meses, conforme atesta o documento junto,

c) O reclamante estava inscrito para realização de intervenção cirúrgica há mais de seis meses, muito embora se encontrasse efectivamente em espera há mais de dois anos, pelo que tinha o direito de solicitar a sua transferência para estabelecimento privado contratado.

8. É certo que o reclamante não procedeu em conformidade com o formalmente prescrito, mas será legítimo considerar que este deveria ter procedido diferentemente?

Na verdade, nenhuma das entidades a quem o reclamante se dirigiu o informou das alternativas de que disporia, desde logo o Hospital de Beja, muito embora este estabelecimento tivesse conhecimento preciso de uma situação que se arrastava há vários anos, e reconhecesse não ter capacidade para a resolver a breve trecho, quer por se tratar de uma patologia não urgente, quer por ter o seu serviço de cirurgia em obras (vide documento anexo).

9. Afigura-se que esta omissão de informação por parte do Hospital de Beja contradita o princípio da colaboração que deve pautar a relação entre a Administração e

os particulares. De facto, cumpre à Administração prestar aos particulares as informações e os esclarecimentos de que estes careçam, o que não sucedeu no caso em apreço.

10. Por outro lado, se atentarmos que o reclamante recorreu durante diversos anos ao S.N.S. sem que a sua situação fosse resolvida, e sem que lhe fosse apresentada qualquer alternativa, afigura-se manifestamente desproporcional o sacrifício que lhe é imposto pelo simples facto de não terem sido observados determinados preceitos formais.

Por não se ter dirigido previamente à ARS do Alentejo, o reclamante tem de suportar integralmente o custo de uma intervenção cirúrgica que lhe deveria ter sido facultada pelo Serviço Nacional de Saúde, em última análise nos termos do disposto no Despacho n.º 16/86, pelo que não se afigura ser a lesão infligida ao reclamante proporcional e justa, relativamente ao interesse público que se pretende prosseguir (já que, de um lado, temos a lesão do direito à saúde, do outro, o mero respeito por um procedimento formal) .

11. Em face do exposto,

Recomendo

Seja reembolsada ao reclamante, mediante apresentação dos respectivos documentos comprovativos, a quantia de 753.881$00 (setecentos e cinquenta e três mil, oitocentos e oitenta e um escudos) por si despendida com internamento em estabelecimento privado contratado para realização de intervenção cirúrgica em 13.5.97 na sequência de incapacidade de resposta por parte do Serviço Nacional de Saúde, nos termos do Despacho n.º 16/86, de 26 de Maio.

Recomendação acatada

A
Sua Excelência
o Secretário de Estado da Segurança Social e das Relações Laborais

R-778/98
Rec. n.º 70/A/99
1999.09.28

1. Conforme referido anteriormente, a beneficiária n.º..., suscitou junto desta Provedoria de Justiça a questão da cumulabilidade das prestações de desemprego com as pensões atribuídas ao abrigo do Decreto-Lei nº 362/78, de 28 de Novembro, na se-

quência do indeferimento do requerimento, apresentado em 16 de Junho de 1997, através do qual solicitara a atribuição do subsídio social de desemprego subsequencial.

2. Com efeito, dado que a beneficiária é pensionista da Caixa Geral de Aposentações e tem vindo a receber uma pensão de aposentação atribuída ao abrigo do Decreto-Lei nº 362/78, de 28 de Novembro (com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 23/80, de 29 de Fevereiro) a sua pretensão foi indeferida com base no disposto no art.º 33º do Decreto-Lei nº 79-A/89, de 13 de Março, então em vigor.

3. De acordo com essa norma legal, as prestações de desemprego não eram cumuláveis com prestações compensatórias da perda de remuneração de trabalho, nem com prestações de pré-reforma.

4. A questão que se suscitava era, pois, a da cumulabilidade entre a pensão em causa e as prestações de desemprego, pelo que se tornava necessário, antes de mais, analisar o contexto normativo então em vigor nessa matéria e saber em que medida se verificava uma aplicação simultânea de diferentes leis a um mesmo risco social, protegido por diversos regimes do mesmo sistema ou de diferentes sistemas de protecção social.

5. Essa análise não pode, no entanto, restringir-se ao disposto no supra referido art.º 33º do Decreto-Lei nº 79-A/89, de 13 de Março.

Com efeito, nela haverá que ter em conta, também, a natureza das pensões em causa, bem como as normas relativas à cumulabilidade das mesmas, insertas no próprio Decreto-Lei nº 362/78, como, ainda, os princípios orientadores estabelecidos no art.º 15º da Lei de Bases da Segurança Social quanto à matéria.

6. Começando por estes últimos, verifica-se que o art.º 15 dessa Lei integra três princípios orientadores:

- de acordo com o primeiro, verifica-se a impossibilidade da cumulação de prestações emergentes do mesmo facto ou contingência, desde que se reportem ao mesmo interesse protegido;
- de acordo com o segundo, as prestações emergentes de diferentes eventualidades têm o seu regime de acumulação regulado em cada caso, isto é, na legislação relativa a cada uma delas, dependendo de vários factores a consideração da existência ou não de interesses diferentes a proteger;
- finalmente, de acordo com o terceiro princípio, podem ser tomadas em conta prestações concedidas por outros regimes de segurança social, quer

nacionais, quer estrangeiros.

7. Atento o primeiro desses princípios, cumpre, pois, avaliar em que medida, no caso concreto, se está em presença de prestações emergentes do mesmo facto ou contingência.

8. As pensões de aposentação em causa foram atribuídas aos funcionários e agentes das ex-províncias ultramarinas que contassem cinco anos de serviço e houvessem efectuado descontos para aquele efeito, ainda que não fossem já subscritores na data da independência do território em que estavam colocados.

9. Verifica-se, pois, que a atribuição dessas pensões resulta da verificação de três requisitos:

- o primeiro, de que se tratasse de funcionários e agentes das ex-províncias ultramarinas;
- o segundo, de que esses funcionários ou agentes contassem cinco anos de serviço;
- finalmente, o terceiro, de que houvessem efectuado descontos para efeitos de aposentação.

10. A atribuição das prestações em causa não se encontra, pois, condicionada pela verificação de factos ou eventualidades como a velhice ou a invalidez, nem mesmo o desemprego involuntário.

Nessa medida, não pode deixar de concluir-se que a impossibilidade de acumulação das pensões atribuídas ao abrigo do Decreto-Lei nº 362/78 não resulta do primeiro dos princípios acima referidos.

11. Importa, pois, avaliar em que medida essa impossibilidade resulta do segundo daqueles princípios, de acordo com o qual a possibilidade de cumulação das prestações emergentes de diferentes eventualidades haverá que ser aferida face ao regime de acumulação previsto na legislação relativa a cada uma delas.

12. Ora , o regime de cumulação previsto no Decreto-Lei nº 362/78, de 28 de Novembro, apenas afasta, à partida, a possibilidade de acumulação quanto às pensões atribuídas ao abrigo do respectivo artº 4º, nº 1.

Tal não acontece, no entanto, quanto às pensões atribuídas ao abrigo do seu art.º 1º, nº 1, que foi o caso da exponente.

13. Significa isto que essas pensões podem ser acumuladas com outras prestações, salvo quando essa impossibilidade resultar do regime da prestação com a qual, em concreto, se suscitar a questão da cumulação.

14. Ora, no caso concreto, a questão suscitou-se quanto às prestações de desemprego, pelo que, a possibilidade de cumulação há que ser aferida face ao disposto no art.º 33º do Decreto-Lei nº 79-A/89, de 13 de Março. De acordo com essa norma, as prestações de desemprego não são acumuláveis com outras prestações compensatórias da perda de remuneração de trabalho nem com prestações de pré-reforma.

15. Assim sendo e dado que as pensões em causa não são confundíveis com prestações de pré-reforma, a questão inicialmente colocada restringe-se à necessidade de determinar se a pensão recebida pela reclamante se consiste numa prestação cuja natureza é compensatória da falta de remuneração do trabalho.

16. Nessa apreciação importa, antes de mais, recordar o contexto histórico em que foi decidido adoptar a medida legislativa que veio estabelecer a possibilidade de atribuição das pensões em causa.

17. Esse momento coincidiu com o período imediatamente subsequente à fase final do processo de descolonização, durante o qual, como se sabe, se verificou o regresso a Portugal de um número muito significativo de pessoas vindas das antigas colónias portuguesas.

Essas pessoas para além de se encontrarem, muitas vezes, em precária situação económica, estavam, na maior parte dos casos, socialmente desinseridas.

Tornou-se, pois, necessário dar resposta às necessidades que resultavam desses défices, sendo que, a reintegração sócio económica dessas pessoas constituiu o objectivo essencial a atingir, conforme, aliás, reconhece expressamente o legislador no preâmbulo do DL 210/90, de 27 de Junho que veio revogar o Decreto-Lei nº 363/86, de 30.10, ao referir que se tratou de "uma medida de carácter temporário e excepcional, destinada a acudir a situações de carência decorrentes da descolonização".

18. Faço, aliás, notar a Vossa Excelência que o próprio Supremo Tribunal Administrativo reconhece, no Acórdão de 3 de Julho de 1997, a excepcionalidade desse regime, referindo:

> "Com aquele regime quis notoriamente o legislador dar àqueles funcionários da ex-administração ultramarina, que, apesar de terem servido o Estado Português durante um período de tempo considerado relevante e de terem feito descontos para a aposentação, mas com acesso legalmente vedado ao quadro geral de adidos, a possibilidade de obterem uma pensão de aposentação com regime especial e excepcional, e algum modo reparadora de situações de desprotecção

social e desigualdade derivadas da descolonização." ( ).

19. É, aliás, essa excepcionalidade, reportada a situações de carência e não apenas a uma mera perda de capacidade de ganho, que permite explicar a excepcionalidade da concepção, estrutura e objectivos dessas prestações quando comparadas com outras prestações consagradas no ordenamento jurídico da segurança social.

20. Com efeito, as prestações em causa não vieram dar resposta às eventualidades que, no âmbito dos diversos regimes de segurança social, fundamentam tipicamente a atribuição das pensões de reforma/aposentação, isto é, a velhice ou a invalidez.

Ao contrário destas, em que se visa assegurar a protecção face a eventualidades que se constituem como fortes condicionantes da continuação do exercício de uma actividade profissional ou, mesmo, o seu final, as pensões em causa, ao serem atribuídas a quem apenas exerceu a sua actividade durante, pelo menos, cinco anos e sem que essa atribuição esteja dependente de nenhuma eventualidade daquele tipo, assentam, necessariamente, num pressuposto diferente.

21. Na verdade a situação subjacente à atribuição destas pensões é totalmente diferente da situação referenciada no ofício desse Gabinete nº 9.648, de 21 Julho de 1999, porque não pode ser reconduzida a uma "...cessação do exercício de funções com a consequente perda de ganho", nem a acumulação desta pensão com o exercício de uma actividade profissional pode fundamentar-se "...como pagamento de exercício de capacidades remanescentes..."

22. É, pois, essencial compreender que neste caso não se está perante uma situação típica de aposentação em que se verifique uma mera cessação de funções e a consequente perda de ganho.

Recorrendo, mais uma vez, ao Acórdão do S.T.A. atrás citado, veja-se que nele se refere expressamente que "tratando-se de um regime especial, só são aplicáveis as normas do regime geral para que expressamente remete e eventualmente outras que com ele não se mostrem incompatíveis."

23. Não está, igualmente, em causa uma compensação cujo objectivo se prenda com a protecção na eventualidade desemprego.

Isto porque, para além do diploma que instituiu as prestações não fazer especificamente referência a essa eventualidade, sendo irrelevante que os beneficiários estivessem ou não a exercer uma actividade remunerada, o regime então consagrado quanto à respectiva atribuição é estruturalmente diverso do aplicável às situações de desemprego.

24. Atenta a letra da lei, bem como os outros elementos interpretativos, não é permitido ao intérprete reconduzir a uma razão simples a fundamentação que presidiu à atribuição das prestações em causa.

A situação que, então, se apresentava ao legislador era, pelo contrário, bastante complexa, sendo igualmente múltiplas e complexas as razões a que importava obviar, sendo esse contexto que se constitui como impedimento da identificação como único ou principal objectivo do legislador a consagração de uma mera compensação da perda de remuneração de trabalho.

25. É, também por força desse contexto que não é sustentável a impossibilidade de cumulação das pensões com as prestações de desemprego em razão da matéria ou da eventualidade.

26. Acresce que, para além disso, sustentar-se a inacumulabilidade das prestações em causa seria admitir que a beneficiária estava simultaneamente obrigada a pagar a protecção relativa a uma eventualidade e impedida de dela beneficiar.

27. Com efeito, a beneficiária, durante o período compreendido entre Junho de 1986 e Abril de 1993, esteve enquadrada no regime geral de segurança social dos trabalhadores por conta de outrem, tendo a obrigação contributiva efectivamente preenchida pela reclamante abrangido a protecção no desemprego.

O regime de inacumulabilidade em causa é, pois, na terminologia utilizada pelo julgador, incompatível com o regime das pensões em causa.

28. Essa situação é, aliás, tanto ou mais injusta que, conforme é referido no ofício desse Gabinete nº 9.648, de 21 Julho de 1999, o legislador sentiu a necessidade de introduzir no Decreto-Lei nº 199/99, de 8 de Junho, a possibilidade de pagamento das contribuições com base em taxas reduzidas.

29. Diga-se, aliás, que, como é certamente do conhecimento de Vossa Excelência, a questão da cumulabilidade das prestações em causa foi já debatida no âmbito de uma reunião havida entre representantes desse Gabinete e desta Provedoria, no dia 22 do passado mês de Fevereiro.

Nessas oportunidade, foi, desde logo, manifestado pelos representantes desta Provedoria que se tornava necessário clarificar o regime em vigor, que razões de justiça aconselhavam, de jure condendo, a adopção de um regime moderado pela possibilidade de os beneficiários optarem por uma das duas prestações ou pela possibilidade de o valor das pensões ser deduzido no valor das prestações de desemprego a que os beneficiá-

rios tivessem, eventualmente, direito.

De acordo com o então informado, esta possibilidade iria ser colocada à consideração de Vossa Excelência.

30. No entanto, veio a verificar-se que a norma introduzida quanto à matéria no Decreto-Lei nº 119/99, de 14 de Abril, embora tenha, de facto, procedido à clarificação que se impunha, fê-lo pela negativa, isto é, afastou definitivamente a possibilidade de cumulação das pensões com as prestações de desemprego.

31. Ora, conforme resulta das razões anteriormente aduzidas, da aplicação deste regime, sem mais, resultam situações manifestamente injustas, sendo a introdução da possibilidade da aplicação de taxas reduzidas aos pensionistas o reconhecimento evidente de que se torna necessário evitar os efeitos perversos resultantes de uma obrigação contributiva para qual, à partida, não existe qualquer contrapartida específica.

32. No entanto, ainda que, ao contrário do ora sustentado, se entender que se verifica uma situação de dupla protecção, haverá, pelo menos, que evitar os efeitos manifestamente perversos da aplicação, sem mais, do actual regime de acumulação.

Com efeito, não existe qualquer razão de interesse público que obste à solução anteriormente apresentada como forma de evitar esses efeitos perversos, admitindo-se, nestes casos, a possibilidade de ao valor da prestação de desemprego ser deduzido o valor da pensão, ou, simplesmente, admitir a possibilidade de o beneficiário optar por uma ou outra prestação. Saliente-se que as pensões em causa foram atribuídas há muito tempo com base em pouco tempo de serviço (exactamente porque não eram verdadeiras pensões de velhice) pelo que o seu valor é reduzido.

33. Em face do exposto,

Recomendo

a Vossa Excelência:

a) que transmita aos Serviços Regionais de Segurança Social as orientações que viabilizem a revisão do processo de atribuição do subsídio social de desemprego subsequencial à beneficiária;

b) a introdução de uma alteração legislativa que venha prever a possibilidade de o valor das pensões atribuídas ao abrigo do art.º 1º, nº 1, do Decreto-Lei nº 362/78, de 28 de Novembro, serem deduzidas ao valor das prestações de desemprego a que os beneficiários eventualmente tenham direito.

Recomendação não acatada

Ao
Exm.º Senhor
Presidente do Fundo de Apoio ao Estudante

R-2702/99
Rec. n º 72/A/99
1999.09.29

1. No presente processo é apreciada a situação de um aluno que, por lapso, instruiu de forma deficiente a sua candidatura à atribuição de bolsa de estudo destinada a alunos do ensino superior particular e cooperativo, em virtude do que viu ser-lhe recusada a atribuição da bolsa.

2. A Provedoria de Justiça solicitou ao Fundo de Apoio ao Estudante que, face à evidente boa fé manifestada pelo reclamante e considerando alguns aspectos de natureza jurídica que deveriam ser equacionados a este propósito, informasse em que medida seria possível a reapreciação do processo do reclamante

Em resposta, constante do ofício acima indicado, informaram esses Serviços não ser possível proceder a nova apreciação do processo uma vez que a adopção de um procedimento excepcional iria criar um precedente indesejável, por ser significativo o número de casos em que as candidaturas foram indeferidas por falta de instrução do processo, e cujos processos não foram completados por o Fundo de Apoio não ter capacidade para, em tempo útil, contactar os respectivos candidatos e instá-los a juntar os documentos em falta.

3. Antes de me pronunciar sobre o caso em apreço, devo manifestar o agrado com que tenho acompanhado o desempenho do Fundo de Apoio ao Estudante, cuja existência tem permitido elevar a qualidade do sistema de apoio social no ensino superior, designadamente ao nível do sistema particular e cooperativo, sendo de registar a evolução notória que tem vindo a ser aplicada no sistema de bolsas, quer no que diz respeito ao número de bolseiros e ao volume de verbas afectas a esse fim, quer à celeridade e eficácia crescente com que os numerosos processos de candidatura, quer de novos bolseiros quer de antigos, têm vindo a ser apreciados.

4. Posto isto, importa apreciar o caso em análise.

Entendo que, mau grado as explicações avançadas, a situação do reclamante merece um procedimento especial que, conformando-se com a Lei, permita alcançar de modo mais perfeito os objectivos a que o Fundo de Apoio está vinculado.

Esta posição assenta na convicção de que o processo do aluno está juridicamente viciado, mas sobretudo no facto de que as circunstâncias específicas aqui verificadas justificam a adopção de um procedimento diferente do até aqui perfilhado por esse Fundo de Apoio.

Assim,

5. O Código do Procedimento Administrativo consagrou de forma ampla e diversificada o dever de cooperação da Administração para com os particulares, configurando-o como um vector fundamental do processo administrativo.

Antes de mais, pela introdução do princípio da boa-fé como princípio geral da actividade administrativa (cfr. artigo 6.º), por via do qual está a Administração vinculada ao dever de promover as diligências necessárias em fase prévia à tomada de posição, a fim de qualquer decisão a tomar seja sempre a que no, caso concreto, se mostre mais justa e conveniente.

O princípio da participação dos particulares nos procedimentos administrativos que lhe digam respeito, previsto no artigo 8.º do Código do Procedimento Administrativo, representa igualmente uma evolução marcante para a actividade administrativa, tendente a possibilitar a mais ampla cooperação entre a Administração e os administrados e, nessa medida, a elevação da eficácia e da justiça nas decisões a tomar pelo Estado.

O Código do Procedimento Administrativo contém diversos afloramentos deste princípio, entre os quais se incluem dois que, no caso vertente, se afiguram particularmente pertinentes: o direito à informação, de que decorre ainda o dever de se informar os particulares relativamente às deficiências encontradas nos requerimentos apresentados (cfr. artigos 61.º, n.º 2 e 76.º, n.º 1), e o direito de audiência prévia dos interessados (cfr. artigos 100.º ss.), aplicável também nos procedimentos especiais .

6. No caso vertente, verifica-se que o aluno foi, numa fase inicial, instado a completar o seu processo, por via da apresentação de uma certidão de liquidação do imposto. Por erro, o candidato juntou um documento diferente do que lhe foi solicitado. Não foi realizada qualquer outra diligência junto do aluno, tendo a sua candidatura vindo a ser indeferida. O aluno reclamou desta decisão, tendo na ocasião apresentado novamente o documento que erradamente supunha estar em falta. A reclamação foi indeferida sem mais, com base na deficiente instrução do processo. Só no final do ano lectivo foi apresentado ao Fundo de Apoio a certidão pedida.

7. Nestas circunstâncias, entendo que o direito de participação e de informação não receberam aqui a observância desejável.

É verdade que o aluno foi notificado para completar o seu processo.

Mas, independentemente disso, não posso deixar de registar que, depois de enviar um documento diferente do que lhe foi solicitado, o aluno nunca foi devidamente alertado para o equívoco em que incorreu, nem antes da publicação dos resultados do concurso, nem depois, apesar de ter enviado reclamação da sua decisão onde mais uma vez se evidenciava o lapso verificado.

De igual modo, o reclamante não foi auscultado antes da tomada de decisão, nem mesmo nos termos mais flexíveis contidos no artigo 103.º, n.º 1, alínea c).

Assim sendo, o acto em apreço é ilegal, padecendo do vício de violação de Lei, em virtude do qual será anulável.

Repare-se que, a ter havido qualquer tipo de comunicação prévia ao candidato acerca da decisão que iria recair sobre a sua candidatura, na qual se explicitasse o motivo da mesma, é razoável admitir que a sua situação se alteraria, por ter existido mais uma oportunidade para que, em devido tempo, o processo fosse completado.

8. Independentemente das considerações jurídicas que ficaram tecidas, entendo que a situação em apreço merece ser revista, por se verificarem circunstâncias particulares, que permitem distinguir o caso deste candidato dos demais que não entregaram os documentos que lhes foram solicitados para complemento dos respectivos processos.

Antes de mais, a evidente boa-fé do candidato, comprovada não só pelo reiterado envio do documento que julgava em falta, mas também pela apresentação, ainda que já fora de tempo, do certificado necessário, não se vislumbrando motivos menos claros que pudessem ter motivado o atraso verificado.

Por outro lado, a própria entrega do documento em falta, mesmo tardia, não pode deixar de se considerar significativa, conferindo a este caso concreto contornos particulares: é sabido que a atribuição de bolsas está condicionada à verificação de uma situação de efectiva carência económica por parte dos bolseiros; em geral, será razoável que um candidato a quem tenha sido solicitado a remessa de algum elemento para complemento do seu processo e que não tenha satisfeito correctamente esse pedido, não veja a sua candidatura merecer sequência, por a atitude adoptada manifestar uma situação pouco compatível com a de necessidade premente que a atribuição da bolsa pressupõe; no caso em apreço, porém, não foi isso que sucedeu, verificando-se antes que o candidato foi tão diligente quanto poderia ter sido, tendo o seu esforço apenas sido prejudicado por um erro de compreensão do que lhe foi pedido; tal erro não oculta, no

entanto, o empenho e o vigor colocados na tentativa de obtenção de bolsa, tornando efectivamente injusta a sua não atribuição, tanto mais que se sabe representar a mesma, em muitos casos, um recurso indispensável para o prosseguimento dos estudos em condições minimamente aceitáveis.

Aliás, de algum modo, o Fundo de Apoio ao Estudante percebeu a idiossincrasia deste caso, recebendo pessoalmente o candidato e expondo-lhe os motivos pelos quais o processo não poderia ser reaberto, procedimento que por certo não foi repetido com todos os outros candidatos na sua situação.

Entendo, nesses termos, que a não atribuição da bolsa, em atenção ao precedente criado não se justifica, não devendo esse motivo prevalecer sobre a justiça que representa a satisfação da pretensão do candidato.

9. Compreendo as razões invocadas por V. Ex.ª para a necessidade de uma apreciação célere dos processos e registo as dificuldades resultantes da escassez de recursos humanos disponíveis para o tratamento de um número tão elevado de candidaturas.

Tive, aliás, já ocasião de exprimir o meu apreço pelo facto de o processo de apreciação de bolsas ter revelado uma evolução importante, no que respeita ao prazo com que as candidaturas são apreciadas.

Não obstante, de tais dificuldades não pode resultar um prejuízo para os particulares, de tal modo que se esteja perante uma violação do princípio da proporcionalidade. Com efeito, no caso vertente, a não concessão de bolsa (eventualmente devida) ao interessado representaria uma lesão de um particular (desproporcionalmente) superior ao benefício alcançado pelo interesse público.

10. Atento o exposto, e ao abrigo dos poderes que me são legalmente pelo artigo 20.º, n.º 1, alínea a) do Estatuto do Provedor de Justiça, contido na Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

a V. Ex.ª que o processo de candidatura a bolsa de estudo para o ano lectivo de 1998-1999 por parte do candidato em epígrafe seja revisto, atribuindo-se a bolsa em causa se assim se justificar nos termos dos critérios de seriação aplicados aos demais candidatos.

Recomendação não acatada

Ao
Exm.º Senhor
Presidente do Júri Nacional de Exames

R-3766/99
Rec. n.º 77/A/99
1999.11.03

1. Como é do conhecimento de V. Ex.ª, foram-me apresentadas reclamações por parte das alunas A. e B, que contestam a revogação dos despachos que haviam decidido favoravelmente as reclamações por si apresentadas no âmbito da prova em epígrafe. Tais revogações tiveram por fundamento o facto de o professor especialista que reapreciou as provas não ter seguido as instruções de correcção e classificação emanadas do Gabinete de Avaliação Educativa (GAVE), relativamente a uma das questões colocadas no exame.

2. Entendeu V. Ex.ª que a apreciação da reclamação assim realizada constituía um acto ilegal porquanto, "de acordo com os normativos que regulam os exames nacionais do ensino secundário, os critérios do GAVE têm de ser obrigatoriamente cumpridos por todos os intervenientes no processo".

Nesse contexto, foram os actos considerados anuláveis, nos termos do artigo 135.º do Código do Procedimento Administrativo, ocorrendo a sua revogação ao abrigo dos artigos 141.º, n.º 1 e 142, n.º 1 do mesmo diploma.

3. Entendo, no entanto, que a actuação descrita não pode deixar de se considerar incorrecta, atendendo às considerações que passo a enunciar. Antes, porém, importa esclarecer que o problema apenas se coloca neste momento relativamente à aluna A (que não foi colocada no curso de Medicina por dois pontos), já que a aluna B foi colocada no curso que representava a sua primeira preferência.

4. O acto inválido por violação de Lei é aquele que surge desconforme a um comando legal em relação ao qual o mesmo esteja subordinado.

Pressupõe, portanto, a existência de uma norma jurídica aplicável no caso concreto, que vincule a Administração, a qual conformará a sua actuação ao teor da norma em causa.

Tais normas deverão, naturalmente, constar de instrumento adequado, de modo a poderem ser conhecidas dos seus destinatários, criando neles a convicção de obrigatoriedade relativamente ao seu acatamento.

5. Ora, no quadro normativo que rege a realização de exames do ensino secundário, em lado algum se refere que os critérios do GAVE são vinculativos para os correctores das provas nem delas resulta que a sua observância constitui requisito de legalidade na correcção das provas. De igual modo, a Lei não remete para quaisquer critérios a elaborar por algumas das entidades responsáveis no processo de avaliação dos alunos do secundário.

Podendo fazê-lo, o legislador optou por não adoptar um regime de padronização geral e necessário dos critérios de correcção, aos quais se devessem ater todas as correcções realizadas.

Assim sendo, os critérios do GAVE revestem, à luz das normas aplicáveis, carácter meramente indicativo, cuja inobservância por parte dos correctores não gera, por si só, qualquer irregularidade da correcção realizada nem, desta forma, a invalidade do acto que a homologue.

6. Repare-se que os professores correctores não poderão naturalmente usar de arbitrariedade ou discriminação nas avaliações que realizarem, sendo antes exigível que desempenham a sua função com o rigor e a isenção devidos.

Mas isso não quer dizer que se tenham de conformar necessariamente aos critérios do GAVE, os quais, como se disse, surgem com carácter facultativo e orientador.

Assim, e não sendo apontadas outras circunstâncias passíveis de gerar qualquer outro vício nas classificações em apreço, as mesmas serão válidas e legítimas à luz do enquadramento legal aplicável, sendo igualmente válidos os subsequentes deferimentos das reclamações, emitidos ao abrigo do ponto 44.4 do Regulamento dos Exames.

7. Saliente-se que os critérios de correcção, porque dotados de eficácia meramente interna, não chegam a integrar o bloco de legalidade que está ínsito no princípio da conformação dos actos ao Direito. Com efeito, tais directrizes reflectem-se apenas nas classificações que os correctores irão atribuir às provas, sendo que estas classificações mais não são do que meros pareceres técnicos, sobre os quais incidirá posteriormente um acto de homologação do presidente do Júri Nacional de Exames.

8. Do exposto se conclui, pois, que o fundamento invocado por V. Ex.ª para a revogação em causa é, essencialmente, de mérito.

Esta conclusão torna-se mais evidente se atentarmos na natureza do juízo que está subjacente àquela decisão. Assim, na correcção das provas, o dever de boa administração impõe que se prossigam dois objectivos: por um lado que a classificação obedeça a critérios cientificamente válidos e, por outro, que se garanta a máxima uniformi-

zação dos procedimentos de avaliação. Ora, quer um quer outro destes princípios - que poderão por vezes colidir -, configuram diferentes facetas do interesse público em presença, pelo que a opção em concreto por um deles corresponde ao exercício do dever de boa administração. O controlo deste exercício faz-se não no domínio da legalidade mas do mérito.

9. Como se sabe, o Código do Procedimento Administrativo diferencia o regime de revogabilidade dos actos administrativos, conforme estes sejam válidos ou inválidos.

No primeiro caso, condiciona-se a admissibilidade da revogação à manutenção dos direitos e interesses legalmente protegidos, nos termos do artigo 140, n.º 1, alínea a).

No caso vertente, o acto que deferiu a reclamação das alunas veio elevar a classificação final do exame e, consequentemente, a respectiva média de acesso ao ensino superior das alunas.

A sua revogação, nos termos em que tomou lugar, não foi pois legítima, por contrariar o disposto no já referido artigo 140.º, n.º 1, alínea b).

10. O Provedor de Justiça não é insensível às preocupações de justiça e equidade que se colocam a este respeito, designadamente no que respeita à necessidade de, nos exames nacionais, os alunos serem avaliados com critérios tão uniformes quanto possível.

Essa preocupação não deverá, no entanto e antes de mais, justificar a adopção de procedimentos contrários à Lei. Por outro lado, entendo ser a todos os títulos desejável que qualquer rectificação a fazer neste contexto salvaguarde, na medida do possível, as legítimas expectativas dos alunos, situação que aqui manifestamente não sucedeu, tanto mais que o acto revogado (aliás, sem qualquer aviso) foi praticado pelo órgão máximo com competência nesta matéria, facto que justificaria nas alunas acrescida convicção na sua manutenção.

Atento o exposto, e ao abrigo dos poderes que me são legalmente pelo artigo 20.º, n.º 1, alínea a) do Estatuto do Provedor de Justiça, contido na Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

a V. Ex.ª que seja retomado o acto que deferiu a reclamação apresentada pelas alunas ao abrigo do ponto 44.4. do Regulamento de Exames, revogando-se o acto que revogou

este deferimento.

Deste facto deverá ser dado conhecimento à Direcção dos Serviços de Acesso ao Ensino Superior, a fim de esta proceder à devida rectificação da situação de concurso das alunas.

Recomendação não acatada

A
Sua Excelência
o Secretário de Estado da Segurança Social
e das Relações Laborais

R-1125/95
R-3523/96
R-192/98
R-1245/98
R-2621/98
R-2854/98
R-1600/99

Rec. n.º 78/A/99
1999.11.10

1.Tem vindo a verificar-se com alguma frequência a solicitação da minha intervenção a propósito de situações em que a questão suscitada se prende com a atribuição de efeitos retroactivos à revogação ou alteração de actos de concessão de prestações de segurança social, por parte do Centro Nacional de Pensões.

2. Os vários casos apreciados nesta Provedoria de Justiça, entre os quais aqueles a que reportam os processos acima referenciados, apresentam características comuns.

3. Com efeito, nessas situações, o Centro Nacional de Pensões, na sequência de reclamação dos interessados, vem a reconhecer que o acto de atribuição de uma prestação de segurança social, na sua maioria pensões de reforma, se encontra eivado de qualquer vício e procede à respectiva correcção.

Apenas num dos casos ora apresentados o primeiro acto foi um acto de indeferimento de um pedido de atribuição de uma pensão de velhice, o qual veio a ser satisfeito mais tarde, sendo certo que as condições de facto se mantinham exactamente idênticas nos dois momentos.

Em todos os casos, porém, ao acto revogatório apenas foram conferidos efeitos para o futuro ou, quando muito, limitados à data de reclamação expressa dos beneficiários.

4. Os casos acima referidos divergem apenas num ponto: em três deles, os reclamantes foram notificados da primeira decisão e dos fundamentos de facto e de direito que a sustentavam e, nos restantes, o Centro Nacional de Pensões afirma que os reclamantes foram notificados através de um ofício emitido informaticamente, não apresentando, porém, qualquer prova da sua remessa ou recepção por parte dos destinatários, sendo que estes afirmam não o ter recebido.

5. Importa salientar que, em todas as situações, à excepção de uma, a responsabilidade pelo erro que afectou os actos administrativos questionados pelos beneficiários é imediatamente imputável à Administração Pública

Com efeito:

- A Senhora A, beneficiária da segurança social nº ..., questionou o indeferimento da pensão de velhice por si requerida em 27 de Outubro de 1988, com base no facto daquele ter resultado, de um lapso relativo à contagem dos períodos contributivos registados em seu nome;
- O Senhor B, beneficiário da Segurança Social nº ..., reclamou contra a data da produção de efeitos do subsídio de assistência a 3ª pessoa que lhe foi atribuído (28.7.98), com base no facto de a deliberação inicial da Comissão de Verificação de Incapacidades Permanentes, tomada em 6.10.97, ter sido alterada em 7.10.98, após processo oficioso de revisão, desencadeado por parte do Serviço Sub-Regional de Leiria, por ter havido erro sobre os pressupostos de facto.
- O Senhor C questionou o cálculo inicial da pensão que lhe foi atribuída em 1 de Junho de 1993 através de reclamação apresentada no dia 28 de Novembro de 1995, com fundamento no facto de, naquele cálculo, não terem sido consideradas as remunerações relativas a dois anos civis;
- O Senhor D contestou o cálculo inicial da pensão que lhe foi atribuída em 1 de Novembro de 1989 através de reclamação apresentada no dia 22 de Janeiro de 1996, com fundamento no facto de, naquele cálculo, não terem sido consideradas as remunerações relativas ao subsídio de férias e subsídio de Natal, registadas no mês de Novembro de 1989.

- O Senhor E reclamou do cálculo inicial da pensão que lhe foi atribuída em 19 de Novembro de 1984 através de reclamação apresentada no dia 29 de Maio de 1996, com fundamento no facto de, naquele cálculo, não terem sido consideradas as remunerações por ele auferidas ao serviço da empresa "Gilauto" no período compreendido entre 1978 e 1981.
- O Senhor F impugnou o cálculo inicial da pensão de velhice que lhe foi atribuída em 1 de Agosto de 1992, através de reclamação apresentada no dia 30 de Janeiro de 1998, com fundamento no facto de, naquele cálculo, não terem sido consideradas diversas remunerações não indicadas tempestivamente pela "TAP Air Portugal".
- O Senhor G questionou o cálculo inicial da pensão de invalidez que lhe foi atribuída em 10 de Maio de 1991, através de reclamação apresentada no dia 14 de Abril de 1997, com fundamento no facto de, naquele cálculo, não ter sido considerado o ano de 1990.

6. À excepção do primeiro caso que, como adiante demonstrarei, apresenta alguns contornos especiais, o Centro Nacional de Pensões, na sequência das reclamações dos beneficiários, veio, efectivamente, como referi, a revogar parcialmente ou a alterar o acto de atribuição da pensão.

7. A exclusão da atribuição de eficácia retroactiva a essas revogações foi justificada pelo Centro Nacional de Pensões, essencialmente, pelas seguintes ordens de razões:

- as reclamações dos beneficiários terem sido apresentadas após o decurso do prazo previsto no art.º 141º do Código do Procedimento Administrativo;
- a revogação com efeitos retroactivos não ser obrigatória;
- no domínio do exercício de poderes vinculados, como o é o da atribuição das pensões, não se justificar o exercício de tal poder discricionário.

8. Em várias posições que tomei não pude deixar de considerar improcedentes tais fundamentos pelos motivos que passo a expor.

Assim, a primeira daquelas razões refere-se à impossibilidade legal de proceder à revogação do acto administrativo.

No entanto, tal razão é, desde logo, contraditória com o próprio procedimento do Centro Nacional de Pensões, já que, como se sabe, o decurso do prazo em causa não constituiu impedimento à alteração dos actos administrativos questionados pelos beneficiários.

Na verdade, a impossibilidade legal invocada apenas se verificaria se se pretendesse revogar os actos administrativos em causa com base na respectiva invalidade.

9. A verdade é que, uma vez esgotado o prazo previsto no artº 141º do Código do Procedimento Administrativo a revogação parcial ou alteração dos actos de atribuição das prestações foi efectuada com base no mérito, nos termos do disposto no art.º 140º daquele Código.

10. Sendo que, atento o disposto no art.º 145º, ns. 1 e 3, al. a), do mesmo diploma, nada obstava a que às revogações operadas tivesse sido conferida eficácia retroactiva, já que a ela se não opunham os beneficiários; pelo contrário, a eficácia retroactiva ia ao encontro dos seus interesses.

Ora, assim sendo, não basta dizer que a atribuição de eficácia retroactiva não é obrigatória; impõe-se a fundamentação de tal opção.

11. Tornava-se, pois, essencial conhecer as razões de mérito que tendo levado a que se revogassem os actos administrativos em causa, concomitantemente, haviam impedido ou desaconselhado que a essas revogações fosse conferida eficácia retroactiva.

12. Tal motivou que os Serviços da Provedoria de Justiça tivessem solicitado ao Centro Nacional de Pensões, por diversas vezes e a propósito de várias situações, que esclarecesse qual a fundamentação dessa opção.

No entanto, apesar das diversas insistências nesse sentido, nunca aquele Centro logrou fazê-lo, tendo-se limitado a repetir os argumentos anteriormente aduzidos e a comunicar que se encontrava em curso um estudo no âmbito do qual seriam determinados os critérios que deveriam presidir à atribuição da eficácia retroactiva aos actos revogatórios.

Porém, decorridos mais de dois anos, ainda se aguarda a comunicação das conclusões desse estudo .

13. Diga-se, no entanto, que o facto de (ainda) estar em curso esse estudo, não tem impedido o Centro Nacional de Pensões de ter vindo a manter o procedimento atrás referido e a fundamentá-lo nas mesmas ordens de razões.

14. No que diz respeito à terceira daquelas ordens de razões, importa dizer que a doutrina tem salientado a existência de novas dimensões de autonomia pública, desde logo as que resultam da interpretação e aplicação da Lei. E, neste domínio, não estamos somente perante os casos de utilização, pelo legislador, de cláusulas gerais ou conceitos

indeterminados, mas também quando se trata simplesmente da subsunção de uma situação à previsão normativa.

E em nenhum domínio da sua actividade, seja mais ou menos vinculada, pode a Administração escapar ao respeito dos princípios gerais que norteiam a sua actividade.

Assim, não é certo que, como defende o Centro Nacional de Pensões, os princípios da prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, da justiça, da boa fé e bem assim o princípio da proporcionalidade apenas vinculem a Administração no caso de a actividade desta comportar o exercício de poderes discricionários.

Na verdade, é certo que eles têm, aí, o seu espaço privilegiado de aplicação, mas, também não é menos certo que a esfera da autonomia pública não se restringe ao exercício do poder discricionário.

Como explica Gomes Canotilho e Vital Moreira, o interesse público é o momento teleológico necessário de qualquer actuação da Administração, trate-se de actos jurídicos (de direito público ou privado) ou de operações materiais.

15. Ao contrário do sustentado, o Centro Nacional de Pensões, na ponderação das situações em causa, não estava, pois, dispensado de aplicar aqueles princípios, cujo respeito impunha a reparação integral da ilegalidade cometida.

16. Apreciadas as três ordens de razões que, em geral, têm caracterizado a posição do Centro Nacional de Pensões nestes casos, importa, ainda, apreciar outros argumentos que, apesar de não terem sido invocados em todos os casos, o foram na maior parte deles.

Na verdade, o Centro Nacional de Pensões invocou como base do seu procedimento o facto de os beneficiários não terem reclamado tempestivamente, apesar de notificados à data da atribuição das prestações.

Porém, na maioria dos casos, verifica-se que os beneficiários alegam não ter recebido essa notificação, sendo que o Centro Nacional de Pensões, face a essa alegação, tem vindo a considerar como prova de que as notificações haviam sido efectivamente efectuadas o facto de as mesmas ter sido realizadas através de "ofício informático".

Nomeadamente, fê-lo no ofício nº 34.532, de 18 de Dezembro de 1998, dirigido a esta Provedoria de Justiça, no qual se refere:

"..dado a pensão ter sido objecto de cálculo informático o Centro Nacional de

Pensões não tem quaisquer dúvidas de que foi emitido de forma automática (isto é, independentemente da vontade do organizador do processo) um ofício modelo anexo, com as variantes do cálculo que também se anexam.

Assim não há uma mera presunção, mas uma certeza de que foi emitido um ofício, notificando o beneficiário dos elementos contributivos que fundamentaram o valor da pensão concedida".

17. Porém, o que está aqui em causa não é a forma ou o processo pela qual o ofício de notificação é elaborado.

O que está em causa é a prova de que as notificações foram efectivamente realizadas, sendo que o facto de os ofícios de notificação terem sido elaborados através de meios informáticos não constitui, por si só, prova da respectiva remessa aos destinatários e, muito menos, de que foram recebidos pelos beneficiários.

18. O Centro Nacional de Pensões não dispõe, pois, de qualquer comprovação de que as notificações tiveram efectivamente lugar, baseando-se, apenas, na mera presunção do respectivo recebimento.

19. Essa presunção não é todavia admissível, conforme resulta do Acórdão do S.T.A. de 6 de Maio de 1966 (AD. 56/57, 1009) segundo o qual só se pode considerar como notificado um acto administrativo se se provar que o ofício em que comunicava esse acto ao interessado foi, por este, efectivamente recebido.

20. Na verdade, o Centro Nacional de Pensões, ao reiterar a posição de que as notificações foram realizadas, sem qualquer comprovação de que efectivamente as mesmas tiveram lugar, está, para além do mais, a pôr em causa o próprio direito ao recurso previsto no art.º 268º, nº4, da Constituição da República Portuguesa.

Com efeito, o conhecimento dos elementos que haviam servido de base ao cálculo do valor da pensão constituía-se como condição essencial às possibilidades reais do exercício do direito de recurso, já que, como refere o legislador no art.º 93º do Decreto-Lei nº 329/93, de 25 de Setembro, se trata de "...elementos necessários à correcta compreensão do montante da pensão...".

21. Finalmente, refira-se um outro aspecto no qual o Centro Nacional de Pensões, expressa ou implicitamente, tem vindo a sustentar a sua posição.

Esse aspecto é a irrelevância da origem dos erros.

Com efeito, o Centro Nacional de Pensões tem vindo a considerar irrelevante o facto de os erros que viciaram os actos administrativos questionados pelos beneficiários

serem da responsabilidade da Administração Pública .

22. É certo que, quando está em causa a revogação de um acto administrativo com fundamento na respectiva invalidade, é irrelevante a origem do erro que a determina.

No entanto, já assim não se pode entender quando se está perante uma revogação com base no mérito. É que, neste caso, têm plena aplicação os princípios vigentes no procedimento administrativo, não sendo admissível que se não releve no juízo a efectuar no âmbito do processo revogatório, o facto de a responsabilidade pelo erro (e pelo consequente prejuízo dele decorrente para o particular) ser imputável à própria Administração Pública.

Refira-se a propósito o Ac. do S.T.A. de 24/10/88 - Rec. nº 25.753, segundo o qual "o princípio da conservação dos actos administrativos deve ceder quando a vontade da administração, no exercício do poder vinculado, poderia razoavelmente traduzir-se em acto administrativo diverso, se não inquinada pelo erro que afectou o único fundamento jurídico determinante do acto praticado."

23. Ora, nos casos em apreço, pode afirmar-se, com toda a segurança, que a vontade da administração podia e devia ter-se traduzido em actos administrativos diversos.

24. Feitas estas considerações relativas aos aspectos que, em geral, caracterizam as situações em apreço, passarei, agora, a descrever alguns aspectos que caracterizam, especificamente, cada caso, por forma a avaliar das razões que, para além das já referidas, aconselham que às alterações já operadas seja conferida eficácia retroactiva.

24.1.Beneficiário nº…, A (R.1125/95).

O lapso relativo à contagem dos períodos contributivos registados em nome da beneficiária, que se constituiu como factor determinante do indeferimento da atribuição da pensão de velhice, resultou do facto de o ex-Centro Regional de Segurança Social de Viana do Castelo ao informar o Centro Nacional de Pensões quanto aos registos de contribuições em nome da beneficiária, apenas ter referido os períodos compreendidos entre Fevereiro e Abril de 1970 e Fevereiro e Outubro de 1980.

A esta circunstância acresceu, ainda, o facto de no Banco Nacional de Dados de Beneficiários e Utentes ainda não constar o período compreendido entre Maio de 1970 e Fevereiro de 1977.

Daí resultou que este último período não fosse considerado na contagem efectuada pelo Centro Nacional de Pensões e que este tivesse concluído, erradamente, que a

beneficiária não preenchia o requisito de atribuição da pensão relativo ao prazo de garantia.

Por seu lado, a beneficiária apenas se apercebeu de que o indeferimento resultara de um lapso quando, cerca de três anos mais tarde, requereu, de novo, a atribuição da pensão de velhice e a mesma lhe foi atribuída, com base nos mesmos pressupostos de facto e de direito que já se verificavam à data do primeiro requerimento.

Na verdade, o Centro Nacional de Pensões quando notificou a reclamante do indeferimento relativo ao seu requerimento de 1988, limitara-se a comunicar-lhe que este ia "...ser arquivado, uma vez que não tem direito a pensão por este Centro", sem que tivessem sido especificadas as razões de facto e de direito que haviam fundamentado aquele acto.

Atentas as circunstâncias acima referidas, discordei da posição daquele Centro Nacional de Pensões, pelo que, em 12 de Junho de 1997, dirigi ao Senhor Presidente do Conselho Directivo a Recomendação nº 42/A/97, cuja cópia se junta.

Na verdade, tendo resultado daquele lapso prejuízos evidentes para a beneficiária, para além do mais, à luz do princípio de justiça, sempre seria de defender a alteração do acto de concessão da pensão.

No presente caso acresce, porém, que o Centro Nacional de Pensões ao atribuir a pensão à beneficiária em 1992, com base nos mesmos pressupostos de facto e de direito que já se verificavam em 1988, revogou implicitamente o acto de indeferimento verificado nesta última data.

A esse acto de revogação deveria, no entanto, ter sido conferida eficácia retroactiva, nos termos do art.º 145º, nº 3, do Código do Procedimento Administrativo, concedendo-se a pensão com efeitos a 27 de Outubro de 1988, já que não existia qualquer razão de mérito que desaconselhasse ou obstasse à reapreciação do processo.

Porém, o Centro Nacional de Pensões, através do ofício nº 7.933, de 16 de Março de 1998, cuja cópia se junta, comunicou-me o não acatamento da recomendação acima referida, aduzindo as razões supra referidas.

Atenta a posição ora assumida pelo C.N.P., importa, também, destacar que não está, apenas, em causa o erro relativo à contagem dos períodos com registos de contribuições anteriormente referido.

Efectivamente, a esse erro, relativo a um dos pressupostos de facto, que determinou a invalidade do acto administrativo por vício de violação de Lei, acresceu outro

erro, relativo à notificação, este gerador do vício de forma.

Isto porque a notificação dirigida à beneficiária a comunicar o indeferimento da atribuição da pensão, a que o Centro Nacional de Pensões dá tanto destaque, é, pura e simplesmente, omissa no que diz respeito aos pressupostos de facto e de direito que determinaram o arquivamento do processo.

Com efeito, nessa comunicação para além de se referir o arquivamento do processo, apenas se acrescentam duas informações:

- que havia sido contactada a Caixa Geral de Aposentações e que esta informara que tinha em nome da beneficiária um processo de contagem de tempo que seria considerado numa eventual aposentação a conceder por aquela Caixa, no qual seriam contados os períodos de tempo em que exercera funções na Junta Central da Casa dos Pescadores;
- e que quando a beneficiária requeresse a pensão junto da Caixa Geral de Aposentações deveria fazê-lo sob a forma unificada.

Ora, estas informações, como facilmente se pode verificar, eram totalmente irrelevantes no que respeita ao requerido e as circunstâncias a que se referiam em nada obstavam ao respectivo deferimento.

E, tanto assim era, que a atribuição da pensão veio a ser, posteriormente, deferida com fundamento na mesma situação de facto que já se verificava à data do primeiro requerimento da beneficiária.

De facto, ao contrário do sustentado pelo Centro Nacional de Pensões a notificação então dirigida à beneficiária não incluiu, como devia, os fundamentos de facto e de direito que tinham determinado o indeferimento da atribuição da pensão.

Pelo que, sendo certo que a obrigação de notificar inclui a fundamentação do acto administrativo, ela constitui uma garantia constitucional do administrado (art.º 268º, nº 3, da C.R.P.) havendo que concluir que as garantias de defesa da administrada foram gravemente prejudicadas.

Apesar disso, o Centro Nacional de Pensões veio agora aduzir o argumento de que a não correcção do erro resultou apenas da "falta de colaboração do beneficiário".

Ora, conforme demonstrado, a admitir-se alguma falta, ela não será, certamente, imputável à beneficiária.

Na verdade, tal afirmação, no contexto em que é proferida é, antes de mais, susceptível de pôr em causa a própria credibilidade que a Administração Pública deve merecer junto dos cidadãos.

Acresce, no entanto, que os princípios aplicáveis ao procedimento administrativo obrigam a que sejam consideradas circunstâncias que caracterizam a realidade social portuguesa.

Com efeito não é aceitável que a Administração Pública desconheça ou desvalorize no plano da sua actuação essas circunstâncias que, sendo do domínio público, em função da sua relevância social são, frequentemente, invocadas no âmbito do debate político.

Entre essas circunstâncias releva, essencialmente a dificuldade com que uma grande parte da população portuguesa se debate de aceder à informação relevante para o exercício dos seus direitos.

E, nesse contexto, importa reconhecer que as pessoas reformadas ou em vias de ser reformadas, integrando tendencialmente níveis etários mais elevados, são afectadas por dificuldades acrescidas no que respeita a essa acessibilidade.

Acresce, porém, que a legislação da segurança social para além de muitíssimo numerosa, apresenta um elevado grau de tecnicidade.

Não será, certamente, estranha a essas circunstâncias a consagração pelo legislador, no art.º 42º da Lei de Bases da Segurança Social, de um especial dever de informação.

Com efeito, neste âmbito, à exigibilidade resultante do princípio inserto no art.º 7º do Código do Procedimento Administrativo, contrapõe-se esse especial dever de informação.

Nessa medida, não deve ser indiferente à apreciação dos casos concretos a suficiência ou insuficiência da informação proporcionada aos beneficiários.

Ora no caso sub judice, como ficou demonstrado, a informação proporcionada à beneficiária pelo Centro Nacional de Pensões foi manifestamente insuficiente.

24.2. Beneficiário nº ..., B (R.1245/98)

Sucedeu, neste caso, que à data em que o beneficiário requereu subsídio de assistência a terceira pessoa (1.07.97), já se verificavam as respectivas condições de atribuição.

Todavia, a Comissão de Verificação de Incapacidades Permanentes pronunciou-se, em 6.10.97, no sentido do indeferimento daquela prestação, deliberação esta que veio a ser alterada, em 7.09.98, após processo oficioso de revisão, desencadeado pelo

próprio Serviço Sub-Regional de Leiria, por ter havido erro sobre os pressupostos de facto.

Ou seja, a primeira deliberação da Comissão de Verificação de Incapacidades Permanentes foi alterada por se ter considerado que a situação física da interessada era, já à data da primeira avaliação, susceptível de justificar a necessidade de assistência de 3ª pessoa.

Não obstante, o CNP reportou os efeitos do acto revogatório ao dia 28.07.98, data esta em que o reclamante apresentara novo requerimento para atribuição da prestação em causa por ter sido informado, junto desse Centro, de que, por não ter interposto recurso da decisão de indeferimento, deveria requerer novamente a atribuição daquela prestação.

Tais efeitos, deveriam, porém, reportar-se à data da apresentação do 1º requerimento, ou seja, a 1.07.97, por nesta data já se verificarem as condições de atribuição.

24.3. Beneficiário nº ..., C (R.3523/96)

O lapso relativo à contagem dos períodos contributivos que esteve na base do erro no cálculo inicial da pensão que foi atribuída a este beneficiário resultou do facto de o Serviço Sub-Regional de Lisboa do Centro Regional de Segurança Social de Lisboa e Vale do Tejo não ter comunicado ao Centro Nacional de Pensões o pagamento de contribuições efectuado pelo beneficiário ao abrigo do Decreto-Lei nº 380/89 de 27 de Outubro.

Com efeito, conforme se reconhece no ofício nº 22.994, de 15 de Outubro de 1996, dirigido a esta Provedoria, apesar do pagamento de contribuição ao abrigo daquele diploma legal se ter completado em 20 de Maio de 1993, o Centro Nacional de Pensões apenas teve conhecimento do mesmo através da reclamação apresentada pelo beneficiário em 28 de Novembro de 1995.

24.4. Beneficiário nº ..., D (R 192/98)

Neste caso, o erro traduziu-se no facto de, no cálculo inicial da pensão, não terem sido consideradas as remunerações relativas ao subsídio de férias e subsídio de Natal, registadas no mês de Novembro de 1989.

Conforme resulta do ofício nº 15.741, de 9 de Junho de 1997, do Centro Nacional de Pensões, dirigido ao beneficiário, aquelas remunerações não foram consideradas no cálculo inicial da pensão de invalidez que lhe foi atribuída, porquanto o extracto de salários a elas referente apenas foi remetido àquele Centro em 22 de Janeiro de 1996 pelo Serviço Sub-Regional de Lisboa.

24.5. Beneficiário nº ..., E (R 2621/98)

Também aqui o lapso se reportou à contagem dos períodos contributivos, desta feita por não terem sido consideradas as remunerações auferidas pelo beneficiário ao serviço da empresa "Gilauto", no período compreendido entre 1978 e 1981.

Neste caso releva, em especial, o facto de o cálculo inicial da pensão ter sido objecto de várias rectificações em resultado de insistências sucessivas do beneficiário.

Quanto à rectificação decorrente da consideração daquelas remunerações, o Centro Nacional de Pensões veio, no entanto, justificar a não atribuição de eficácia retroactiva à alteração operada no cálculo inicial da pensão invocando as ordens de razões acima referidas quanto ao decurso do prazo previsto no art.º 141º do Código do Procedimento Administrativo (sem explicitar as razões de mérito que sustentaram a decisão revogatória) e da notificação processada através de "ofício informático".

Estas considerações terão até levado a que se esquecesse que, em resposta a várias reclamações do interessado, se informou que o cálculo inicial da pensão estava correcto, para, depois, vir a reconhecer-se que assim não era e, então, proceder à alteração.

É aliás, por força dessas circunstâncias que, neste caso, a afirmação do Centro Nacional de Pensões de que o beneficiário havia sido devidamente notificado e não havia tempestivamente recorrido é contraditória à atitude por ele evidenciada durante todo o processo tendente à consecução da revisão em causa, que, como referi, se traduziu em múltiplas insistências, as quais são, certamente, do perfeito conhecimento dos serviços daquele organismo.

24.6. Beneficiário nº 099022233, F (R 2854/98)

Neste caso, no cálculo inicial da pensão de velhice não foram consideradas diversas remunerações não declaradas tempestivamente pela " TAP Air Portugal", mas efectivamente pagas ao interessado.

Com efeito, a T.A.P. Air Portugal não indicou na folha de salários os montantes efectivamente pagos ao beneficiário, tendo o pagamento das contribuições relativas a tais retribuições sido feito apenas em Dezembro de 1997.

O Centro Nacional de Pensões considerou, neste caso, que não tinha qualquer responsabilidade naquele facto e que o acto de atribuição da pensão não estava ferido de qualquer vício que determinasse a respectiva invalidade, pelo que não era possível atribuir eficácia retroactiva à alteração já promovida atento o disposto no art.º 145º, nº

1, do Código do Procedimento Administrativo.

No entanto, não está, nem nunca esteve, neste caso em causa a responsabilidade daquele Centro pela mora na declaração das retribuições e pagamento das contribuições correspondentes.

Com efeito, quer a entrega das folhas de remunerações, quer o pagamento das contribuições, são da responsabilidade das entidades patronais, conforme resulta, respectivamente, dos art.º 4º e art.º 6º do Decreto-Lei nº 103/80, de 9 de Maio.

Isso não significa, no entanto, que o acto de cálculo da pensão não esteja viciado por erro referente aos pressupostos de facto , já que os pressupostos de facto com base nos quais o Centro Nacional de Pensões fixou o valor inicial da pensão atribuída ao beneficiário eram diferentes daqueles que se haviam verificado.

E o certo é que a responsabilidade pela divergência desses valores não é imputável ao beneficiário.

Ora, conforme decorre explicitamente do art.º 25º, nº 4, da Lei nº 28/84, de 14 de Agosto, Lei de Bases da Segurança Social, a falta de declaração ou a falta de pagamento de contribuições relativas aos períodos de exercício de actividade profissional dos trabalhadores por conta de outrem que lhes não seja imputável não prejudica o direito às prestações.

Assim sendo, se o próprio direito às prestações não pode ser prejudicado pela violação por parte da entidade patronal de declarar as remunerações ou pagar as correspondentes contribuições, muito menos a "medida" daquele direito o poderá ser.

24.7. Beneficiário nº ..., G (R.1600/99)

O lapso no cálculo inicial da pensão de invalidez resultou do facto de, no mesmo, não terem sido consideradas as remunerações registadas no ano de 1990.

Também neste caso se está perante um lapso imputável à Administração Pública, tendo o Centro Nacional de Pensões, já em 10 de Julho de 1998, através de ofício dirigido ao beneficiário, informado que a atribuição de eficácia retroactiva à alteração promovida em 14 de Abril de 1997 estava a ser objecto de estudo.

No entanto, até à presente data, apesar das insistências formuladas pelo beneficiário, não lhe foi comunicada qualquer outra resposta.

25. Atentas as circunstâncias referidas, a revisão dos processos justifica-se, para além do mais, à luz dos princípios da prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, da proporcionalidade, da

boa fé e da justiça, que vinculam a Administração Pública no desenvolvimento da respectiva actividade.

De facto, e como tenho vindo a salientar, o interesse público é noção que não se opõe necessariamente ao interesse particular, devendo antes representar o melhor equilíbrio entre os interesses em presença.

Nesta circunstâncias, não prosseguir o interesse dos beneficiários de verem alterados os valores das prestações com efeitos à data da respectiva atribuição sem que a tal se oponha qualquer interesse público digno de relevo ou de prevalência sobre aquele, é solução que claramente atenta contra o princípio acima referido (arts. 266º, ns. 1 e 2 da Constituição da República Portuguesa e art. 4º do Código do Procedimento Administrativo) .

O princípio da proporcionalidade, conforme referem Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e J. Pacheco de Amorim (na nota I, a pags. 104. do Código do Procedimento Administrativo Anotado e Comentado, 2ª edição) "...postula que a lesão sofrida pelos administrados deve ser proporcional e justa em relação ao benefício alcançado para o interesse público".

Por seu turno, o princípio da boa fé - que o Decreto-Lei nº 6/96, de 31 de Janeiro introduziu expressamente no elenco de princípios gerais de direito administrativo -, como decorrência que é da tutela da confiança, implica que se tenham em conta "os valores fundamentais do direito", o que é o mesmo que dizer que a Administração e os particulares não se devem bastar somente com a vertente formal das situações - e, em especial, impõe a consideração da "confiança suscitada na contraparte pela actuação em causa" e do "objectivo a alcançar com a actuação empreendida" (artº 6º-A do Código do Procedimento Administrativo).

Tanto assim é, que o Decreto-Lei nº 135/99, de 22 de Abril, no seu art.º 2º, veio, recentemente, anunciar diversos princípios orientadores da acção dos serviços e organismos da Administração Pública que mais não são do que explicitações do sentido e alcance do princípio da boa fé. E, de acordo com os agora designados princípios da qualidade, da protecção da confiança e da comunicação eficaz e transparente, os serviços devem garantir que a sua actividade se oriente para a satisfação das necessidades dos cidadãos, aprofundar a confiança nos cidadãos, valorizando as suas declarações e assegurar uma comunicação eficaz e transparente, através do acesso à informação e da cordialidade do relacionamento.

Ora, nos casos em apreço, o respeito da boa fé impõe à Administração que se não prenda a razões formais e que atenda à verdade material e, que, desse modo, devolva o equilíbrio a relações que a falta de informação desvirtuou.

Finalmente, o princípio da justiça, conforme referem os autores atrás citados (na obra e página atrás referenciadas) constitui "...uma última ratio da subordinação da Administração ao Direito, permitindo invalidar aqueles actos que, não cabendo em nenhuma das condicionantes jurídicas expressas da actividade administrativa, constituem, no entanto, uma afronta intolerável aos valores elementares da Ordem Jurídica, sobretudo aos plasmados em normas respeitantes à integridade e dignidade das pessoas, à sua boa fé e confiança no Direito.".

26. Em face de todo o exposto,

Recomendo

a Vossa Excelência que transmita ao Centro Nacional de Pensões as competentes orientações no sentido de ser adoptado procedimento diverso do que tem vindo a ser seguido até aqui quanto aos efeitos a atribuir aos actos revogatórios ou modificativos de actos de atribuição de prestações, de modo a que, nas situações como as que foram expostas, aqueles actos sejam revestidos de eficácia retroactiva.

Recomendação sem resposta

Ao
Exm.º Senhor
Presidente da Câmara Municipal de S. Pedro do Sul

R-3624/97
Rec. n.º 87/A/99
1999.12.06

Como é do conhecimento de V.Ex.ª, recebi, em 24.9.97, uma reclamação apresentada pelo Senhor A. N., o qual alegava que, após uma estada nas Termas de S. Pedro do Sul, entre 16 e 27 de Julho de 1997, ele e a sua mulher padeceram de diversos problemas de olhos e ouvidos, que atribuíram à inquinação das águas das referidas Termas, provocada por se encontrar, à data, um animal em decomposição na nascente da água que as abastece.

O reclamante escrevera em Setembro de 1997 ao Centro Termal de S. Pedro

do Sul, relatando o sucedido, e solicitando o pagamento das importâncias despendidas pelo casal no tratamento das doenças então contraídas. A Câmara a que V.Ex.ª preside respondeu apenas em Abril de 1998, e já depois da intervenção da Provedoria de Justiça, por meio de carta cuja cópia foi enviada a estes Serviços, na qual se negam os factos descritos pelo reclamante.

1. Da instrução do processo

1.1. Informações prestadas pela Câmara Municipal de S. Pedro do Sul

No âmbito da instrução do processo, estes serviços solicitaram a V.Ex.ª, por meio do ofício n.º 007287, de 28.4.98, que respondesse a diversas questões, tendo sido prestadas, em 6.11.98, as seguintes informações:

1. As análises bacteriológicas da água mineral natural obedecem a um programa definido pelo Instituto Geológico e Mineiro (I.G.M.) e pela Direcção-Geral da Saúde (D.G.S.).

2. As análises bacteriológicas e a sua certificação são realizadas pela D.G.S., através do laboratório da Sub-Região de Saúde de Viseu (A.R.S. do Centro)

3. No período de 16 a 19 de Julho não foram efectuadas análises na piscina colectiva.

4. Entre 17.7.97 e 31.7.97 foram detectadas algumas bactérias na água termal, não tendo sido "identificadas as estirpes bacterianas, desconhecendo-se se são patogénicas para o ser humano ou não."

5. Procede-se diariamente ao controlo dos níveis de cloro e pH das águas utilizadas nas piscinas.

6. A coberto deste ofício foram ainda enviadas cópias das análises efectuadas às águas termais, das que se destacam as seguintes:

Análise n.º 4986:

Colheita efectuada no Poço da Nascente em 17.7.97, pelos serviços de saúde.

Resultado: Água bacteriologicamente imprópria para os fins a que se destina.

Análise n.º 5040:

Colheita efectuada no Poço da Nascente em 21.7.97, pelos serviços de saúde.

Resultado: Água bacteriologicamente imprópria para os fins a que se destina.

Análise n.º 5220:
Colheita efectuada no Poço da Nascente em 28.7.97, pelos serviços de saúde.
Resultado: Água bacteriologicamente imprópria para os fins a que se destina.

Análise n.º 5351:
Colheita efectuada na piscina colectiva em 31.7.97, pelos serviços de saúde.
Resultado: Água bacteriologicamente imprópria para os fins a que se destina.

Posteriormente, foram solicitados novos esclarecimentos a V.Ex.ª, com o objectivo de apurar quais as medidas tomadas em face dos resultados das análises acima expostos, designadamente se as piscinas teriam sido encerradas, tendo sido informado que, no período em causa "dispunha-se de um número considerável de resultados favoráveis", pelo que a única medida tomada foi intensificar a periodicidade de realização das análises.

1.2. Informações prestadas pelo Instituto Geológico e Mineiro e pela Direcção-Geral da Saúde.

Uma vez que compete ao Instituto Geológico e Mineiro avaliar a qualidade das águas minerais no momento da sua captação, competindo à Direcção-Geral da Saúde o controlo da qualidade da água mineral natural utilizada nas áreas de tratamento nos estabelecimentos termais, foram contactadas estas entidades, tendo sido prestados os seguintes esclarecimentos:

1. Os controlos de qualidade são efectuados com base em programas de controlo notificados anualmente aos respectivos concessionários .

2. Nos termos do disposto no programa de controlo estabelecido com o Instituto Geológico e Mineiro, "sempre que, em face dos resultados analíticos, seja detectada qualquer anomalia que indique poluição nas captações, deverá ser suspensa de imediato a utilização da água e ser dado conhecimento a esta Divisão" (Divisão de Recursos Hidrogeológicos e Geotérmicos).

3. Este Instituto não teve conhecimento dos resultados das análises supra referidos, informando a Provedoria de Justiça que a omissão da concessionária do Centro Termal de dar conhecimento das análises efectuadas ao Poço da Nascente constitui incumprimento do programa de controlo estabelecido por aquele Instituto.

4. Por outro lado, o I.G.M. informou ter tido conhecimento, em 1.8.97, da

ocorrência de anomalias na qualidade da água mineral em virtude de comunicação da Direcção-Geral da Saúde, a coberto do qual foi enviada cópia do ofício que a Autoridade de Saúde de S. Pedro do Sul, remeteu por fax em 23.7.97 a V.Ex.ª.

5. Este ofício da Autoridade de Saúde, de que foi remetida cópia a este órgão do Estado pela Direcção-Geral da Saúde e pelo I.G.M., determinava que "de imediato deverá ser suspensa a utilização da água em contacto directo com mucosas até à normalização dos resultados analíticos. Mais devo informar que também de imediato se deve suspender a utilização dos depósitos Rainha D. Amélia e D. Afonso Henriques, proceder à sua lavagem, desinfecção e estanquicidade e aguardar novos resultados analíticos. Também ainda se deve proceder à lavagem e desinfecção do depósito de água arrefecida e purga de todo o sistema de distribuição termal".

6. Na mesma data, a Autoridade Local de Saúde informou a D.G.S., que, conforme referido em 4, informou o I.G.M., tendo este contactado em 4.8.97 o Centro Termal de S. Pedro do Sul.

7. Este remeteu ao I.G.M., a coberto do ofício n.º 000533, de 7.8.97, uma informação elaborada em 6.8.97 pelo Chefe da Divisão Termal, na qual se descrevem as diligências levadas a cabo, e se informa ainda encontrarem-se, àquela data, regularizados os valores das análises bacteriológicas.

De acordo com este ofício, as anomalias foram detectadas nas águas termais no período compreendido entre 3.7.97 e 24.7.97, e ter-se-ão devido à existência de um cadáver de um animal (gato) em decomposição no edifício contíguo ao poço da nascente principal, onde se localizam pequenas nascentes cuja água mineral termal escorre para o poço da nascente.

2. Conclusões

Em face das diligências acima descritas, e atendendo aos elementos reunidos ao longo da instrução do presente processo, é possível apresentar as seguintes conclusões:

I. Quanto à existência de água bacteriologicamente imprópria.

1. No mês de Julho de 1997 as análises realizadas indicaram que a água se encontrava bacteriologicamente imprópria, tendo sido apurado que tal se devia à presença do cadáver de um animal no poço da nascente.

2. A primeira referência a este resultado consta do relatório elaborado pela

autoridade de saúde e reporta-se a uma colheita efectuada em 1.7.97 no 2º piso, Sala n.º 2, Irrigador 7, sendo referido no relatório elaborado pelo Chefe da Divisão Termal que "as anomalias na qualidade da água mineral termal" foram registadas a partir de 3.7.97.

II. Quanto às medidas levadas a cabo pela Câmara Municipal de S. Pedro do Sul.

1. A Câmara Municipal não comunicou ao Instituto Geológico e Mineiro os resultados apurados nas diversas análises efectuadas.

2. A Câmara Municipal não determinou o encerramento das piscinas, e, aparentemente, não interrompeu a realização dos tratamentos das vias respiratórias.

3. Procedeu-se à remoção do cadáver do animal, limpeza e desinfecção do poço da nascente principal e edifício contíguo à nascente, suspendeu-se a utilização dos depósitos de arrefecimento lento existentes no balneário Rainha D. Amélia, e procedeu-se à limpeza e desinfecção dos restantes depósitos de arrefecimento. Desconhece-se a data em que tais procedimentos foram adoptados.

4. Quanto aos equipamentos instalados nas salas de tratamento (vias respiratórias), procedeu-se à substituição de todos os aparelhos, com especial incidência nos irrigadores, bem como à sua limpeza e desinfecção permanentes. Desconhece-se a data em que tais procedimentos foram adoptados.

Analisada toda a matéria descrita, cumpre apreciar a actuação da Câmara Municipal de S. Pedro do Sul, enquanto concessionária do Centro Termal de S. Pedro do Sul.

Antes de mais, não posso deixar de começar por lamentar a forma como a Câmara Municipal de S. Pedro do Sul respondeu à Provedoria de Justiça ao longo da instrução do presente processo, uma vez que, conforme se veio a apurar, desde o início da correspondência trocada tinha conhecimento preciso do que estaria em causa. Designadamente, conhecia perfeitamente as causas da poluição das águas termais, não tendo informado a Provedoria dos factos efectivamente ocorridos. Tal procedimento viola o dever de colaboração com o Provedor de Justiça, estabelecido no artigo 29º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril.

É também de censurar a forma como a Câmara Municipal respondeu ao reclamante, negando o ocorrido.

Por outro lado, apesar de a Autoridade de Saúde Local ter determinado "a não utilização da água em contacto directo com as mucosas", as piscinas mantiveram-se

abertas ao público, e, aparentemente, continuaram a realizar-se tratamentos para as vias respiratórias.

Quanto às instruções do Instituto Geológico e Mineiro, verifica-se também que a Câmara Municipal a que V.Ex.ª preside não cumpriu as condições estabelecidas no programa de análises físico químicas resumidas e bacteriológicas para 1997, uma vez, conforme consta do ofício n.º 04469, de 18.12.96, este programa refere expressamente que "sempre que, em face dos resultados analíticos, seja detectada qualquer anomalia que indique poluição nas captações, deverá ser suspensa de imediato a utilização da água e dar conhecimento a esta Divisão", não tendo ocorrido nem a comunicação dos resultados anómalos dos resultados analíticos da água na captação, nem a suspensão da utilização da água.

Por outro lado, e também quanto ao I.G.M., verifica-se que a Câmara Municipal de S. Pedro do Sul informou este Instituto em 6.8.97 que a situação se encontrava corrigida, e que os resultados analíticos eram normais desde 27.7.97, quando o certo é que análises efectuadas em água da piscina colectiva recolhida em 31.7.97, e recebidas em 5.8.97 indicavam encontrar-se esta água em condições impróprias.

Por fim, quanto aos danos sofridos pelo reclamante e sua mulher, o perito médico desta Provedoria de Justiça pronunciou-se no sentido de considerar que as doenças de que estes padeceram não terão sido causadas pelo facto das águas das termas se encontrarem bacteriologicamente impróprias no período em que foram frequentadas.

Em face do exposto,

Recomendo

a) Perante situações equivalentes à analisada no presente processo, sejam os resultados analíticos comunicados imediatamente ao Instituto Geológico e Mineiro, e suspensa de imediato toda a utilização da água.

b) Naquelas situações, seja também contactada a Autoridade de Saúde Local, e cumpridas sem demora as suas instruções.

Recomendação sem resposta

Ao
Exm.º Senhor
Presidente do Conselho de Administração
da Administração Regional de Saúde do Norte

R- 4211/98
Rec. n.º 94/A/99
1999.12.28

Foi-me dirigida uma exposição por parte da Casa do Povo de Soalhães, sobre a situação do imóvel onde está instalada a respectiva sede, cujas instalações se encontram parcialmente ocupadas por uma extensão do Centro de Saúde de Marco de Canaveses. De acordo com a reclamação apresentada, o assunto fora exposto há largos meses à Sub-Região de Saúde do Porto, sem que houvesse sido adoptada qualquer posição.

Contactada pelos serviços da Provedoria de Justiça, por meio do ofício n.º 018612, de 9.11.98, a Sub-Região de Saúde do Porto informou ter solicitado orientações a V.Ex.ª quanto ao procedimento a adoptar.

Posteriormente, foi recebida na Provedoria de Justiça cópia do ofício n.º 6566, de 6.4.99, dirigido por essa Administração Regional de Saúde à Casa do Povo de Soalhães, através do qual se dava conhecimento do indeferimento da sua pretensão de cobrar uma renda pela ocupação de parte das suas instalações pela Extensão do Centro de Saúde de Marco de Canaveses. Tal decisão fundamentou-se no parecer n.º 3/98 da Sub-Região de Saúde do Porto.

Analisado o parecer emitido, que procede ao laborioso levantamento das disposições legais aplicáveis ao longo do tempo, não posso, porém, concordar com as conclusões aí alcançadas.

Torna-se, assim, necessário, apreciar a questão que se coloca no presente processo, que é a de saber se, atenta a actual natureza associativa das casas do povo, lhes é aplicável, quanto à utilização do seu património imóvel, o regime especial previsto na Portaria n.º 431/76, de 20 de Julho, e no Decreto-Lei n.º 129/79, de 12 de Maio, conforme conclui o referido parecer ou se, pelo contrário, se deve aplicar o regime geral das associações de direito privado.

Para a cabal apreciação da questão exposta, torna-se imprescindível proceder a uma curta análise da origem histórica das Casas do Povo (I), e a uma um pouco mais longa análise histórico-jurídica dos diplomas que, após o 25 de Abril de 1974, procura-

ram sucessivamente regulamentar a situação das Casas do Povo (II), para, em seguida, nos determos sobre a situação da Casa do Povo de Soalhães (III).

I
Origem das Casas do Povo

Com interesse para o assunto ora em estudo, interessa apenas lembrar que as Casas do Povo, entidades corporativas de inscrição obrigatória, foram criadas pela Lei n.º 23051, de 23.9.33, e reorganizadas pela Lei n.º 2144, de 29.5.69, competido-lhes, designadamente, "assegurar a defesa dos legítimos interesses dos trabalhadores agrícolas e a realização da previdência social dos mesmos trabalhadores e dos demais residentes na sua área". A aprovação dos seus estatutos cabia ao Ministro das Corporações e Previdência Social.

Por despacho de 29.6.71 foram aprovadas as Normas de Cooperação Médico-Social entre as Casas do Povo e as Caixas de Previdência e de Abono de Família, nos termos das quais se estabelece "a coordenação e articulação dos diversos serviços de acção médico-social para utilização conjugada dos serviços e instalações".

Assim, estas Normas estabeleceram, entre outras, regras relativas aos pagamentos a efectuar entre as diversas entidades em virtude dos serviços prestados e da utilização de instalações destinadas ao funcionamento de serviços de acção médico-social.

Fica, pois, a partir desta data, bem definida a dupla função das Casas do Povo: por um lado, asseguram a previdência social dos trabalhadores agrícolas e demais residentes na sua área de intervenção e, por outro lado, asseguram a prestação de cuidados médicos nos termos definidos pelas supra citadas Normas de Cooperação.

II
Evolução do regime das Casas do Povo após o 25 de Abril de 1974

1. 1ª Fase da Evolução

Numa primeira fase, que se poderá situar entre 1974 e 1982, o objectivo da legislação emitida era essencialmente assegurar que a transferência dos serviços prestados pelas Casas do Povo para as novas entidades criadas ocorresse sem quebras na sua prestação.

Prestando as Casas do Povo os serviços acima descritos, ao terminar a ordem

jurídico-constitucional ao abrigo da qual as mesmas funcionavam, tornou-se necessário assegurar a sua integração no novo sistema político, sem que os cidadãos se vissem privados dos serviços prestados por aquelas entidades.

Assim, pelo Decreto-Lei n.º 488/74, de 26 de Setembro, as casas do povo foram colocadas na dependência do Ministério dos Assuntos Sociais, e a Junta Central passou a exercer sobre elas crescente intervenção tutelar.

Através da Secretaria de Estado da Segurança Social e da Secretaria de Estado da Saúde, procedeu-se à gradual transformação das Casas do Povo, com vista à sua futura integração num Sistema Unificado de Segurança Social, e num Serviço Nacional de Saúde, que se pretendia criar.

É neste quadro de integração gradual que se inserem os diplomas legais que importa agora analisar.

1.1. O Decreto-Lei n.º 589/74, de 6 de Novembro, transferiu para a Secretaria de Estado da Saúde os Serviços Médico-Sociais das instituições de previdência de inscrição obrigatória.

1.2. Posteriormente, a Portaria n.º 431/76, de 20 de Julho, aprovada pelo Ministério dos Assuntos Sociais, entendendo como passo fundamental da integração progressiva das estruturas das instituições de previdência de inscrição obrigatória no novo Sistema de Segurança Social, a autonomização dos Serviços Médico-Sociais relativamente aos restantes serviços, por forma a articulá-los com as Administrações Distritais de Saúde (criadas pelo Decreto-Lei n.º 488/75, de 4 de Setembro), determinou que:

Artigo 2º - Os serviços médico-sociais serão constituídos:

a) Pelas unidades médico-sociais das caixas de previdência distritais, das caixas de actividade de empresa e das Casas do Povo;

b) Pelos serviços centrais de acção médico-social.

Artigo 8º - 1. O património das caixas de previdência afecto aos serviços de acção médico-social será totalmente integrado nos serviços médico-sociais dos respectivos distritos e ulteriormente nas administrações distritais de saúde.

2. Durante a fase de articulação e até à completa integração, os serviços médico-sociais continuarão a utilizar as instalações das Casas do Povo que se encontrem afectas à prestação de assistência médica.

Artigo 9º - Os serviços médico-sociais assumirão a posição contratual das caixas de previdência em todos os negócios jurídicos que, de qualquer modo, se relacionem com a acção médico-social.

Artigo 13º - Integrados os diversos serviços da Previdência nos serviços médico-sociais, considera-se concluído o processo da sua transferência para Secretaria de Estado da Saúde, designadamente para as administrações distritais de saúde, nos termos do Decreto-Lei n.º 488/75, de 4 de Setembro e da Portaria que o regulamenta.

1.3. Posteriormente, o Decreto-Lei n.º 17/77, de 12 de Janeiro vem operar a transferência dos Serviços Médico-Sociais da Previdência para a Secretaria de Estado da Saúde, referindo no seu preâmbulo que "o objecto de construção do Sistema de Segurança Social unificado e descentralizado, expresso no artigo 63º, n.º 2 da Constituição da República, impõe a adopção de um conjunto de medidas a adoptar de forma gradual e coerente. Algumas dessas medidas tiveram já o seu início (...), é o caso da transferência dos Serviços Médico-Sociais da Previdência para a Secretaria de Estado da saúde, com vista à sua integração no futuro Serviço Nacional de Saúde".

Dispõe ainda este diploma, remetendo a regulamentação para diploma a publicar, que:

Artigo 1º- 1. Os Serviços Médico-Sociais da Previdência são transferidos para o âmbito da Secretaria de Estado da Saúde, tendo em vista a sua integração no futuro Serviço Nacional de Saúde.

1.4. Conforme previsto, o Decreto-Regulamentar n.º 12/77, de 7 de Fevereiro estabeleceu as regras de organização dos serviços médico-sociais da Previdência. De acordo com o artigo 1º deste Decreto, os serviços médico-sociais da Previdência, até à reorganização dos serviços da Secretaria de Estado da Saúde, passam a constituir um serviço oficial dotado de personalidade jurídica e autonomia administrativa, denominando-se Serviços Médico-Sociais, e compreendem, entre outros, os serviços autonomizados nos termos da supra citada Portaria n.º 431/76, de 20 de Julho.

Este Decreto-Regulamentar estabelecia que:

Artigo 10º - Os serviços Médico-Sociais assumirão a posição contratual das instituições de previdência abrangidas pela transferência em todos os negócios jurídicos que se relacionem com a prossecução dos seus objectivos.

1.5. Uma vez que os diplomas de 1977 nada estabeleciam quanto à utilização de bens imóveis e seu financiamento, nem quanto à afectação de bens móveis até então adstritos aos Serviços de Acção Médico-Social, tornou-se necessário definir esta questão.

Assim, foi aprovado o Decreto-Lei n.º 129/79, de 12 de Maio, com o objectivo

de repartir os encargos entre os serviços médico-sociais agora integrados na Secretaria de Estado da Saúde, e as instituições da previdência/segurança social, integradas na Secretaria de Estado da Segurança Social.

De acordo com o estabelecido neste diploma, o património mobiliário foi transferido para o património privado do Estado, ficando afectos aos Serviços Médico-Sociais os bens móveis das instituições de previdência de inscrição obrigatória, incluindo os veículos automóveis que se encontrassem, à data da entrada em vigor do Decreto Regulamentar 12/77, exclusivamente afectos aos respectivos serviços de acção médico-social.

Quanto ao património imobiliário foi estabelecido que:

Artigo 2º - 1. Aos serviços médico-sociais é garantida a utilização, em termos a definir por despacho, dos imóveis propriedade das instituições de previdência de inscrição obrigatória nos quais se encontram exclusivamente instalados os serviços de acção médico-social.

2. Aos serviços médico-sociais é igualmente assegurada a permanência nos imóveis utilizados conjuntamente por serviços de acção médico-social e por outros serviços das instituições da previdência.

3. É transferida para os serviços médico-sociais, com dispensa de quaisquer formalidades, a posição das instituições de previdência de inscrição obrigatória nos contratos de arrendamento de prédios utilizados apenas pelos serviços de acção médico-social.

1.6. Este Diploma foi posteriormente regulamentado pelo Despacho Conjunto dos Secretários de Estado da Saúde e da Segurança Social de 4.10.79, que definiu a fórmula de acordo com a qual seriam repartidos pelos Serviços Médico-Sociais e pelas instituições de segurança social ou Casas do Povo "os encargos inerentes à utilização dos imóveis indicados no n.º 2 do artigo 2º do Decreto-Lei n.º 129/79, de 12 de Maio".

2. 2ª Fase da Evolução

Nesta 2ª fase, que se situará entre 1982 e 1990, o legislador procurou definir o estatuto das Casas do Povo, despidas agora das suas funções de segurança social e de assistência médica, acometidas ao Estado no âmbito do Sistema de Segurança Social e do Serviço Nacional de Saúde. Nesta fase o Estado exerce ainda uma forte tutela sobre as Casas do Povo.

2.1. O Decreto-Lei n.º 4/82, de 11 de Janeiro, reestruturou as Casas do Povo, com o objectivo de proporcionar o desenvolvimento dos meios rurais, transformando-as

em "pessoas colectivas de utilidade pública, de base associativa". Estas pessoas colectivas deveriam ter no mínimo 50 associados, ou seriam extintas, sendo os seus estatutos aprovados pelo Ministro dos Assuntos Sociais e publicados em Diário da República. Atente-se que este diploma não atribui às casas do povo quaisquer funções de âmbito previdencial, mas apenas o desempenho de actividades de carácter social e cultural.

Dispõe ainda este diploma, que:

Artigo 2º - 3. Incumbe às casas do povo: a) executar, por delegação, tarefas cometidas aos serviços públicos, por forma a aproximá-los das populações.(...)

2.2. A "tutela" destas entidades cabia à Junta Central das Casas do Povo, instituto público com autonomia administrativa e financeira, tutelado por sua vez pelo Ministério dos Assuntos Sociais, nos termos do estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 392/80. No entanto, a Junta Central das Casas do Povo foi extinta pelo Decreto-Lei n.º 185/85, de 29 de Maio. Assim, este diploma determinou:

Artigo 2º - As competências da Junta no que respeita ao apoio, fiscalização, exercício da tutela e gestão do pessoal das casas do povo são transferidas para os centros regionais da segurança social dos respectivos distritos.

Mais se previu que as competências que tivessem por objecto actividades não enquadráveis na Segurança Social fossem transferidas para outros organismos públicos ou fossem assumidas por entidades privadas, podendo tal transferência abranger pessoas e bens afectos à Junta Central das Casas do Povo.

E no que especialmente se refere ao património imobiliário, estabeleceu este diploma que:

Artigo 10º - Transitam para a titularidade dos centros regionais de segurança social, no momento da criação dos serviços locais, a propriedade ou o arrendamento das sedes e delegações das casas do povo, respectivamente, integralmente financiadas ou cuja renda é paga por verbas do orçamento da Segurança Social. (...)

3. 3ª Fase da Evolução

Nesta 3ª fase, que começou em 1990, deu-se a autonomização das casas do povo em relação ao Estado, deixando estas de ter qualquer tutela estadual, passando o seu regime a ser o das associações de direito privado estabelecido no Código Civil.

3.1. O Decreto-Lei n.º 185/85, que extinguiu a Junta Central das Casas do Povo, foi parcialmente revogado pelo Decreto-Lei n.º 246/90, de 27 de Julho, que determinou que a constituição, extinção e consequente destino dos bens das Casas do

Povo se rege pelas disposições do Código Civil aplicáveis às associações, o que aliás era já determinado, enquanto regime subsidiário, pelo artigo 30º do Decreto-Lei n.º 185/85 .

O preâmbulo do Decreto-Lei n.º 246/90 estabelece que as Casas do Povo, para ganharem a sua verdadeira autonomia institucional, deveriam transformar as relações de dependência tutelar do Sistema da Segurança Social, substituindo-as pela celebração de acordos de cooperação com serviços públicos, autarquias e outras entidades privadas interessadas na prestação de serviços ou na utilização das instalações. Nesta medida, dispõe o artigo 2º deste diploma, sob a epígrafe "regime financeiro", que:

Artigo 2º - 1. As receitas das Casas do Povo são constituídas por: (...)

f) Compensações por serviços prestados pela utilização de instalações, ao abrigo de acordos ou contratos de cooperação celebrados com serviços públicos e autarquias ou com entidades ou instituições particulares.

(...)3. Os acordos ou contratos de cooperação a que se refere a alínea f) do n.º 1 devem prever os objectivos, as obrigações recíprocas acordadas, os encargos decorrentes e a data de produção de efeitos, bem como, sempre que se considere oportuno, a acção tutelar ou fiscalizadora a exercer pelas entidades interessadas nos serviços prestados pela Casa do Povo.

3.2. Não obstante o disposto no Decreto-Lei n.º 185/85, que previa a criação de serviços locais da segurança social, apenas o Decreto-Lei n.º 245/90, de 27 de Julho, veio definir o regime da criação de serviços locais de segurança social, determinando, com interesse para o assunto ora em apreço, que:

Artigo 1º - (...) 4. Para o funcionamento dos serviços locais, os centros regionais de segurança social podem celebrar protocolos com entidades públicas ou privadas, qualquer que seja a sua natureza, os quais deverão prever, nomeadamente, os objectivos do acordo, as obrigações recíprocas acordadas, os encargos decorrentes e a data de produção de efeitos.

Artigo 5º - 1. A implantação de serviços locais em sedes ou delegações de Casas do Povo, nos termos do n.º 4 do artigo 1º, não determina a transição, para a titularidade dos centros regionais de segurança social, da propriedade ou dos contratos de arrendamento das sedes e delegações das casas do povo que sejam integralmente financiadas ou cuja renda seja paga por verbas do orçamento da Segurança Social, salvo na situação prevista no número seguinte.

2. O património das casas do povo referidas no número anterior que, embora

unicamente afectas a fins de segurança social, já não disponham de órgãos constituídos nos termos legais passa para a titularidade do centro regional da segurança social da respectiva área, mediante Portaria do membro do governo responsável pela Segurança Social.(...)

3.3. O parecer n.º 48/92 da Procuradoria Geral da República, homologado em 30.12.92, acima citado, faz um elenco da tipologia actual das casas do povo, o qual se passa a transcrever:

"Aquando da entrada em vigor dos Decretos-Leis n.º 245/90 e 246/90, configuraram-se no universo das casas do povo, além do mais, as três situações seguintes:

a) Casas do povo em plena realização dos fins que lhes são próprios, com meios financeiros próprios para esse efeito, através de órgãos regularmente constituídos, com instalações não afectas ao funcionamento de serviços locais de segurança social;

b) Casas do povo realizando os fins que lhes são próprios, com meios financeiros próprios, através de órgãos regularmente constituídos, em cujas instalações passaram a funcionar os serviços sociais da segurança social, com base na contratação prevista no n.º 4 do artigo 1º do Decreto-Lei .º 245/90, disso sendo remuneradas;

c) Casas do povo sem meios próprios de financiamento nem órgãos sociais regularmente constituídos, não desenvolvendo quaisquer dos respectivos fins estatutários ou legais, com instalações integralmente afectas aos serviços locais de segurança social e totalmente financiadas por verbas do orçamento da segurança social, como se nos CRSS estivessem integradas.

Na primeira e na segunda das referidas situações, têm as casas do povo vida associativa própria das pessoas colectivas de utilidade pública que são, em relação às quais não se põe a questão da aplicação ou não do disposto no n.º 2 do artigo 2º do artigo 5º do Decreto-Lei n.º 245/90, isto é, a transferência do seu património para os CRSS.

A aplicação do estatuído na referida disposição só se coloca, naturalmente, em relação à situação delineada em terceiro lugar, certo que aí as casas do povo já não existem de facto, tudo se passando como se integradas estivessem nos CRSS, que de todo as financiam, designadamente no que concerne à conservação e ou substituição do respectivo património."

III
A Casa do Povo de Soalhães

Embora a situação ora em análise não seja directamente enquadrável em nenhum dos tipos de casa do povo acima elencados, uma vez que estamos perante instalações afectas a serviços de uma Administração Regional de Saúde, e não a serviços locais da segurança social, o certo é que a Casa do Povo de Soalhães é uma associação em plena realização dos fins que lhes são próprios, com meios financeiros próprios para esse efeito, com órgãos regularmente constituídos, nas instalações da qual se encontra em funcionamento uma extensão de saúde.

Na verdade, a Casa do Povo de Soalhães funciona desde 26.2.76 em edifício expressamente construído para o efeito, tendo, pelo menos desde essa data, órgãos sociais próprios regularmente constituídos.

Conforme determinou o Decreto-Lei n.º 4/82, de 11 de Janeiro, a Casa do Povo tem, desde 30 de Novembro de 1982, Estatutos devidamente aprovados.

Não pode, pois, deixar de se concluir que a Casa do Povo de Soalhães adquiriu, nessa data, a natureza de pessoa colectiva de utilidade pública, de base associativa, que actualmente se rege pelas disposições do Código Civil relativas às associações, nos termos do disposto no artigo 1º do Decreto-Lei n.º246/90 .

Desde data imprecisa, o primeiro andar do imóvel acima referido foi ocupado pela extensão do Centro de Saúde do Marco de Canaveses, e entre 18.10.79 e 1988 a A.R.S. do Norte comparticipou, de forma regular, nas despesas de utilização daquele imóvel, calculadas em conformidade com o estabelecido no Despacho Conjunto das Secretarias de Estado da Saúde e da Segurança Social de 4.10.79 referido no ponto 1.6. supra.

Posteriormente a 1988 a Casa do Povo de Soalhães nada mais recebeu por parte da A.R.S. do Norte a título de comparticipação naquelas despesas, situação que se mantém.

IV
Conclusões

Analisados os factos acima descritos, e tendo em conta a legislação em vigor, verifica-se que:

1. Numa primeira fase, em que importava assegurar a continuidade da presta-

ção dos serviços, os serviços de acção médico-social foram substituídos pelos serviços médico-sociais, determinando a Portaria n.º 431/76, de 20 de Julho, que durante a fase de articulação e até à completa integração, os serviços médico-sociais continuassem a utilizar as instalações das casas do povo afectas à prestação de assistência médica.

2. Posteriormente, o Decreto-Lei n.º 129/79 determinou que o património imobiliário das Casas do Povo fosse utilizado pelos serviços quer médico-sociais, quer de segurança social, mediante o pagamento dos respectivos encargos.

3. A partir de 1982, com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 4/82, as casas do povo ou foram extintas ou se transformaram em pessoas de utilidade pública de base associativa, tuteladas pelo Estado, que poderiam "executar, por delegação, tarefas cometidas aos serviços públicos". Nesta data, a Casa do Povo de Soalhães adquiriu ope legis a qualidade de pessoa colectiva de utilidade pública.

4. Já a partir desta altura se previa que as casas do povo fossem compensadas pela utilização das suas instalações, mas atenta a tutela pública que ainda impendia sobre elas por parte da Secretaria de Estado da Segurança Social, visto serem estas casas tuteladas pela Junta Central das Casas do Povo, e, a partir da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 185/85, tuteladas pelos centros regionais da segurança social, o seu regime manteve-se híbrido.

5. A partir da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 246/90, de 27 de Julho, não subsistem mais dúvidas: as casas do povo são associações, reguladas nos termos do disposto no Código Civil, não tuteladas por qualquer entidade pública.

Dispõe expressamente o artigo 1º deste Diploma que "a constituição e a extinção das Casas do Povo e consequente destino dos bens subsistentes regem-se pelas disposições do Código Civil aplicáveis às associações".

6. Caso estas associações não respeitem os seus fins legais ou estatutários, serão extintas, quer nos termos do disposto neste diploma, quer por decisão judicial, nos termos do disposto no artigo 182º do Código Civil.

7. Verifica-se, quanto à Casa do Povo de Soalhães, que esta é actualmente uma associação privada, de reconhecida utilidade pública, que prossegue os seus fins de natureza cultural, recreativa e desportiva na localidade onde se encontra inserida.

8. Atenta esta nova natureza legal de associação, pessoa colectiva de direito privado, com património autónomo que não deixou em momento algum de ser seu , não se compreende com base em que elementos conclui a ARS do Norte beneficiar actual-

mente de um regime excepcional de utilização do imóvel em causa.

9. Não colhe, pois, a argumentação expendida no parecer que fundamentou a decisão da Administração Regional de Saúde do Norte que ora se contesta, ao apontar que da natureza de "pessoa colectiva de utilidade pública" da Casa do Povo de Soalhães resulta ser esta associação "discriminada positivamente" pelo Legislador, com um regime jurídico específico traçado pelo direito administrativo, o que legitimará que uma outra entidade pública (a A.R.S do Norte) usufrua do seu património imóvel sem a correspondente contrapartida.

10. Se a Casa do Povo de Soalhães é uma pessoa colectiva de utilidade pública é-o porque o legislador entendeu que, ao promover o desenvolvimento e o bem-estar das comunidades, as casas do povo deveriam ficar sujeitas a um estatuto que integra um complexo de direitos e deveres. No entanto, de tal facto não pode resultar a sujeição da utilização do seu imóvel por parte de uma entidade pública, sem qualquer contrapartida, porquanto:

10.1. O Decreto-Lei n.º 460/77, de 7 de Novembro estabelece, como um dos deveres das pessoas colectivas de utilidade pública, "colaborar com o Estado (...)na cedência das suas instalações para a realização de actividades afins". Ora, claramente, o funcionamento de uma extensão de saúde não pode ser considerada uma actividade afim das desempenhadas por uma associação de cariz cultural, desportivo e recreativo.

10.2. Na verdade, um sacrifício desta natureza (ver-se privada dos meios de rendimento proporcionados por um imóvel que lhe pertence) deveria estar expressamente previsto em normas legais ou em acordo celebrado para o efeito, o que não sucede. Efectivamente, conforme resulta da análise histórica realizada, o Decreto-Lei n.º 129/79, que serve de base ao direito a que se arroga a A.R.S. do Norte, é de natureza claramente transitória, e reportava-se a entidades não autónomas, fortemente tuteladas pelo Ministério dos Assuntos Sociais, que dispunha então do seu património, primordialmente com o objectivo de garantir que às populações continuassem a ser prestados os necessários serviços enquanto não se encontrassem em pleno funcionamento o Sistema de Segurança Social e o Serviço Nacional de Saúde.

10.3. Ainda que assim não fosse, o princípio da proporcionalidade a que está sujeita a Administração Pública determina que não se imponham aos particulares sacrifícios inadequados, desnecessários ou desproporcionais (em sentido estrito), o que sucede manifestamente no caso em apreço.

11. Conclui-se, pois, que a A.R.S. do Norte ocupa sem título, desde 1990, parte

de um imóvel da Casa do Povo de Soalhães.

V

Atento o exposto,

Recomendo

que sejam entabuladas negociações entre a Administração Regional de Saúde do Norte e a Casa do Povo de Soalhães com vista a que o uso do imóvel propriedade desta associação passe a ser titulado por negócio jurídico celebrado entre ambos, no qual ficarão previstas as compensações devidas pela utilização do imóvel que se entenderem adequadas.

Recomendação sem resposta

A
Sua Excelência
o Ministro das Finanças

R-1157/94
Rec. n.º 1/B/99
1999.01.05

1. Um grupo significativo de aposentados da função pública e de associações representativas dos mesmos dirigiu-me diversas reclamações que têm em comum a questão da degradação do montante das respectivas pensões. Tal degradação tem por referência o montante das pensões fixadas após a entrada em vigor do novo sistema remuneratório, introduzido pelo Decreto-Lei nº 184/89, de 2 de Junho e Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro.

Reclamam, essencialmente, da circunstância de as pensões fixadas, após a aplicação do novo sistema remuneratório, se situarem em valores bastante superiores relativamente aos fixados para pensões atribuídas no período anterior, para categorias idênticas e na base do mesmo tempo de serviço.

Por outro lado, insurgem-se contra a metodologia que tem sido adoptada pelo Governo, após 1989, para recuperar, ainda que timidamente, as pensões degradadas, a qual se baseia na aplicação de um aumento percentual uniforme, ou seja, sem atender

aos valores diferenciados das revalorizações que ocorreram nas respectivas carreiras e categorias de origem.

2. Tal como já ocorrera anteriormente com a publicação do Decreto-Lei n.º 191-C/89, de 29 de Julho, que determinou a recuperação prevista no Decreto-Lei n.º 245/81, de 24 de Agosto, verifica-se que as pressões exercidas pelos aposentados para a recuperação das suas pensões voltaram a ser renovadas após a reestruturação de carreiras operada pelos diplomas legais citados em 1.

Com efeito, a análise das reclamações que me foram dirigidas permitiu-me verificar que as pensões que foram fixadas após a aplicação deste novo sistema remuneratório, situam-se, nalguns casos, em valores que correspondem ao dobro das pensões atribuídas no período anterior, para categorias idênticas e na base do mesmo tempo de serviço.

Por essa razão, afigura-se-me ser inteiramente justificado o sentimento de injustiça de quem, por vezes por facto independente da sua vontade (limite de idade ou invalidez) não beneficiou de tão substanciais aumentos devido ao factor puramente aleatório de se ter aposentado antes de Outubro de 1989, sendo certo, por outro lado, que o sistema de cálculo de pensões da Caixa Geral de Aposentações propiciou a quem se aposentou em Outubro de 1989 uma significativa mais valia sem correspondência necessária com as contribuições prestadas para o efeito.

3. Confrontando as tabelas percentuais de aumento das remunerações por categoria (in "O Novo Sistema Retributivo", publicado pelo Secretariado para a Modernização Administrativa, Lisboa, 1992), verifica-se que a valorização não foi uniforme nas várias carreiras e que dentro da mesma carreira variou de categoria para categoria.

Daí que a degradação das pensões provocadas pelo novo regime remuneratório também não seja uniforme, variando em função das carreiras e categorias, como veremos adiante.

Assim:

Quadro I

Acréscimos percentuais nas remunerações mínimas, médias e máximas do regime geral entre Out 89/Set 89 e Jan 91/Set 89 ([62])

Regime geral Administração central	Acréscimos em percentagem					
	Outubro 1989/Setembro 1989			Janeiro 1991/Setembro 1989		
	Mínimo	Médio	Máximo	Mínimo	Médio	Máximo
Técnico Superior	41%	32%	82%	71%	64%	106%
Técnico	33%	25%	63%	54%	49%	85%
Técnico prof. Nível 4	0%	18%	34%	36%	33%	52%
Técnico prof. Nível 3	0%	17%	29%	36%	29%	47%
Administrativo	0%	17%	29%	36%	32%	47%
Tesoureiro	0%	25%	31%	50%	40%	48%
Esc. Dactilógrafo	0%	14%	26%	30%	29%	43%
Auxiliar	0%	18%	26%	27%	33%	43%
Operário qualificado	0%	16%	29%	28%	31%	47%
Operário semiqualificado	0%	15%	25%	29%	30%	41%
Operário não qualificado	0%	15%	23%	30%	29%	40%
Total	12%	18%	82%	27%	38%	106%

Da análise deste quadro posso concluir, em primeiro lugar, que os acréscimos remuneratórios não foram, de facto, idênticos em todas as carreiras, sendo mais elevados nas carreiras técnica superior e técnica, onde ocorreram maiores desfasamentos entre pensões anteriores e posteriores a Outubro de 1989.

Em segundo lugar, verifica-se que, logo na fase inicial de aplicação do Novo Sistema Remuneratório e no curto período que decorreu entre Setembro de 1989/Outubro de 1989, as remunerações do regime geral beneficiaram de acréscimos máximos de 82%, médios de 18% e mínimos de 12%, com reflexos imediatos no valor das pensões fixadas a partir dessa data.

Por fim, verifica-se ainda que no período compreendido entre Setembro de

[62] - Tomei como base os últimos elementos elaborados pelo Secretariado da Modernização Administrativa que se reportam a Jan 91 - 2º descongelamento de escalões. A partir de Jan 91 a execução do NSR foi transferida para a Secretaria de Estado do Orçamento e não há elementos conhecidos até ao fim da aplicação do sis-

1989 (fase anterior à aplicação do NSR) e Janeiro de 1991 (2º descongelamento de escalões) as remunerações do regime geral beneficiaram de acréscimos máximos de 106%, médios de 38% e mínimos de 27%.

4. Apraz-me registar que o Governo tenha iniciado já uma recuperação das pensões anteriores a Outubro de 1989.

Com efeito, as portarias anuais de actualização de vencimentos e pensões têm introduzido, a partir de 1991, taxas correctivas para as pensões fixadas antes de 01/10/89, que se somam às actualizações gerais.

Vejamos:

Quadro II

Diplomas legais	**Correcção**	**Actualização**
Portaria 54/91, de 19 de Janeiro	1,5% (n.º 7)	13,5% (n.º 1)
Portaria 77-A/92, de 5 de Janeiro e Decreto-Lei 61/92, de 15 de Abril	2% (n.º 17)	8% (n.º 14)
Portaria 79-A/94, de 4 de Fevereiro	1% (n.º 15)	2,5% (n.º 13)
Portaria 1093-A/94, de 7 de Dezembro	1% (n.º 16)	5% (n.ºs 14 e 15)
Portaria 101-A/96, de 4 de Março	1,5% (n.º 16)	4,5% (n.º 15)
Portaria 60/97, de 26 de Janeiro	0,75% (n.º 16)	3% (n.º 15)
Portaria 29-A/98, de 16 de Janeiro	0,75% (n.º 16)	2,75% (n.º 15)
Totais	8,50%	39,25%

Da análise deste quadro resulta claro que o Governo procedeu a uma recuperação das pensões fixadas antes de 01/10/89 mediante a aplicação do aumento total de 8,5%. Esta percentagem é idêntica para todas as pensões anteriores a 01/10/89, o que significa que, nalgumas pensões, a recuperação atinge já 70% (nas pensões cujas remunerações de base foram revalorizadas pelo valor mínimo de 12%) e, noutras a recuperação pouco ultrapassa o valor percentual de 10% (as remunerações revalorizadas pelo máximo de 82%).

É certamente este o motivo porque a quase totalidade das reclamações que me foram apresentadas são de pensionistas cujos cargos do activo foram mais revalorizados.

5. Parece-me, pois, evidente que o sistema correctivo adoptado pelo Governo naquelas portarias não é o mais adequado, uma vez que não atende às revalorizações di-

tema - Jan 92.

ferenciadas que ocorreram nas respectivas categorias de origem. Na verdade, tal sistema trata de forma igual realidades substancialmente diferentes, ou seja, aplica um factor correctivo idêntico a todas as pensões, sem tomar em linha de conta os valores diferenciados das revalorizações das carreiras de origem.

Além disso, a aplicação do valor percentual correctivo idêntico para todas as pensões através das portarias supra identificadas no quadro II (no montante total de 8,5%) traduziu-se já numa recuperação desigual das pensões degradadas.

Também a adopção de outros critérios como o tempo de serviço, só por si, não me parecem adequados a corrigir as desigualdades verificadas.

6. Da análise do quadro I supra, resulta como evidente que o aumento substancial de que beneficiaram os funcionários do activo a partir de Outubro de 1989, no confronto com os aposentados até Setembro de 1989, justifica uma recuperação mais enérgica das pensões fixadas antes da aplicação do novo sistema remuneratório. Tal recuperação deverá, em meu entender, revestir carácter pontual e extraordinário, sem prejuízo de posteriores actualizações genéricas anuais.

Trata-se, sem dúvida, de uma medida de inegável justiça, uma vez que o critério temporal, só por si, não pode justificar diferenças tão acentuadas nos montantes das pensões.

7. Importa, pois, antes de mais, determinar o universo dos pensionistas cujas pensões deverão ser recuperadas. Uma vez que o novo sistema remuneratório entrou em vigor em 1 de Outubro de 1989 e teve uma aplicação faseada até Janeiro de 1992, trata-se de saber se a correcção deverá apenas abranger os pensionistas cujas pensões foram fixadas antes de Outubro de 1989 ou também os que se aposentaram entre Outubro de 1989 e Janeiro de 1992 (período de condicionamento de progressão nos escalões).

A análise dos diplomas legais que introduziram o novo sistema remuneratório, permite-me verificar que, durante o período de condicionamento de escalões, legislação variada estabeleceu bonificações específicas para os que se aposentaram neste período, nomeadamente facultou-se, no regime geral, a aposentação em escalão imediatamente superior ao resultante do condicionamento a quem a ele já pudesse ter ascendido de acordo com as normas dinâmicas de progressão, salvaguardando-se, deste modo, os direitos daqueles que se aposentaram durante esse período.

Parece-me, pois, razoável que a recuperação de pensões abranja apenas os pensionistas cujas pensões foram fixadas antes de 01/10/89, data da aplicação do novo sistema remuneratório. Não contemplaria, assim, os que se aposentaram entre Outubro de 1989 e Janeiro de 1992, ou seja aqueles que beneficiaram da fase inicial de aplicação do novo sistema mas já não de parte ou da totalidade dos aumentos remuneratórios propiciados pelos sucessivos diplomas de descongelamento.

Este, aliás, tem sido também o critério adoptado pelo Governo nas sucessivas correcções de pensões já efectuadas.

8. Por outro lado, importa também determinar quais os acréscimos de remunerações a ter por referência na recuperação das pensões degradadas, ou seja, se aqueles que se verificaram com a transição para o novo regime ou se aqueles que resultaram dos sucessivos descongelamentos previstos na Lei.

Ora, registou-se já que a aplicação da legislação respeitante aos três descongelamentos das remunerações do activo deu origem a distorções e iniquidades várias, cuja correcção foi por mim proposta ao Governo na Recomendação n.º 169/94, as quais, em meu entender, não convém fazer reflectir nas pensões a recuperar.

Por outro lado, a consideração dos diferentes critérios e orientações adoptados nas várias fases do descongelamento apresentaria dificuldades de processamento de pensões semelhantes às ocorridas com os vencimentos do pessoal do activo.

Daqui resulta que o mais adequado será tomar por referência o aumento substancial de que beneficiaram os funcionários do activo no confronto com os aposentados apenas no período de transição para o novo regime.

9. Assim, o sistema de correcção a adoptar deverá basear-se nas percentagens de acréscimo das remunerações médias, verificadas no período de Setembro de 1989/Outubro de 1989, diferenciadas em função das diferentes carreiras, de acordo com os dados oficiais já aludidos e que a seguir se transcrevem:

Quadro III

Acréscimos percentuais nas remunerações médias do regime geral entre Out 89 e Set 89

Regime geral administração central	Remunerações médias		Acréscimos médios em percentagem
	Set/89	Out/89	Out/89/Set89
Técnico Superior	116400	153800	32%
Técnico	90500	113200	25%
Técnico prof. nível 4	67200	79200	18%
Técnico prof. nível 3	62400	72700	17%
Administrativo	59900	69800	17%
Tesoureiro	70900	88600	25%
Esc. Dactilógrafo	48100	55000	14%
Auxiliar	44300	52300	18%
Operário qualificado	55100	63800	16%
Operário semiqualificado	50200	57600	15%
Operário não qualificado	48200	55400	15%
Total			18%

Com efeito, a adopção dos valores percentuais de acréscimo das remunerações médias, em função de cada carreira, parece-me ser o critério mais justo e equitativo, ou seja, aquele que de uma forma mais ampla poderá corrigir a generalidade da degradação verificada nas pensões fixadas antes de Outubro de 1989.

É evidente, que o critério que ora apresento não resolve de forma igual todas as situações de degradação de pensões que se registaram, mas parece-me ser a forma mais equilibrada e mais simples de o fazer em termos de processamento.

10. Deverá, porém, tomar-se em linha de conta o valor correctivo de 8,5% já introduzido em todas as pensões fixadas com base em vencimentos anteriores a Outubro de 1989.

Por último, o factor correctivo a introduzir deverá ser idêntico para todas as pensões das diferentes carreiras, ou seja, deverá corresponder a uma correcção de 100% em cada carreira. Isto vale para dizer que a recuperação deverá ser igual ao acréscimo percentual das remunerações verificado em cada carreira, por forma a que as pensões

fixadas anteriormente a Setembro de 1989 sejam equiparadas às fixadas aos pensionistas em Outubro de 1989.

Na verdade, deve aplicar-se, por razões de equidade, o mesmo factor de correcção para todas as pensões (100%), mas este factor deve incidir sobre as diversificadas percentagens de acréscimo de que beneficiaram as remunerações médias de cada carreira no período inicial de Outubro de 1989, com as deduções já aludidas.

11. Uma última nota ainda para referir que, embora não dispondo de elementos oficiais para o efeito, me parece que idêntico critério deverá ser adoptado na actualização extraordinária a operar simultaneamente nas pensões degradadas das carreiras especiais.

12. Em face do exposto,

Recomendo

a Vossa Excelência que se digne tomar medidas por forma a efectuar-se uma correcção pontual e extraordinária das pensões de aposentação fixadas antes de Outubro de 1989, data da entrada em vigor do novo sistema remuneratório.

Sugiro a Vossa Excelência que a correcção tome por base as diferente percentagens médias de que beneficiaram os vencimentos médios de cada carreira no curto período de Setembro de 1989/Outubro de 1989, deduzindo-se deste valor a correcção já efectuada de 8,5%.

Recomendação não acatada

A
Sua Excelência
o Secretário de Estado do Ensino Superior

R-679/98
Rec. n.º 2/B/99
1999.01.12

1. Foram apresentadas nesta Provedoria de Justiça várias reclamações por alunos inscritos em cursos de estudos superiores especializados (CESE), contestando o facto de os respectivos estabelecimentos de ensino lhes estarem a exigir propinas de valor superior ao correspondente ao ordenado mínimo nacional, em alegada violação do

disposto no artigo 14º da Lei n.º 113/97, de 17 de Setembro (Lei do Financiamento do Ensino Superior).

A este propósito, foram solicitados esclarecimentos a alguns dos estabelecimentos reclamados, os quais, em resposta, afirmaram que a exigência de pagamento de propinas praticada se havia baseado em instruções oriundas dessa Secretaria de Estado, no âmbito das quais se determinava a não aplicação aos CESE da Lei do Financiamento do Ensino Superior, e isso por duas razões: - a primeira, por os CESE estarem em vias de extinção, após a alteração da Lei de Bases do Sistema Educativo operada pela Lei n.º 113/97, de 19 de Setembro, que suprimiu os cursos desta natureza; - a segunda, por se ter considerado escaparem os CESE à dicotomia "cursos de formação inicial/cursos de pós-graduação" consagrada na Lei do Financiamento, pelo que o regime por esta implantado não lhes poderia ser aplicado. Com base neste entendimento, considerou-se que deveria continuar a ser aplicado aos CESE o regime existente até à publicação da Lei do Financiamento, constante do artigo 6º, n.º 2 da Lei n.º 1/96, de 9 de Janeiro, de acordo com o qual os estabelecimentos beneficiavam de autonomia para fixarem o valor das propinas que entendessem.

Foram também solicitados esclarecimentos ao gabinete de Vossa Excelência que, em resposta constante do ofício n.º 5480, de 24 de Novembro último, comunicou estar em vias de conclusão o processo de publicação de um diploma visando, a repristinação da norma constante do artigo 6º, n.º 2 da Lei n.º 1/96.

2. A questão em apreço surge com uma amplitude temporal limitada já que, como se sabe, os CESE foram extintos na sequência da última alteração à Lei de bases do Sistema educativo operada pela Lei n.º 113/97, de 15 de Setembro, sendo o presente ano lectivo o último em que foram admitidos novos alunos. Esse facto não impede, porém, a apreciação do problema aqui suscitado, que permanecerá pertinente enquanto existirem os CESE.

Nesse contexto, importa antes de mais, perceber qual a natureza dos CESE face aos demais cursos do ensino superior, após o que melhor se poderá aferir qual o regime de propinas que lhes deverá ser aplicado.

Estes cursos foram inicialmente previstos na Lei n.º 46/86, de 14 de Outubro, que contém a Lei de Bases do Sistema Educativo.

A este propósito, é pertinente a leitura da redacção original dos n.º 4 a 7 do artigo 13º, que estabelecem o seguinte:

"n.º 4 - No ensino superior é conferido o grau de bacharel e são atribuídos diplomas de estudos superiores especializados, bem como outros certificados e diplomas para cursos de pequena duração.

n.º 5 - Têm acesso aos cursos de estudos superiores especializados os indivíduos habilitados com o grau de bacharel ou licenciado.

n.º 6 - O diploma de estudos superiores especializados é equivalente ao grau de licenciado para efeitos profissionais e académicos.

n.º 7 - Os cursos de estudos superiores especializados do ensino politécnico que formem um conjunto coerente com um curso de bacharelato precedente podem conduzir à obtenção do grau de licenciado."

Resulta do teor dos preceitos transcritos, serem os CESE cursos de especialização destinados a titulares de cursos superiores; sendo cursos que acresciam a uma habilitação superior de formação inicial obtida anteriormente (em princípio, mas não obrigatoriamente, o bacharelato), e constituindo um meio de aprofundamento de conhecimentos técnicos e científicos numa área específica e determinada, os CESE seriam, à partida, normais cursos de pós-graduação.

Nem sempre, porém, seria assim.

Com efeito, e como se viu, a Lei previa que, em alguns casos, os CESE pudessem conferir o grau de licenciado quando formassem um conjunto coerente com um curso de bacharelato precedente.

Ora, nestes casos, os CESE, mais do que acrescer a uma habilitação superior, complementavam-na; mais do que a especializar, completavam-na, acabando por constituir um todo com o curso precedente e permitindo, em consequência, a aquisição do grau de licenciado.

Verifica-se aqui uma alteração substancial da natureza dos CESE, que não podem mais considerar-se simples cursos de pós-graduação, apresentando-se antes como verdadeiros cursos de formação superior de base: a situação material dos alunos inscritos em CESE conferidores do grau de licenciatura, aproximava-se, sem dúvida, bastante mais da dos alunos que frequentassem os anos finais de um curso de licenciatura, do que da dos que frequentassem cursos de pós-graduação.

O próprio Ministério da Educação, aliás, reconheceu esse facto em, pelo menos, duas ocasiões: a primeira, na regulamentação do regime de atribuição de bolsas a alunos do ensino superior particular e cooperativo para o ano lectivo de 1997/98, em que se fez corresponder o regime bolsista dos alunos que frequentem cursos de licenci-

atura aos alunos dos CESE, desde que estes permitissem a atribuição de grau (cf. artigo 2.º, alínea d) do Desp. 11640 - D/97, de 22 de Novembro de 1997); a segunda, por via da Circular n.º 414 do Departamento do Ensino Superior, de 15 de Janeiro de 1998, a qual, debruçando-se sobre a reconversão dos CESE em fases complementares de licenciaturas bietápicas (necessária pela extinção legal dos primeiros), afirmava que, "nos casos em que os CESE formam um conjunto coerente com um bacharelato precedente e já conduzem a uma licenciatura, as adaptações (a realizar para possibilitar a reconversão) poderão ser mínimas".

3. Face ao exposto, entendo não poderem proceder os argumentos aduzidos por essa Secretaria de Estado, acima transcritos, defendendo a não aplicação aos CESE do regime de propinas constantes da Lei do Financiamento do Ensino Superior. De facto, não é verdade que os CESE não se integrem na "dualidade" existente na Lei de Financiamento, constituída por cursos de formação inicial e de pós-graduação. Pelo contrário, os CESE, como se viu, podem corresponder ora a cursos de formação inicial ora a cursos de pós-graduação, não sendo de modo nenhum problemática a aplicação do respectivo regime constante da Lei de Financiamento. E não se diga que a isso obsta o facto de estarem estes cursos em processo de extinção: enquanto subsistirem, sujeitar-se-ão ao regime aplicável aos cursos de ensino superior existente e não a outro, muito menos se esse tiver já sido revogado.

A actuação reclamada é, assim, ilegítima, antes de mais, por carecer de uma base normativa que a autorize e justifique, configurando uma violação ao princípio da legalidade, pressuposto basilar da actividade administrativa e como tal, aliás, expressamente previsto no artigo 3.º do Código de Procedimento Administrativo.

4. Mas, ainda que assim não fosse, a aplicação de um regime de fixação livre de propinas a todos os CESE, qualquer que seja a sua natureza, seria sempre irregular nos termos a seguir enunciados.

A Lei do Financiamento do Ensino Superior fez corresponder aos cursos de pós-graduação um regime de propinas, por assim dizer, "livre", conferindo aos estabelecimentos de ensino liberdade para fixarem o montante das mesmas, apenas limitados pelo "custo reconhecido" aos cursos (cf. artigo 14.º, n.º 4). Por sua vez, para os cursos de formação inicial, entendeu o legislador dever limitar os encargos a assumir pelos alunos, fixando um tecto para a comparticipação financeira que estes tivessem de suportar, correspondente ao valor do ordenado mínimo nacional e, portanto, bastante

abaixo dos custos reais dos cursos (cf. artigo 14.º, n.ºs 2 e 3).

Ora, constituindo os CESE conferidores de grau, como se viu, verdadeiros cursos de formação inicial, não podem os mesmos deixar de beneficiar do regime aplicável a cursos com esta natureza.

Nessa medida, a não submissão dos CESE conferidores de grau ao regime de propinas aplicável aos cursos de formação inicial constitui uma clara discriminação dos alunos implicados face aos seus colegas que frequentem cursos normais de licenciatura, os quais, estando embora em situações materiais idênticas às dos primeiros - por ambos frequentarem cursos de formação inicial -, beneficiam de um regime de propinas a todos os títulos mais favorável, sem que, para tanto, existam razões relevantes que o justifiquem. Essa discriminação é ilegítima, por consubstanciar uma violação do princípio da igualdade, contido no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa, na vertente em que este exige um tratamento igual de situações que sejam, de facto, iguais.

A este respeito, não será naturalmente, pertinente argumentar-se com o facto de, no passado, os CESE terem estado sempre sujeitos a um regime diferente do aplicável aos cursos de formação inicial: tal situação apenas revela que o regime existente há muito carecia de ser alterado, no sentido, aliás, da recente evolução legislativa, que uniformizou o regime de financiamento para os cursos de formação inicial, designadamente os conferidores do grau de licenciatura, universitários e politécnicos.

Finalmente, devo ainda referir que, pelos motivos que ficaram acima expressos, não será admissível a repristinação do artigo 6º, n.º 2 da Lei n.º 1/96, que o gabinete de Vossa Excelência informou estar a ser ultimada, se por essa via se pretender aplicar indistintamente a todos os CESE um regime de fixação livre de propinas.

5. Tenho presente que a aplicação aos CESE conferidores do grau de licenciado do disposto no artigo 14º, n.ºs 2 e 3 da Lei de Financiamento, representa um encargo acrescido para os estabelecimentos de ensino implicados, que em última análise, poderá comprometer a continuidade dos cursos. Será necessário, portanto, que o Estado assuma as suas obrigações, suportando orçamentalmente a diminuição de receitas que a medida implicar, em obediência, aliás, aos princípios enunciados no artigo 5º da própria Lei do Financiamento do Ensino Superior.

Atento o exposto, e ao abrigo do disposto no artigo 20º, n.º 1, alínea b) da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

a) que passe a ser aplicada aos CESE actualmente existentes o regime constante da Lei de Financiamento do Ensino Superior, contido na Lei n.º 113/97, de 17 de Setembro;
b) que, nesse contexto, aos alunos que frequentem CESE conferidores do grau de licenciado, seja aplicado o disposto no artigo 14º, n.º 2 e 3 do diploma referido; que, aos demais alunos seja aplicado o disposto no artigo 14º, n.º 4;
c) que os encargos decorrentes desta actuação sejam assumidos pelo Estado, no âmbito das responsabilidades que lhe cabem no financiamento do ensino superior.

Recomendação não acatada

A
Sua Excelência
o Ministro da Educação

R- 534/97
Rec. n.º 12/B/99
1999.04.23

1. Foram apresentadas nesta Provedoria de Justiça diversas reclamações contestando o facto de as médias dos cursos secundários consideradas para efeito de cálculo das notas de candidatura, serem expressas com arredondamento às unidades, situação que, no entender dos reclamantes prejudica o melhor rigor na seriação daqueles candidatos.

Questionada a este respeito, informou a Secretaria de Estado da Educação e Inovação, que eventuais alterações a este respeito deveriam aguardar a publicação de algumas medidas normativas a anunciar no decurso do presente ano lectivo, sendo que, de todo o modo, a alteração do modo de expressão das médias só se poderia concretizar se fosse considerada pertinente em termos do ensino secundário.

2. A questão que se coloca é a de saber se o actual sistema de expressão de médias será o mais justo e adequado, considerando designadamente o contexto actualmente verificado no acesso ao ensino s uperior.

Entendo que não, pelas razões que passo a enunciar.

O Regime de Acesso ao Ensino Superior, contido no Decreto-Lei n.º 28-B/96, de 4 de Abril, com a redacção que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 75/97, de 3 de

Abril, estabelece que a nota de candidatura ao concurso de acesso contabilizará a média do curso secundário, definida nos termos do ponto 58 do Despacho Normativo n.º 338/89, de 29 de Agosto, que contém o Regime de Avaliação dos Alunos do Ensino Secundário.

Neste último preceito, estabelece-se que a classificação final do ensino secundário será arredondada às unidades, pelo que, na seriação dos candidatos em sede de concurso para o ingresso ao ensino superior, as médias de curso consideradas são arredondadas às unidades.

3. É sabido que o ingresso no ensino superior público se processa actualmente num quadro concorrencial extremamente agressivo, particularmente em determinados cursos para os quais as médias de acesso fixadas se situam em valores próximos do limite da escala de avaliação.

Nesse contexto, a seriação dos candidatos assume particular relevância, bem como os critérios que lhe estão subjacentes, os quais deverão, desejavelmente, lograr distinguir com acrescida precisão os opositores ao concurso.

No actual regime de acesso, são considerados como factores de distinção, a nota de frequência do curso secundário, os resultados dos exames das disciplinas específicas e, quando estiverem previstos, a nota dos pré-requisitos.

Destes três factores, o mais importante será, sem dúvida, o primeiro, não só por ter preponderância na forma de cálculo da média de acesso de cada aluno, em que tem um peso de 50%, mas também por se reportar a um período mais prolongado, permitindo uma visão mais global e consistente do desempenho e do valor do aluno.

Ora, verifica-se que é este exactamente aquele que é expresso em termos menos precisos, optando-se por uma padronização unitária, que releva as diferenças de avaliação menos significativas.

Sucede que estas diferenças, reportando-se a um período prolongado, equivalem frequentemente a um esforço significativo, duradoiro e permanente de alguns alunos, particularmente nas áreas que dão acesso privilegiado aos cursos superiores com médias de acesso mais elevadas, a que atrás se fez referência.

A diferença que esta dedicação representa, ainda que consubstanciada em apenas algumas décimas, deverá ser considerada para efeitos de seriação dos alunos que concorram juntos ao ensino superior, constituindo a equalização das classificações, neste contexto, uma inegável injustiça para com os alunos que ao longo do ensino secundário registaram um maior empenho.

4. A alteração do procedimento em apreço é matéria que importa, no contexto referido, apenas no quadro do acesso ao ensino superior. A Secretaria de Estado da Educação e Inovação comunicou já que qualquer mudança do actual regime deveria estar de algum modo condicionada à utilidade que a mesma pudesse revestir em termos do ensino secundário.

Entendo, porém, que, sendo válidas as considerações atrás tecidas, a alteração defendida deverá ser concretizada, ainda que, não sendo por alguma razão oportuna para o ensino secundário, se circunscrevam os seus efeitos ao concurso de acesso ao ensino superior, ficando a média de curso expressa com aproximação às décimas apenas na ficha elaborada com vista à instrução do processo de candidatura de cada aluno.

A ser assim, terá de ser esse facto explicitado no Regime de Acesso ao Ensino Superior a entrar em vigor no próximo ano – no presente ano, é preferível manter o actual sistema, para não se correr o risco de se frustarem expectativas eventualmente existentes.

6. Atento o exposto, e ao abrigo das competência que me estão legalmente atribuídas pelo artigo 20.º, n.º 1, alínea b) da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

a) que, para efeitos do concurso de acesso ao ensino superior, a média de curso do ensino secundário passe, a partir do concurso a realizar no ano 2000, a ser expressa com aproximação às décimas, sendo a correspondente certificação de habilitações emitida em conformidade;

b) que seja este facto objecto de explicitação no Regime de Acesso ao Ensino Superior a vigorar no próximo ano, contido no Decreto-Lei n.º 296-A/98, de 25 de Setembro.

Recomendação não acatada

Ao
Exm.º Senhor
Presidente do Conselho Científico
da Escola Superior de Música e Artes do Espectáculo do Porto

R- 3224-98
Rec. n.º 17/B/99
1999.05.28

No âmbito do assunto em referência, tem sido objecto de apreciação as implicações que deverão decorrer da falta da aluna em questão a um exercício de produção,

realizada em Julho de 1998, relativo ao ano lectivo de 1997-1998.

A situação pode sintetizar-se do seguinte modo:

a aluna frequentou, no passado ano lectivo, o terceiro ano do curso de actores da Escola Superior de Música e Artes do Espectáculo;

uma das disciplinas desse ano, designada de Produção, era constituída por quatro acções de avaliação efectuadas no âmbito de produções teatrais organizadas pela Escola, das quais três teriam de ser obrigatoriamente realizadas pelos alunos;

as acções foram todas calendarizadas no início do ano;

a aluna, sendo trabalhadora-estudante, programou as acções que pretendia realizar, assumindo posteriormente os compromissos profissionais que fossem compatíveis;

sucede que uma das acções a que a aluna se tinha proposto assistir, a realizar em Janeiro de 1998, teve de ser adiada por o coordenador ter ficado indisponível;

a acção veio a ser de novo marcada para a primeira semana de Julho;

o modo como a nova marcação ocorreu não é claro: a aluna afirma que a marcação apenas foi feita em meados de Junho; por sua vez, alguns responsáveis da Escola afirmam que o novo agendamento foi feito no mês de Fevereiro, aliás em conjunto com todos os alunos;

a aluna faltou a esta produção por, na data em que a mesma se realizou, ter já compromissos profissionais anteriormente assumidos – a aluna participou nessa ocasião num espectáculo artístico integrado no programa da companhia de teatro em que trabalha;

não tendo, desse modo, realizado o número mínimo de produções necessárias, a reclamante não pôde concluir a disciplina e o terceiro ano, já que as restantes foram todas efectuadas.

Em princípio, a aluna deveria repetir novamente a disciplina, incluindo todos as produções por si realizadas no passado ano; por outro lado, não tendo concluído o terceiro ano, a aluna não poderia inscrever-se no seguinte, por a isso obstar o regime de transição das licenciaturas bietápicas em que se integra o curso da aluna.

A questão que se coloca é a de se saber se, no contexto verificado na marcação do exercício de produção, será correcta a aplicação deste regime à aluna.

2. A este respeito, deliberou a Comissão Permanente desse Conselho Científi-

co, em reunião realizada no passado dia 18 de Março que: a) a aluna poderia frequentar o seminário em falta para concluir o 3.º ano (aproveitando assim os seminários realizados no passado ano lectivo); e b) que a aluna não poderia frequentar, ainda que condicionalmente, o quarto ano do seu curso.

Entendo que esta decisão não é correcta, sendo merecedora de crítica, nos termos que a seguir passo a enunciar.

3. À apreciação do assunto é essencial o prévio apuramento e definição relativamente ao modo como terá sido feita a marcação do seminário realizado em Junho.

Como ficou atrás dito, essa marcação surge na sequência do adiamento desta actividade, inicialmente marcada para o mês de Janeiro, sendo que a aluna defende que a nova marcação apenas foi definida em Junho, enquanto, por outro lado, fontes da Escola, referidas pelo Instituto Politécnico do Porto, defendem ter o agendamento ficado estabelecido logo em Fevereiro, aliás, após acordo de todos os alunos.

Alguns responsáveis da Escola, designadamente o Director e V. Ex.ª, enquanto Presidente do Conselho Científico, mantêm reservas quanto à matéria, não aderindo à tese segundo a qual a marcação teria ocorrido no mês de Fevereiro. Alguns alunos, subscritores do abaixo-assinado apresentado na reunião também contrariaram, aparentemente, esta última versão.

Ambas as posições serão assim passíveis de serem admitidas, não havendo qualquer elemento que permita, à partida e para um observador estranho, optar por qualquer delas.

De todo o modo, de acordo com os elementos facultados por essa Escola à Provedoria de Justiça, só no mês de Junho foi oficialmente comunicada a realização do exercício e a respectiva data, não existindo, até aí, qualquer documento que o indicasse ou que permitisse comprovar o prévio acordo no que a este assunto se refere.

Ora, havendo dúvida sobre o modo como se passou o agendamento, a circunstância de apenas existirem elementos documentais que apenas apontem para a afixação da data em Junho, e não outra, assume uma especial relevância. Com efeito, existindo versões distintas e credíveis sobre o ocorrido, e na ausência de qualquer elemento que permita com razoável certeza afiançar da marcação do exercício em data anterior ao mês de Junho, não poderá este facto ser conhecido, dando-se, para todos os efeitos como não ocorrido.

É, pois, neste contexto, que a questão em apreço terá de ser apreciada, decidindo-se em conformidade.

4. A esta luz, considero que a actuação da Escola, face à aluna, deveria ter sido distinta daquela que foi adoptada.

Assim, tendo a produção sido marcada apenas em Junho, não era exigível à aluna que desmarcasse os compromissos assumidos há vários meses, situação que não poderia deixar de lhe acarretar sérios prejuízos na sua situação profissional, quer no que se refere à sua carreira, quer à sua relação com a entidade patronal, que estaria naturalmente a contar com aquela sua funcionária para um desempenho em que, pela natureza da prestação e pelo pouco tempo disponível, dificilmente poderia ser substituída.

Por outro lado, cabia à Escola que marcasse atempadamente os seus exercícios de avaliação. De facto, tendo a data originariamente marcada para a produção sido abandonada, e sendo em função daquela que os alunos poderiam ter calendarizado os seus compromissos, a Escola deveria ter assegurado aos alunos as condições necessárias para a sua presença na produção de substituição, facto que, antes de mais, implicaria a marcação da mesma com uma antecedência, pelo menos razoável, o que não terá sucedido. Ainda que admitindo que a metodologia seguida na realização das produções, procurando criar as melhores condições pedagógicas para ao alunos, concorra para uma maior dificuldade na programação e marcação dos seminários, nem por isso deixa de ser aqui necessária uma certa segurança e previsibilidade na calendarização daquelas.

No caso vertente, aliás, essa preocupação deveria ter sido tanto maior quanto, por um lado, a presença na produção em questão era imprescindível para a avaliação da aluna – bem como, provavelmente, também para a de outros alunos – e, por outro lado, a aluna era uma trabalhadora—estudante, situação encarada pela lei como sendo merecedora de especial atenção, no sentido de deverem ser, tanto quanto possível, compatibilizados os afazeres académicos e profissionais: é essa a lógica subjacente ao Estatuto do Trabalhador - Estudante, contido na Lei n.º 116/97, de 4 de Novembro.

5. A ausência da aluna na produção em questão deve-se, assim, considerar justificada.

Responsável pela situação gerada foi, em último grau, a própria Escola, por a sua actuação não ter sido conforme ao que seria desejável, no quadro de uma programação e calendarização atempada das actividades lectivas a realizar.

Nesse contexto, deve-se procurar minimizar os danos sofridos pela aluna, procurando-se, quanto possível, colocá-la na situação em que estaria se não tivesse ocorri-

do o lapso. A isso obriga a observância do princípio da proporcionalidade, previsto no artigo 5.º, n.º 2 do Código do Procedimento Administrativo, quando esteja em causa a lesão de interesses de particulares.

Nesse contexto, a permissão para a aluna realizar a produção em falta no corrente ano lectivo, dispensando-a de repetir as produções já realizadas, não pode senão ser elogiada.

Mas essa autorização, por si só, é insuficiente. Essencial será que à aluna seja também dada possibilidade de se inscrever no quarto ano do seu curso – afinal, o efeito mais grave da retenção na disciplina, que decorreu directamente da ausência ao seminário.

Pode-se alegar que a tanto obstará o disposto no artigo 13.º, n.º 1, alínea a) do Regulamento Geral dos Cursos Bietápicos, contido na Portaria n.º 413-A/98, de 17 de Julho, que condiciona a inscrição no segundo ciclo à conclusão no primeiro.

No entanto, pode ser concedida uma autorização de inscrição, ainda que condicionada ao posterior preenchimento pela aluna das condições legais exigidas, ao abrigo do artigo 121.º do Código de Procedimento Administrativo[63], que prevê a prática de actos administrativos sujeitos a condição.

Apesar do adiantado do ano lectivo, esta inscrição será admissível, uma vez que, segundo informações prestadas pela Escola, o quarto ano do curso frequentado pela aluna apenas iniciou as aulas no mês de Fevereiro.

6. Nos termos da lei e dos Estatutos do Politécnico, a competência para decidir sobre esta matéria cabe ao Director da Escola (cfr. artigo n.º 38.º, n.º 1, alínea a) e g) do Estatuto do Instituto Superior Politécnico do Porto). No entanto, este órgão terá suscitado a intervenção desse Conselho Científico que a aceitou, sendo, por isso, remetida para essa sede a discussão do tema e não sendo de esperar que a situação venha, a esse respeito, a ser alterada. Assim, a rectificação da situação deverá passar por uma nova deliberação do Conselho Científico, que altere a decisão anterior em conformidade com o que atrás ficou exposto.

7. Assim, e em conclusão:

7.1 - A Comissão Permanente do Conselho Científico da Escola deliberou que

a aluna poderia fazer a produção a que faltou no passado ano, não autorizando, no entanto, a inscrição no quarto ano do curso.

7.2 - Por essa via, declinou todas as responsabilidades na ausência da aluna na produção, sem que tivesse ficado devidamente demonstrado que a Escola cumpriu a este respeito todas as suas obrigações, designadamente no que se refere à marcação atempada dos exercícios de avaliação.

7.3 - Dos elementos disponíveis não se pode senão garantir-se que a produção foi agendada em Junho, não sendo possível assegurar que a prova tenha sido marcada anteriormente.

7.4 - A Comissão impôs à reclamante uma solução que lhe era claramente prejudicial e desfavorável, em termos que não podem deixar de se considerar injustos e desproporcionados, designadamente ao não autorizar a inscrição da aluna no quarto ano - injustos porque infligem à aluna um dano por factos pelos quais ela não é responsável; desproporcionada, porque se ignora uma actuação alternativa, passível de causar um prejuízo significativamente menor à aluna.

8. Atento o exposto, e ao abrigo das competência que me estão legalmente atribuídas pelo artigo 20.º, n.º 1, alínea b) da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, tenho por bem formular a V. Excelência a seguinte

Recomendação

Que, mediante nova deliberação desse Conselho Científico, a aluna seja autorizada a inscrever-se no quarto ano do curso por si frequentado, revogando-se e substituindo-se nessa parte e em conformidade, a deliberação da Comissão Permanente do Conselho Científico de 18 de Março de 1999.

Recomendação não acatada.

A
Sua Excelência
a Ministra da Saúde

R-1470/98
Rec. n.º 20/B/99

[63] Esteves de Oliveira refere-se a estas, como sendo "condições impróprias", por respeitarem a requisitos legais da prática do respectivo acto ou da operatividade dos seus efeitos (cfr. Esteves de Oliveira, Código do Procedimento Administrativo Anotado, 2.ª edição, Almedina, 1997, nota II de anotação ao artigo 121.º)

1999.06.14

1. Foram-me dirigidas diversas reclamações relativas ao Decreto-Lei n.º. 118/92, de 25 de Junho, que estabelece o regime de comparticipação do Estado no preço dos medicamentos prescritos aos utentes do Serviço Nacional de Saúde e aos beneficiários da Direcção-Geral de Protecção Social aos Funcionários e Agentes da Administração Pública (ADSE).

2. Em tais reclamações está essencialmente em causa o disposto no artigo 3º deste diploma, que de seguida se transcreve:

> "1- A comparticipação do Estado no custo dos medicamentos integrados nos escalões B e C é acrescida de 15% para os pensionistas que aufiram pensões de montante não superior ao salário mínimo nacional.
>
> 2- Os beneficiários do regime especial de comparticipação devem fazer prova da sua qualidade através de documento emitido pelos serviços oficiais competentes."

3. Duas das reclamações apresentadas dizem respeito à situação de casais em que apenas o marido é pensionista, com pensão de valor superior ao salário mínimo nacional, não beneficiando a mulher de qualquer pensão num caso, e no outro beneficiando de pensão no valor de cerca de 30.000$00, de tal forma que da divisão por dois do cúmulo de tais pensões resulta um valor inferior ao salário mínimo nacional.

No entanto, em virtude do regime em causa, num caso, nenhum dos membros do casal tem direito ao benefício do regime especial de comparticipação, por nenhum deles preencher o requisito constante do n.º. 1 da norma citada, ou seja, auferir pensão de valor inferior ao salário mínimo nacional. No outro caso, apenas o cônjuge que aufere pensão de valor mais reduzido tem acesso ao regime especial de comparticipação de medicamentos, o que os reclamantes consideram injusto.

4. Outra das reclamações respeita a um pensionista de sobrevivência a quem, embora auferindo pensão de valor inferior ao salário mínimo nacional, foi negado, a partir de 1997, o acesso ao regime especial de comparticipação com o argumento de que este pensionista teria rendimentos que, somados com a referida pensão, seriam superiores ao salário mínimo nacional.

O reclamante confrontou por diversas vezes a Sub-Região de Saúde do Porto, invocando que o artigo 3º do Decreto-Lei n.º. 118/92 apenas refere "pensionistas que aufiram pensões de montante não superior ao salário mínimo nacional", pelo que a ac-

tuação daquela Sub-Região seria ilegal. No entanto, a sua pretensão foi negada com o argumento de que deveria ser considerada a soma da pensão com os rendimentos do trabalho, resposta que se manteve perante indagação da Provedoria de Justiça.

Posteriormente contactada pela Provedoria de Justiça, a Administração Regional de Saúde do Norte considerou que no caso em apreço, muito embora a "interpretação" realizada pela Sub-Região de Saúde competente fosse correcta, o processo em causa não se encontrava suficientemente instruído, uma vez que dele não constavam elementos relativos aos rendimentos globais do pensionista, nomeadamente a sua declaração de I.R.S..

5. Com vista a uma correcta interpretação das disposições legais em causa, creio ser indispensável atentar ao disposto no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 118/92, nomeadamente ao seguinte trecho:

> "A determinação dos escalões de comparticipação do Estado no custo dos medicamentos tem subjacentes critérios de essencialidade e de justiça social.
>
> Assim, o escalão A, em que o Estado suporta integralmente o custo do medicamento, abrange as especialidades farmacêuticas que são imprescindíveis e afectam grupos de utentes que se encontram em situações de desvantagem, nomeadamente doentes crónicos que, para além do mais, em casos excepcionais beneficiam de um regime excepcional, a fixar pelo Ministro da Saúde. A comparticipação integral, ao recair sobre medicamentos indispensáveis e cujo consumo é acrescido, garante um mínimo gratuito na assistência medicamentosa.
>
> Nesta perspectiva, a redução da percentagem nos escalões B e C da comparticipação irá permitir uma redistribuição dos recursos, criando condições para um acréscimo de comparticipação para as pessoas de mais fracos rendimentos e riscos de maior consumo de medicamentos."

6. Verifica-se, pois, que o Decreto-Lei n.º 118/92 aponta para dois critérios para atribuição do regime especial de comparticipação de medicamentos dos escalões B e C:

1) Critério da especial necessidade de consumo de medicamentos,
2) Critério de carência económica.

7. No entanto, a redacção do artigo 3º não permite que se cumpra o objectivo de atribuição do regime especial de comparticipação de medicamentos a pessoas em tais circunstâncias, conforme passo a expor:

8. Em primeiro lugar, o objectivo de conferir um regime mais favorável de comparticipação pelo Estado a quem tenha especial necessidade de consumo de medicamentos não é alcançado, quer por a actual formulação legal permitir que sejam beneficiados cidadãos que não têm necessariamente especial necessidade de consumo de medicamentos, quer por não abranger situações em que tal consumo acrescido é previsível.

8.1. Com efeito, de acordo com o preceito supra transcrito, e porque onde a Lei não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo, estão incluídos na previsão normativa, grosso modo, três grupos de pensionistas: os pensionistas de invalidez, de velhice e de sobrevivência.

Se é certo que a maior necessidade de medicamentos se pode legitimamente atribuir ao grupo dos pensionistas de invalidez e velhice, já o mesmo não se pode dizer dos pensionistas de sobrevivência. Estes recebem um pensão por morte de um familiar, que se destina a compensar a falta de rendimentos do *de cujus* na esfera jurídica daqueles.

Assim, verificam-se situações em que pensionistas de sobrevivência, a quem poderão ser atribuídas pensões de valor inferior ao salário mínimo nacional, sem previsível necessidade especial de consumo dos medicamentos, usufruem de um regime especial nesta matéria ([64]).

Saliente-se, aliás, que a pensão de sobrevivência é calculada com base na pensão de aposentação que o falecido auferia à data da morte, ou auferiria caso se encontrasse aposentado, não estando, por isso, sujeita a qualquer "condição de recursos" relativa ao seu titular. Sou, pois, levado a concluir que a inclusão dos pensionistas de sobrevivência no preceito em análise não permite cumprir o escopo da protecção dos pensionistas mais desfavorecidos.

8.2. Se, como demonstrei, a norma abrange quem não tem especial (presumível) necessidade de medicamentos, a verdade é que deixa de fora algumas pessoas em que tal necessidade se verificará em termos idênticos aos das pessoas expressamente abrangidas.

Com efeito, o diploma optou por definir as pessoas com previsível necessidade

[64] Importa neste ponto lembrar que, em virtude de outras disposições relativas ao custo de determinados grupos de medicamentos, ou de disposições relativas a doentes crónicos, as situações específicas de acrescidas necessidades neste domínio estarão devidamente acauteladas.

de consumo elevado de medicamentos como "pensionistas". No entanto, é fácil verificar que alguns não pensionistas se encontram exactamente na mesma situação:

Como se sabe, as pessoas não abrangidas por regimes contributivos de segurança social poderão aceder à pensão social, atribuída nas eventualidades de velhice e invalidez. De todo o modo, a atribuição de tal pensão está sujeita a uma condição de recursos relativa ao rendimento do agregado familiar. Com efeito, o artigo 2º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 464/80, de 13 de Outubro, dispõe que:

"A pensão social será atribuída, sem prejuízo do disposto no artigo 8º, às pessoas que se encontrem nas condições referidas nos artigos anteriores, cujos rendimentos ilíquidos mensais não excedam 30% da remuneração mínima garantida à generalidade dos trabalhadores ou 50% dessa remuneração tratando-se de casal."

Verifica-se, pois, que o limite de rendimento previsto nesta condição é bastante inferior ao estipulado no regime especial de comparticipação de medicamentos.

Assim, deveriam ser beneficiários do regime especial de comparticipação de medicamentos os não pensionistas que preenchessem os requisitos de atribuição de pensão social, exceptuada a condição de recursos. Tal não prejudicaria, obviamente, que às pessoas nestas condições fosse aplicado o critério de carência económica, em termos idênticos aos aplicados aos pensionistas.

9. Em segundo lugar, o critério da carência económica também não é inteiramente prosseguido:

A Lei dirige-se aos pensionistas que aufiram "pensões de montante não superior ao salário mínimo nacional", ou seja, incluem-se na previsão da norma todos os pensionistas (aqueles que recebem uma ou mais pensões, de qualquer tipo) cuja soma de pensões recebidas seja inferior ao salário mínimo nacional.

9.1. A primeira ilação a tirar é a de que, ainda que tais pensionistas recebam outros rendimentos que não pensões, estes rendimentos não serão considerados para efeitos de inclusão dos seus titulares entre os destinatários da norma.

No entanto, e conforme referi, a Administração Regional de Saúde do Norte, designadamente, interpretou o n.º. 1 do artigo 3º supra citado tendo em conta a totalidade dos rendimentos auferidos pelo reclamante, invocando a necessidade de racionalizar os recursos existentes.

Ora a apreciação de cada situação, isoladamente, à luz de critérios de justiça social, exigindo, nuns casos, a apreciação da totalidade dos rendimentos, e bastando-se, noutros, com o valor da pensão, sem atender rigorosamente ao disposto na Lei, gera

efectivas desigualdades sociais, pelo que não pode ser tolerada.

Assim, à luz das disposições legais vigentes, a actuação da Administração Regional de Saúde do Norte é ilegal, traduzindo-se inevitavelmente em situações de injustiça relativa.

Na verdade, para o efeito de considerar justificado um regime especial de comparticipação, o legislador bastou-se com a prova de dois factos: da qualidade de pensionista e de que a pensão (ou pensões) não atinge o valor do salário mínimo nacional.

Assim, sendo certo que a consideração da totalidade dos rendimentos permite aferir, de forma mais rigorosa, os agregados familiares com maiores carências, o preceito em causa deverá ser objecto de uma alteração legislativa nesse sentido que, simultaneamente, estabeleça a forma como o rendimento é apurado.

Se assim não se entender, e com vista a uma aplicação uniforme e, portanto, justa, do diploma legal em causa, deverão ser emitidas regras interpretativas de forma a garantir a correcta aplicação da norma, não se exigindo, pois, a prova de outros rendimentos, para além da relativa ao valor da pensão. Caso contrário, estariam as A.R.S. a substituir-se ao legislador.

9.2. A segunda ilação a tirar do preceito é a de que apenas são atendíveis os valores das pensões dos eventuais beneficiários do regime especial de comparticipação, e não o seu rendimento *"per capita"*, calculado em função do agregado familiar.

Nesse sentido, foi emitida uma Circular Informativa da Direcção-Geral dos Cuidados de Saúde Primários, com o n.º 12/DO, de 20.10.92, que esclarece que, ao apurar o valor da pensão, não se atenderá ao agregado familiar na dependência do pensionista, contrariamente ao que se defende na mesma circular informativa para o caso da isenção de pagamento de taxa moderadora.

Dispõe o n.º. 2 desta Circular Informativa:

"Com a publicação do Decreto-Lei º. 118/92, de 25 de Julho, foi criado um regime especial de comparticipação de medicamentos que abrange apenas os titulares de pensão igual ou inferior ao salário mínimo nacional, os quais terão direito a uma comparticipação do Estado superior em 15% relativamente ao definido no regime geral.

Este regime é, pois, distinto e independente do definido no Decreto-Lei n.º. 54/92 relativo a taxas moderadoras o qual, saliente-se, abrange não só os próprios pensionistas mas também o seu cônjuge e filhos menores desde que dependentes.

Justifica-se esta distinção porquanto as razões subjacentes ao regime especial não são apenas as condições económicas dos utentes mas também o seu risco de consumo alargado de medicamentos".

No entanto, o cumprimento desta orientação normativa revela-se desajustado para efeitos da prossecução do objectivo de conceder tal benefício a pessoas em situação de carência económica.

Tomemos como exemplo as seguintes situações, que correspondem grosso modo a duas das reclamações apresentadas:

1) Apenas o marido é pensionista, auferindo uma pensão no valor de cerca de 70.000$00, acrescida de subsídio de cônjuge a cargo de valor inferior a 4.000$00. À mulher, de idade superior a 65 anos, não foi atribuída a pensão social em virtude de não preencher o requisito da condição de recursos.

   Nenhum dos cônjuges é abrangido pelo regime especial de comparticipação de medicamentos, não obstante a sua previsível necessidade de consumo alargado de medicamentos e os seus rendimentos per capita serem de cerca de 37.000$00, ou seja, inferiores ao salário mínimo nacional.

2) Ambos os membros do casal são pensionistas, auferindo o marido pensão no valor de 60.000$00, e a mulher pensão no valor de 30.000$00. Apenas a mulher é abrangida pelo regime especial de comparticipação, apesar de ambos os cônjuges se incluírem no grupo de pessoas com risco de consumo elevado de medicamentos, e de os seus rendimentos per capita serem de cerca de 45.000$00.

É que, tratando-se de casais, os rendimentos e as despesas são necessariamente partilhados, pelo que não faz sentido considerar isoladamente o rendimento, ou o valor de pensão, de apenas um dos cônjuges quando ambos se encontram em idêntica situação de presumível necessidade de consumo alargado de medicamentos.

Por oposição, numa situação paralela, em que ambos os cônjuges aufiram pensão, por exemplo, no valor de 45.000$00, o que origina o valor total de 90.000$00, ambos os cônjuges terão direito ao regime especial de comparticipação, o que consubstancia uma evidente injustiça relativa, considerando os casos anteriores.

A consideração do rendimento do agregado familiar, agregado que poderá incluir pessoas sem presumível necessidade de consumo de medicamentos não implica, como é óbvio, que todos os membros do agregado beneficiem do regime especial de comparticipação em causa. Com efeito, o requisito de carência económica só é aferido

depois de estar aferido o da pertença ao grupo legalmente definido como de especial risco de consumo de medicamentos (pensionista, excluindo os de sobrevivência).

10. Em conclusão, resulta da aplicação do citado preceito legal que pessoas em igual situação material, com idêntico risco de consumo de medicamentos, e com rendimentos equivalentes, são tratadas diferentemente no tocante à atribuição de regime especial de comparticipação de medicamentos.

Ou seja, os dois critérios estabelecidos no Decreto-Lei n.º 118/92 para efeitos de atribuição de regime especial de comparticipação de medicamentos, apesar de correctos, encontram-se formulados de forma insuficiente, o que gera injustiças materiais e relativas.

11. Assim, e no âmbito das faculdades que me são legalmente conferidas,

Recomendo

que a redacção do artigo 3º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 118/92, de 25 de Junho, seja alterada de forma a que:

a) Quanto ao critério da especial necessidade de consumo de medicamentos, sejam abrangidos os pensionistas, excluindo os de sobrevivência, bem como as pessoas que preenchem os requisitos para atribuição da pensão social, exceptuada a condição de recursos (ou seja, pessoas com idade igual ou superior a 65 anos, ou pessoas em situação de incapacidade total e permanente para o trabalho);

b) O critério da carência económica seja reformulado de modo a que os rendimentos das pessoas referidas na alínea anterior (ou seja, das que se presume correrem o risco de necessidade alargada de medicamentos) sejam apurados tendo em conta o rendimento per capita do agregado familiar, mantendo-se como referência da situação de carência económica o salário mínimo nacional;

c) Para efeitos da alínea anterior, sejam consideradas a totalidade dos rendimentos percebidos pelo agregado familiar e não apenas os valores das pensões auferidas pelos potenciais beneficiários do regime especial de comparticipação pelo Estado do custo dos medicamentos.

Recomendação sem resposta

A
Sua Excelência
o Primeiro Ministro

R-2703/95
Rec. n.º 25/B/99
1999.07.21

1. O Senhor… dirigiu-me uma reclamação onde alega, essencialmente, que tendo prestado serviço como cooperante nos Transportes Aéreos de Cabo Verde, no período compreendido entre 5.07.76 e 10.04.80, não foi aquele tempo reconhecido por qualquer regime de protecção social para efeitos de velhice, invalidez e sobrevivência.

Com efeito, foi celebrado entre o Estado Português, a República de Cabo Verde e o reclamante um contrato de prestação de serviço de cooperação, cuja cópia remeto em anexo (doc. nº1), para o desempenho da função de comandante de avião. Anualmente, foi sendo celebrado novo contrato de prestação de serviços de cooperação, tendo o reclamante cessado o exercício daquelas funções em 10.04.80.

No nº 2, da cláusula 8ª do contrato inicial, assinado em 5.07.77, mas cujo início de vigência se reportou a 5.07.76, data do desembarque do reclamante em Cabo Verde, estabelecia-se que "O Estado Português pagará em Portugal os descontos para aposentação, invalidez e sobrevivência".

Verificou-se, porém, que nunca foram pagos quaisquer descontos para efeitos de segurança social durante todo aquele período de tempo em que o reclamante exerceu funções como cooperante do Estado Português.

2. Após inúmeras diligências instrutórias levadas a cabo pelos serviços da Provedoria de Justiça foi possível apurar junto da Secretaria de Estado dos Negócios Estrangeiros e da Cooperação que a razão de não terem sido efectuados descontos para a segurança social pelo trabalho realizado pelo reclamante como cooperante, residiu na falta de disposição legal que o permitisse, já que este não se encontrava vinculado a qualquer regime de segurança social antes de iniciar aquelas funções (vide docs. nº 2 e 3). Com efeito, o exercício daquelas funções achava-se regulado, àquela data, não só pelo Acordo Geral de Cooperação e Amizade e pelo Acordo de Cooperação Científica e Técnica celebrados entre Portugal e Cabo Verde, mas também pelo Decreto-Lei nº 180/76, de 9 de Março, diploma que não previa, estranhamente, a obrigação de pagamento de contribuições para a segurança social para os cooperantes que não fossem já

subscritores da Caixa Geral de Aposentações ou enquadrados por um qualquer organismo de previdência.

Aí se dispunha, na verdade, no artigo 6º, nº 1, que: "Competirá ainda à Secretaria de Estado da Cooperação:

a) .....

b) O processamento, liquidação e pagamento dos descontos obrigatórios previstos na legislação em vigor, designadamente para a aposentação, sobrevivência e invalidez, quando se tratar de cooperantes que sejam trabalhadores da função pública e, nos termos dos acordos de cooperação, tais encargos sejam de conta do mesmo Estado Português;

c) O processamento, liquidação e pagamento dos descontos obrigatórios para a Previdência, quando se tratar de cooperantes que anteriormente à celebração do contrato de cooperação já houvessem descontado para qualquer organismo de previdência e, nos termos dos acordos de cooperação, tais encargos sejam da conta do Estado Português."

Por outro lado, estabelecia-se, no artigo 8º, nº 2, do mesmo diploma legal, que "o tempo de serviço prestado pelo cooperante no Estado solicitante é contado, para efeitos de antiguidade e promoção, como se tivesse sido prestado no exercício do cargo que o cooperante desempenhava à data celebração do respectivo contrato", acrescentando-se, no nº 5 que "o cooperante não abrangido pelos nºs 2 e 4, se vier a ingressar na função pública, terá direito à contagem do tempo de serviço prestado como cooperante, mediante o pagamento dos descontos respectivos, nos termos da Lei geral".

Dispunha-se ainda no artigo 10º que o pagamento do complemento da remuneração devido aos cooperantes era da responsabilidade do Estado Português.

3. Ora, não vislumbro qual possa ter sido a razão para o tratamento diferenciado conferido àqueles que, à data em que prestaram as funções de cooperantes, não se encontravam abrangidos por qualquer daqueles regimes. Trata-se, sem dúvida alguma, de uma desigualdade injustificada já que o exercício de funções de cooperante do Estado Português deveria ser merecedor de tratamento idêntico, independentemente das funções anteriormente desempenhadas pelos respectivos cooperantes e do seu enquadramento para efeitos de segurança social.

4. Por outro lado, a introdução desta diferenciação, não se encontrando em conformidade com o estabelecido no aludido Acordo de Cooperação Científica e Técni-

ca apresenta-se como ilegal, uma vez que está em contradição não só com a letra, mas também com o espírito do mesmo Acordo. Com efeito, dispunha-se aqui de forma expressa, no artigo 11º, alínea d), que o Estado Português suportaria os encargos com o "pagamento de contribuições à Caixa Geral de Aposentações, à Caixa Nacional de Pensões, ou a qualquer outro organismo de previdência, conforme o caso, respeitantes aos benefícios de aposentação, invalidez e sobrevivência".

Daqui resulta, em primeiro lugar, que nenhuma obrigação a este nível foi deixada a cargo do Estado de Cabo Verde, conforme resulta do disposto no artigo 12º do mesmo Acordo. Além disso, foi também expressamente acordado que, não obstante os cooperantes exercerem a sua actividade em Cabo Verde, não adquiririam nunca a qualidade de funcionários cabo-verdianos (cfr. art. 9º, nº 4 do Acordo de Cooperação).

Resulta, igualmente, que foi cometida ao Estado Português a obrigação geral de suportar os encargos com a previdência, realizando os descontos para um dos regimes existentes. Ao aceitar tal obrigação, o Estado Português não a poderia omitir em relação a determinado grupo de cooperantes.

5. Na verdade, só um lapso do legislador português poderá justificar a omissão de previsão legal para a situação em análise. Com efeito, o legislador terá, naturalmente, sido confrontado com a dúvida sobre qual deveria ser o Estado responsável pelo pagamento das contribuições para a segurança social, nos casos em que os cooperantes não se encontravam abrangidos por qualquer regime de protecção social, uma vez que o serviço não iria ser prestado em Portugal mas sim no Estado solicitante, neste caso em Cabo Verde. Contudo, nada dispôs quanto a esta matéria.

A solução legislativa nem seria muito difícil, pois, em 1979, através do regime introduzido pelo Decreto-Lei nº 343/79, de 28 de Agosto, o Governo veio determinar a obrigatoriedade de inscrição nas caixas sindicais de previdência de todos os trabalhadores que concorressem com a sua actividade para a satisfação de necessidades normais do Estado e que não reunissem as condições de inscrição na Caixa Geral de Aposentações, o que, relativamente ao reclamante, nem sequer foi feito a partir da data do início de vigência deste diploma.

6. Não obstante, o Estado Português reconheceu, no caso que nos ocupa, que o reclamante reunia as condições necessárias para desempenhar as funções de cooperante, em conformidade, aliás, com o disposto no nº 2, do artigo 2º do Decreto-Lei nº 180/86, e procedeu sempre ao pagamento dos complementos de remuneração que lhe eram devidos, nos termos da Lei.

Além disso, assumiu, expressamente, na cláusula oitava do contrato inicial, a obrigação de pagar em Portugal os descontos para a aposentação, invalidez e sobrevivência, tal como decorria das obrigações assumidas no âmbito do Acordo de Cooperação Científica e Técnica celebrado com o Estado de Cabo Verde.

Tal previsão, constante da cláusula oitava do contrato inicial criou, obviamente, ao reclamante a forte expectativa de vir a ser enquadrado em regime de protecção social. Com efeito, o Estado Português ao assumir aquela obrigação não podia desconhecer que o reclamante não se achava, a essa data, abrangido por um qualquer regime de protecção social.

Nem mesmo o facto de, nos sucessivos contratos celebrados com o reclamante como cooperante do Estado Português, ter sido alterada a redacção daquela cláusula oitava por forma a torná-la compatível com o regime introduzido pelo Decreto-Lei 180/76, de 9 de Março, poderá ser apontado em desfavor do reclamante. Na verdade, a ter sido cumprida a obrigação anterior, já o reclamante se encontraria, à data da celebração dos novos contratos, enquadrado por um qualquer regime de protecção social, conforme havia sido acordado inicialmente.

7. Por outro lado, haverá, seguramente, outros ex-cooperantes com idêntico problema, sobretudo os que, antes de antes de desempenharem essa funções e à semelhança do que sucedeu com o reclamante, desenvolveram a sua actividade privada no Ultramar, onde não havia um regime obrigatório de protecção social de carácter geral.

Tratando-se de cidadãos nacionais, não faz sentido que não lhes tenha sido assegurada, por diploma legal interno, a respectiva protecção social durante o período em que desempenharam as funções de cooperantes. Na verdade, quanto aos cooperantes que, à data do contrato, não estivessem abrangidos por um qualquer regime de protecção social, apenas ficou ressalvada a possibilidade de contagem desse tempo de serviço para aqueles que viessem a ingressar, posteriormente, na função pública (vide art.8, nº 5, supra citado), nada se estabelecendo quanto aos que permanecessem a desenvolver actividades privadas.

8. Acresce, ainda, referir que tais ex-cooperantes nunca tiveram possibilidade ver reconhecido o tempo de serviço em que desempenharam tais funções, nem mesmo ao abrigo do disposto no Decreto-Lei nº 380/89, de 27 de Outubro, porquanto, àquela data, já Cabo Verde era um Estado independente.

9. Ora, sendo o trabalho a prestar pelos cooperantes desenvolvido, essencial-

mente, para satisfação do interesse do Estado Português, deveria o critério a adoptar quanto à protecção social dos respectivos executantes de tal tarefa ser o da nacionalidade e não o de os mesmos se encontrarem já vinculados ou não, anteriormente, a um qualquer regime de protecção social. Parece-me, pois, que o simples facto de o reclamante não se achar vinculado a um qualquer sistema de segurança social à data em que desempenhou as funções de cooperante do Estado Português não pode justificar o alheamento deste perante a protecção social que é devida a todos os cidadãos, conforme estabelece o artigo 63º da Constituição.

Assim, a possibilidade de contagem daquele tempo de serviço para efeitos de velhice, invalidez e sobrevivência é, pois, uma medida de inegável justiça que o Estado deve assumir e consagrar.

10. Face a todo o exposto,

Recomendo

a Vossa Excelência a consagração de normas que permitam que o tempo de serviço prestado pelos cooperantes que, à data do exercício dessas funções, não se encontravam abrangidos por um qualquer regime de protecção social e que não vieram a ingressar na função pública, possa ser contado pelo regime geral de segurança social.

Recomendação acatada

A
Sua Excelência
o Secretário de Estado do Ensino Superior

R - 3162/99
Rec. n.º 30/B/99
1999.09.01

1. O presente processo foi suscitado a propósito de um aluno que, tendo ingressado no mês de Outubro de 1998 no serviço militar em regime de voluntariado, motivado pelas condições especiais de acesso ao ensino superior reservadas a estes militares, se vê no corrente ano impedido de beneficiar dessas condições por ser agora, e ao contrário do que até aqui sucedia, exigido aos candidatos pelo respectivo contingente que nunca tenham estado matriculados no ensino superior público, requisito que o aluno em causa não preenche.

A mãe do aluno apresentou uma reclamação na Direcção-Geral do Ensino Su-

perior a este respeito, que aquela entidade considerou não proceder, basicamente por a situação reclamada resultar da Lei.

2. Importa, pois, apreciar em que medida será válido e adequado o requisito de ingresso no contingente introduzido no regulamento do concurso do corrente ano.

O Decreto-Lei n.º 336/91, de 10 de Setembro, no desenvolvimento do regime jurídico estabelecido pela Lei n.º 30/87, de 7 de Julho, estabeleceu os termos da criação e atribuição de incentivos aos cidadãos para prestação de serviço efectivo nos regimes de voluntariado e de contrato.

Era objectivo desse diploma, conforme estatuído no respectivo preâmbulo, a criação de "um programa de acções motivador da adesão responsável dos jovens à vida militar, que comporte perspectivas de futura integração na vida activa civil ou, em alternativa, de acesso a outras carreiras públicas e, bem assim, aos quadros permanentes das Forças Armadas".

Nesse contexto, foi especificamente prevista a criação de um "regime especial de candidatura ao ensino superior" por parte dos militares em questão (cfr. artigo 4.º, n.º 4).

Optou o legislador por fazer consistir este regime especial na criação, no âmbito do concurso geral de acesso ao ensino superior, de um contingente especial destinado aos militares, a quem estaria afecto um determinado número das vagas existentes em cada estabelecimento.

A definição dos termos em que esse contingente opera foi entretanto sediada no regulamento do concurso, publicado anualmente e válido apenas para o ano em que é publicado.

Diga-se que o regulamento desenvolve os princípios enunciados no regime de acesso e ingresso no ensino superior, actualmente contido no Decreto-Lei n.º 296-A/98, de 26 de Setembro.

No corrente ano, o Regulamento, contido em anexo à Portaria n.º 505-A/99, de 15 de Julho, previu, à semelhança do que ocorreu em anos anteriores, um contingente especial para militares em regime de voluntariado a quem serão distribuídas 2% das vagas colocadas a concurso (cfr. artigo 9.º, n.º2, alínea e)).

Foi autorizado o concurso às vagas do contingente especial por parte dos candidatos que se encontrassem a prestar serviço militar efectivos nos regimes de voluntariado ou de contrato até ao final do prazo de candidatura (cfr. artigo 13.º, alíneas a)).

A acrescer a este, no entanto, foi ainda fixado outro requisito, até aqui inexistente, por via do qual se exigia que nunca o candidato estivesse estado matriculado num estabelecimento de ensino superior público (cfr. artigo 13.º, alínea b)).

É em relação a este último requisito que a questão agora se coloca.

3. Ora, face aos elementos disponíveis, considero que o requisito em apreço é inválido, por violar o regime de incentivos aos militares em regime de voluntariado e de contrato e, por outro lado, por defraudar legítimas expectativas que os candidatos afectados possam apresentar.

a) violação do regime de incentivos

A validade deste novo requisito deverá antes de mais aferir-se por via da sua conformidade com as normas em relação às quais se reporta, referentes seja ao sistema de incentivos aos militares em regime de voluntariado ou de contrato, seja ao concurso de acesso.

Nessa medida, impõe-se que, na delimitação do âmbito de aplicação do contingente, o regulamento se atenha a critérios que sejam atendíveis à luz do regime de incentivos ou, noutro nível, à luz dos princípios subjacentes ao concurso de acesso.

Ora, sob nenhum ponto de vista, o requisito em causa se afigura poder ser válido.

Não o é relativamente ao regime de incentivos para os militares por ser manifestamente irrelevante, para efeitos de ingresso no serviço militar em regime de voluntariado ou de contrato, a existência de uma matrícula no ensino superior público, não havendo razão para restringir o incentivo a esse propósito.

Como se viu, os incentivos pretenderam atrair novos voluntários para o serviço militar, concedendo-lhes condições especiais de aquisição de habilitações que permitisse uma melhor futura integração na vida activa.

Limitando este incentivo especial, relativo ao acesso ao ensino superior, o Regulamento contraria, de facto, os objectivos do diploma, introduzindo um factor susceptível de reduzir a sua eficácia junto de um conjunto significativo de potenciais destinatários, quer por tornar menos atractiva a adesão à vida militar quer por restringir as possibilidades de aquisição de formação que o diploma pretendeu conferir.

O requisito em causa tão pouco se justificará à luz dos princípios que subjazem ao regime de acesso ao ensino superior, por a anterior inscrição em estabelecimento de ensino superior público não apresentar qualquer relevância para efeitos de apreciação de nova candidatura. Repare-se que, em todo o normativo aplicável ao ingresso no en-

sino superior, referente seja ao regime geral seja aos regimes especiais, seja ao concurso geral seja aos concursos especiais, nunca a circunstância de o candidato ter feito uma inscrição num estabelecimento de ensino superior público releva para a apreciação de uma candidatura posterior, não existindo qualquer razão para que o contrário suceda neste caso.

Não tendo justificação no quadro específico dos incentivos ao ingresso no serviço militar nem no quadro mais lato do ingresso no ensino superior, é forçoso reconhecer que a preterição contida no requisito a que alude o disposto no artigo 13.º, alínea b) do Regulamento é ilegal, por introduzir uma limitação arbitrária e abusiva no acesso ao contingente especial destinado aos militares em regime de voluntariado ou de contrato, diminuindo o alcance do incentivo previsto no artigo 4.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 336/91.

b) violação de expectativas

Por outro lado, considero que seria sempre inaceitável o modo como a mesma foi introduzida, designadamente por defraudar expectativas que legitimamente pudessem ter sido criadas nos candidatos que venham a ser prejudicados pela alteração em apreço.

A este respeito, não procede argumentar-se que o regulamento é publicado anualmente, pelo que não seria fundada qualquer expectativa que se pudesse retirar a partir de regulamentos que tenham vigorado para concursos anteriores.

Antes de mais porque a expectativa de facilidade de ingresso baseia-se não só nos regulamentos do concurso, mas também no já referido diploma que estabelece os incentivos para os regimes de voluntariado e de contrato o qual, como se viu, não prevê qualquer limitação para os candidatos que estivessem já estado inscritos em estabelecimentos de ensino s uperior público.

Independentemente disso, o facto de o ingresso no contingente especial ter sido sucessiva e reiteradamente condicionado à mera prestação do serviço militar efectivo sem mais, não pode deixar de se considerar como circunstância apta a gerar expectativas nos interessados, tanto mais credoras de respeito quanto passíveis de influenciar a conduta dos candidatos num período muito anterior àquele em que ocorre a publicação do regulamento do concurso.

No caso que suscitou o presente processo como noutros semelhantes que possam ter ocorrido, a expectativa de se obter a posterior vantagem no acesso ao ensino

superior motivou a inscrição e realização de serviço militar efectivo por parte de um candidato ao ensino superior, durante cerca de um ano lectivo.

O Estado não pode deixar de proteger as expectativas assim criadas e pelas quais é responsável, tanto mais que a alteração das normas de ingresso no contingente especial agora reclamada não poderia ser esperada pelos candidatos afectados, não só por, como atrás se viu, ser contrária à lógica subjacente aos incentivos ao regime militar mas também por ter sido publicada apenas algumas semanas antes de se iniciar o concurso, em momento necessariamente posterior àquele em que os candidatos realizaram as suas opções neste domínio.

A violação das expectativas assim criadas, por via da previsão repentina e inesperada de um novo requisito de acesso ao contingente, é assim passível de gerar a invalidade da norma, por configurar uma violação do princípio da confiança, inerente ao princípio do Estado de Direito Democrático.

Devo dizer, aliás, que o Ministério da Educação sempre foi, e bem, sensível a esta questão, tendo por diversas vezes pautado a sua actuação por critérios que visaram acautelar as expectativas dos alunos que se preparavam para candidatar ao ensino superior , ainda que estribadas apenas em anteriores regulamentos de concurso.

Ora, no caso vertente, esse cuidado foi pura e simplesmente ignorado, verificando-se ter o novo regulamento introduzido uma alteração significativa nas condições de acesso ao contingente, passível de afectar directamente a situação de alguns candidatos, que acalentavam legítimas esperanças de ingresso, eventualmente goradas pela alteração com que razoavelmente não poderiam contar.

4. Atento o exposto, entendo ser o requisito em questão ilegal, por violar o principio da confiança decorrente ao Estado de Direito, previsto no artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa, bem como por contrário ao disposto no artigo 4.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 336/91, de 10 de Setembro.

Termos em que, e ao abrigo dos poderes que me são legalmente pelo artigo 20.º, n.º 1 do Estatuto do Provedor de Justiça, contido na Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

a Vossa Excelência que o artigo 13.º, alínea b) seja de imediato revogado e dado sem efeito, passando a poderem ingressar no contingente especial em causa os candidatos que preencham somente o requisito fixado na alínea a) do referido preceito.

Recomendação sem resposta

Apesar de não serem formalmente recomendações, publicam-se os textos relevantes em dois processos de índole diversa.

A
Sua Excelência
o Senhor Primeiro Ministro

R-545/97
1999.04.23

Assunto: Contagem do tempo de serviço militar obrigatório e das bonificações de tempo por serviço militar prestado em condições especiais de dificuldade ou perigo; adopção de uma medida legislativa que, no âmbito das comemorações do 25º Aniversário da Revolução do 25 de Abril, assegure a isenção de descontos daquele tipo de contagem de tempo para todos os regimes de segurança social.

Excelência,

No ano em que se comemora o 25º Aniversário da Revolução de 25 de Abril e quando no âmbito da actividade política se tem discutido ultimamente a adopção de determinadas medidas legislativas com intuito de assinalar a efeméride – refiro-me, nomeadamente, ao tão falado *"perdão de penas"* ou à recente proposta de *"amnistia das contra-ordenações"*, medidas essas cuja bondade e mérito me abstenho aqui de comentar –, permito-me suscitar a Vossa Excelência a melhor atenção e compreensão para uma questão de justiça social a que as comemorações do aniversário da Revolução não poderão, no meu entender, passar indiferentes.

Reporto-me à situação dos cidadãos que cumpriram o serviço militar obrigatório prestado em condições especiais de dificuldade ou perigo (guerra colonial) e a quem foi reconhecida bonificação de tempo por tal facto. Para efeitos de segurança social, o actual quadro legal reconhece a contagem desse tempo de serviço e das respectivas bonificações para efeitos das pensões de reforma ou de aposentação nas seguintes condições:

1. Para os funcionários e agentes do Estado abrangidos pela Caixa Geral de Aposentações o reconhecimento e contagem desse tempo e das bonificações carece do

pagamento de quotas, calculadas de acordo com a remuneração auferida pelo interessado à data do requerimento e com a incidência da taxa em vigor na mesma data[65]. Faço notar, porém, que a contagem das bonificações sempre relevaram neste sistema de segurança social, pelo que os beneficiários deste regime sempre tiveram ao seu alcance a possibilidade de requererem tal contagem.

2. Para os trabalhadores abrangidos pelo Regime Geral de Segurança Social (ou pelos regimes contributivos especiais), a relevância dos períodos de serviço militar obrigatório tem sido assegurada desde 1935, de duas formas distintas, consoante se trate de beneficiários que se encontravam abrangidos pela segurança social à data da incorporação para cumprimento do serviço militar obrigatório ou de beneficiários que só posteriormente a essa incorporação foram abrangidos pelos regimes de segurança social: no primeiro caso, os períodos em causa dão lugar ao registo de remunerações por equivalência à entrada de contribuições e, no segundo, tais períodos relevam unicamente para a fixação da taxa global de formação das pensões[66]. De qualquer modo, e ao contrário do que se verificava no âmbito da Caixa Geral de Aposentações, aqueles períodos de serviço militar obrigatório, quando prestados em condições de especial perigosidade, não davam lugar a qualquer bonificação para efeito do cálculo das pensões. Com a publicação do D.L. n.º 311/97, de 13/11, tal situação foi alterada, no sentido de passar a permitir a contagem dessas bonificações mediante requerimento dos beneficiários no activo ou dos pensionistas. Contudo, não deixou de se exigir, para o efeito, o pagamento das respectivas contribuições, calculadas estas mediante a *"...aplicação da taxa de 18% ao valor médio dos últimos 12 meses com registo de remunerações que precedem o da apresentação do requerimento, devidamente actualizadas"* (art. 9º). Faço notar que a taxa estabelecida para o efeito (18%) é manifestamente superior à que é exigida aos beneficiários da CGA (10%) e mesmo injustificadamente superior à dos trabalhadores por conta de outrem (11%). A dívida de contribuições assim calculada poderá atingir valores incomportáveis e, sobretudo se se atender ao débil nível económico da generalidade dos pensionistas e de alguns beneficiários no activo potencialmente interessados na bonificação, concluir-se-á que muitos ficarão irremediavelmente impossibilitados de requerer tal benefício, pois não dispõem de rendimentos suficientes

[65] Vd. art. 13º, n.º 3, do D.L. n.º 498/72, de 9/12, com a redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 30-C/92, de 28/12.
[66] Vd. art. 24º do D.L. n.º 45266, de 29.09.63, Dec. Reg. n.º 17/81, de 28/4 e, actualmente, art. 36º do D.L. n.º 329/93, de 25/9.

que permitam satisfazer a dívida de contribuições daí resultante. Acresce que nem sequer se veio permitir a estes pensionistas que acedessem ao benefício imediato da pensão recalculada com a bonificação ao mesmo tempo que procediam ao pagamento fraccionado das contribuições devidas para o efeito, contrariamente ao que sempre se admitiu para os subscritores da Caixa Geral de Aposentações em que se permite, em simultâneo, o desconto de quotas e o benefício da pensão recalculada.

São, assim, duas as desigualdades com que se confrontam os beneficiários dos dois regimes de segurança social:

- a primeira assenta no facto de ser exigido aos subscritores da Caixa Geral de Aposentações que descontem quotas pelo tempo de serviço militar obrigatório (acresce que a taxa de desconto incide sobre o vencimento que o interessado estiver a auferir à data do requerimento e de acordo com a taxa vigente nessa mesma data), o que não se verifica no caso dos beneficiários do regime geral de segurança social, a quem é permitida a contagem desse tempo sem encargos (estes beneficiam, para o efeito, do regime de equivalência à entrada de contribuições)[67];
- a segunda prende-se com o facto de, apesar de ter sido reconhecido recentemente, aos pensionistas e aos beneficiários dos regimes contributivos da segurança social, o direito à contagem das bonificações para efeitos de reforma, o certo é que não se lhes reconheceu a possibilidade de beneficiarem da pensão devidamente recalculada em simultâneo com o desconto das respectivas contribuições, nem se lhes assegurou uma taxa de desconto equivalente à que se verifica na Caixa Geral de Aposentações, nem tão-pouco equivalente à parcela contributiva exigida actualmente aos trabalhadores por conta de outrem.

Excelência,

Mais do que discutir o mérito e a bondade das regra dos dois regimes que, como vimos, tratam diferentemente cidadãos que desempenharam o mesmo tipo de serviço ao Estado, arriscando a vida e comprometendo a saúde, importa apreciar o proble-

[67] Aliás, sempre defendi que esta situação de incompreensível e injusta diferenciação de tratamento deveria ser alterada, no sentido mais favorável aos interessados, ou seja, de acabar com os encargos relativos a esse tipo de quotas.

ma à luz dos princípios da solidariedade e da justiça social que enformam o Estado de Direito democrático e que a Constituição da República consagrou, visando a realização de uma democracia social (arts. 1º e 2º).

Permito-me fazer notar que o serviço militar obrigatório decorre de um imperativo de ordem constitucional e legal. Sempre foi um serviço público encarado como um dever exigível ao cidadão, não lhe sendo reconhecido, por isso, o direito de opção: o cidadão está incontornavelmente vinculado à prestação daquele serviço. Entende-se que assim seja, mesmo numa sociedade democrática. Contudo, já não parece razoável e justo que, para além da exiguidade do vencimento atribuído durante o período em causa e da perturbação no seu percurso profissional, o cidadão se veja obrigado a pagar qualquer tipo de contribuições ou quotas para a Segurança Social ou para a CGA. O mesmo se diga, por maioria de razão, quanto às bonificações de tempo atribuídas no âmbito da prestação do serviço militar obrigatório[68]. O mínimo que a sociedade civil deve a estes cidadãos é o reconhecimento do seu esforço para a causa pública. O mínimo que o Estado deve a estes cidadãos é o de não os prejudicar nos seus direitos e de não os onerar injustificadamente (art. 276º, n.º 7 da CRP)[69]. O actual quadro legal, convenhamos, cria

[68] Faz-se notar que a bonificação em que se traduz o acréscimo de tempo de serviço militar para efeitos do cálculo da reforma ou da aposentação resulta de um benefício que o Estado, na altura da guerra colonial, entendeu por bem conceder a quem exerceu tal actividade em zonas de especial perigosidade. Tratou-se, afinal, de uma compensação pelo risco e desgaste da guerra concedido ao cidadão chamado a prestar o serviço militar obrigatório nessas condições de reconhecidas dificuldades.

[69] Não posso deixar de evidenciar o facto de a relação jurídica contributiva que existe neste tipo de situação de "serviço militar obrigatório" ser manifestamente anómala. Na realidade, o tempo de serviço militar não reveste qualquer autonomia para, por si só, conferir direito a inscrição na CGA ou na Segurança Social, nem, consequentemente, abre direito a pensão. Por isso, nunca foi permitido que tais cidadãos, enquanto no activo militar, pudessem requerer a contagem desse tempo e o pagamento das inerentes quotas ou contribuições (de acordo com os vencimentos efectivamente auferidos e correspondentes às funções efectivamente desempenhadas). Contudo, em termos contributivos esse mesmo tempo de serviço já é considerado como tempo "normal" (aliás, com incidência de quotas ou de contribuições manifestamente mais onerosas para os interessados). Nesta relação de serviço público choca a desproporção existente entre cidadão-contribuinte (serviço obrigatório sem qualquer opção, vencimento simbólico, encargos acrescidos com segurança social) e cidadão-beneficiário (reconhecimento do tempo de serviço sob condição de pagamento de quotas ou contribuições agravadas). Face ao exposto, não chocaria que este tipo de tempo de serviço e de eventuais bonificações fosse totalmente isento de encargos para efeitos de segurança social (aposentação ou reforma). Aliás, uma das características da relação jurídica contributiva é precisamente a da sua *"não essencialidade"*, pois como refere ILÍDIO DAS NEVES (in *"Direito da Segurança Social-Princípios Fundamentais numa Análise Prospectiva"*, p. 329), tal significa que *"a relação jurídica contributiva não é estritamente necessária para o exercício do direito à segurança social"*. Ora, atenta a natureza do serviço público em causa (serviço militar obrigatório e bonificações de tempo pela exercício dessas funções em zonas de risco) e o reconhecimento que se demonstra devido - pela sociedade, em geral, e pelo Estado, em particular - aos cidadãos que a ele foram sujeitos, não chocaria que os encargos decorrentes da contagem desse tempo efectivo e bonificado recaíssem sobre o or-

um tratamento socialmente injusto que urge por uma oportuna correcção histórica, de reconhecimento e de gratidão.

Excelência,

Neste ano em que a sociedade portuguesa se orgulha de comemorar o 25º aniversário da Revolução de Abril e, consequentemente, da restauração da democracia, parece justificar-se uma especial atenção do Governo para todos os cidadãos anónimos que foram e são chamados a prestar o serviço militar obrigatório e, sobretudo, para todos aqueles que, com risco para a própria vida e saúde, o exerceram em zonas de especial perigosidade (caso dos cidadãos chamados a prestar o serviço militar obrigatório na guerra colonial).

Julgo que uma das formas possíveis de recompensar efectivamente o esforço desses cidadãos anónimos será a da adopção de uma medida legislativa que os isente do pagamento de qualquer quota ou contribuição para a Caixa Geral de Aposentações ou para a Segurança Social, quer no que diz respeito ao tempo de serviço militar obrigatório, quer no que concerne às bonificações de tempo, reconhecendo-se-lhes o direito à contagem integral do tempo efectivo e do bonificado para efeitos de aposentação ou reforma.

Em síntese, defendo a adopção de uma medida legislativa que se traduza no reconhecimento geral da contagem desse tempo e das bonificações sem que isso comporte qualquer tipo de encargo (quota ou contribuição) para:

a) os subscritores da CGA que ainda não requereram a contagem do tempo de serviço militar obrigatório e/ou das bonificações, ou que já o tendo requerido, os respectivos processos de liquidação de quotas ainda não estejam concluídos;

b) os beneficiários e pensionistas da Segurança Social que ainda não requereram a contagem das bonificações decorrentes do tempo de serviço militar obrigatório, ou que já o tendo requerido, os respectivos processos de liquidação de contribuições ainda não estejam concluídos.

Faço notar que a sugestão que faço não visa alterar as situações já consolidadas

---

çamento do Estado (que desse modo, e a título justificadamente excepcional, financiaria nessa exacta medida

(ou seja, não abrange aqueles que já tenham procedido ao pagamento de quotas ou de contribuições para o efeito), mas aplicar-se-á apenas aos cidadãos que ainda não exerceram o direito à contagem daquele tempo de serviço e/ou das bonificações. Os reflexos em termos financeiros, orçamentais e em termos de procedimentos administrativos, são, por conseguinte, diminutos, sobretudo se tivermos em conta o bem social em causa e as suas repercussões na sociedade civil.

Por fim, permita-se-me realçar-lhe, por um lado, o alcance social que a adopção de uma medida deste tipo teria e, por outro lado, que as comemorações do 25º Aniversário da Revolução parecem constituir, pelo espírito de solidariedade e de justiça social que também nortearam o eclodir da própria Revolução, o cenário histórico ideal para concretizar tal medida.

Tendo sido recebida resposta desfavorável, insistiu-se através do seguinte ofício.

A
Sua Excelência
o Senhor Primeiro Ministro

R.-545/97
1999.07.28

Assunto: Contagem do tempo de serviço militar obrigatório e das bonificações de tempo por serviço militar prestado em condições especiais de dificuldade ou perigo; adopção de uma medida legislativa que, no âmbito das comemorações do 25º Aniversário da Revolução do 25 de Abril, assegure a isenção de descontos daquele tipo de contagem de tempo para todos os regimes de segurança social.

Excelência,

Tendo presente o assunto e ofícios supra referenciados, permito-me chamar a especial atenção de Vossa Excelência para o facto de não ter sido dada resposta cabal à exposição-recomendação que tive oportunidade de lhe remeter no âmbito das comemorações do 25º Aniversário da Revolução do 25 de Abril.

Efectivamente, salvo o devido respeito, o Despacho n.º 373-96-XIII do Senhor

ambos os regimes de segurança social mediante transferências para o efeito).

Ministro das Finanças, que alegadamente sustenta ainda hoje (volvidos que são três anos) *"a posição do Governo sobre a matéria"*, não responde cabalmente à questão em apreço.

Não me permito questionar a eventual indisponibilidade do Governo para acolher a proposta formulada na minha referida exposição e que, no digno quadro das comemorações do 25º Aniversário da Revolução, permitiria ao Governo, com alguma elegância, repor alguma justiça nesta matéria das contribuições para a segurança social relativa ao período do serviço militar obrigatório e das eventuais bonificações dele resultantes.

Permito-me sim questionar a ausência de fundamentos actuais que justifiquem essa mesma indisponibilidade do Governo para resolver esta questão de reconhecida injustiça social. Tanto mais que o problema suscitado na minha exposição apresenta contornos manifestamente diferentes do que aqueles colocados há três anos atrás e que vão para além da própria posição que viesse a ser tomada por Sua Excelência o Ministro das Finanças. Efectivamente, a minha exposição reporta também à situação dos beneficiários do regime geral de Segurança Social, cuja tutela cabe a Sua Excelência o Ministro do Trabalho e da Solidariedade.

No seu Despacho n.º 373/96-XIII, de 4.09.96, Sua Excelência o Ministro das Finanças reconhecia que o sistema de segurança social assegurado pela Caixa Geral de Aposentações era, então, um *"... sistema já hoje fortemente injusto..."*. Volvidos três anos seria relevante saber que medidas foram entretanto tomadas para repor alguma justiça no sistema em causa. Do referido Despacho igualmente se colhe: *"Como quase sempre sucede no campo das finanças públicas, aqui não existe um ente abstracto 'Estado'; existem, sim, financiadores e beneficiários, e a avaliação da justiça passa pela avaliação dos respectivos encargos e benefícios"*.

Salvo o devido respeito, que é muito, reduzir a justiça a uma lógica estritamente economicista do "deve-haver", parece-me redutora da função social que, no caso concreto da Caixa Geral de Aposentações, cabe ao Estado assegurar, uma vez que este desde sempre chamou a si a responsabilidade pela existência de um regime próprio e público de segurança social para os seus funcionários e agentes. Acresce que o Estado, como entidade patronal que é, está, por isso, sujeito a ter que contribuir para o sistema de segurança social. Uma entidade patronal privada contribui para o regime geral de Segurança Social com o equivalente a 23,75% do total das remunerações pagas aos seus

trabalhadores e estes, por seu lado, contribuem com 11% da sua remuneração, o que representa um total de 34,75% das remunerações pagas. Como se sabe, este regime de Segurança Social é público e é administrado sem qualquer intervenção das entidades financiadoras (entidades patronais e trabalhadores), sendo relevante notar que este sistema tem sido confrontado com a imposição de atribuição de prestações de natureza não contributiva (p.e., pensão social), sem as correspondentes transferências do Orçamento de Estado para o orçamento da Segurança Social.

Ora, no caso da função pública, o Estado assume uma quádrupla vertente de intervenção, ou seja, a de entidade patronal (através dos diferentes serviços ou órgãos da Administração Pública), a de entidade financiadora do sistema através de verbas saídas do Orçamento de Estado (sendo que o funcionário é, também, chamado a contribuir), a de entidade gestora, processadora e pagadora das prestações sociais (Caixa Geral de Aposentações) e a de responsável pela política social do país (Governo). Ora, se o Estado encarna esta quádrupla responsabilidade, não é legítimo que se refugie, sem mais, no beco imutável de um assumido "sistema fortemente injusto" (sem que proceda à sua reforma com a urgência que essa mesma situação de forte injustiça impõe). Nem igualmente se afigura legítimo que se invoque uma lógica economicista das finanças públicas, opondo financiadores a beneficiários e encargos a benefícios, para obstar a qualquer reforma que reponha alguma justiça no sistema. Se o sistema é injusto, ao Estado se deve (por acção ou por omissão), uma vez que é responsável pela política social e orçamental.

É certo que um sistema de segurança social, qualquer que ele seja, tem forçosamente que ter uma lógica de gestão que permita a sua sustentabilidade futura. Contudo, essa lógica de gestão, não pode, nem deve, como Vossa Excelência compreenderá, assentar alicerces sobre a sustentabilidade de um sistema reconhecidamente injusto, fundamentando e comprometendo, sabe-se lá até quando, uma reforma justa do sistema. Há que encontrar soluções que dêem corpo às reformas necessárias. Há que proceder a reformas e, consequentemente, importa tomar decisões que coloquem o regime de segurança social voltado para o cidadão-financiador-beneficiário e não voltado para si próprio.

Acontece que o problema concreto das contribuições relativas ao serviço militar obrigatório e às eventuais bonificações inerentes, constitui um caso gritante de injustiça social, quer na óptica dos financiadores, quer na óptica dos beneficiários do regime. O Estado, que goza da presunção de pessoa de bem, recruta para seu serviço nas

Forças Armadas indivíduos para o cumprimento do serviço militar obrigatório. Retira-os muitas vezes do mercado de trabalho, onde auferem pelo menos o salário mínimo nacional, e obriga-os à prestação de serviço militar, atribuindo-lhes uma prestação pecuniária simbólica que não pode ser entendida, sequer, como remuneração. Não ponho em causa o dever imposto ao cidadão de cumprir este tipo de serviço militar, uma vez que a própria Constituição da República o prevê (cfr. art. 276º). Já se afigura discutível o critério da "remuneração" efectivamente paga e, sobretudo, o problema do enquadramento dos benefícios sociais dos cidadãos relativos a esse período – cfr. art. 276º n.º 7 e art. 59º da CRP e arts. 23º n.º 3 e art. 7º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, dos quais resulta que ninguém pode ser prejudicado, maxime, pelo cumprimento do serviço militar obrigatório.

O certo é que aos cidadãos anónimos que cumpriram ou venham a cumprir o serviço militar obrigatório prestaram ou prestarão um serviço meritório à sociedade em prol da sua defesa. Esta, a sociedade civil, deve-lhes, por isso, reconhecimento e respeito. O Estado, atentas as suas responsabilidades, deve assumir-se, perante eles, como uma pessoa de bem. Não parece aceitável que se exija qualquer tipo de esforço contributivo para a segurança social relativo a um período de serviço público obrigatório prestado à comunidade, quando, ainda por cima, o mesmo apenas é simbolicamente remunerado. Onde está a justiça neste sistema de financiamento do regime? O cidadão anónimo paga com trabalho o serviço obrigatório à comunidade e como contrapartida ainda tem que pagar contribuições para a segurança social sobre valores de remunerações que jamais recebeu.

Sem pretender reiterar os fundamentos que nortearam a minha anterior exposição, permito-me solicitar a Vossa Excelência que, em conformidade com os princípios da justiça e da solidariedade, repondere a decisão tomada sobre o assunto, tendo como especial e incontornável referência o quadro das comemorações do 25º Aniversário da Revolução.

Excelência, considerando que a matéria em causa assume, em meu entender, especial relevância, não deixarei de levar os resultados que vierem a ser alcançados ao conhecimento de Sua Excelência o Presidente da Assembleia da República e de cada um dos Presidentes dos Grupos Parlamentares.

Não tendo sido possível obter uma resposta positiva, foi este assunto exposto à Assembleia da República em 1999.11.09.

Ao
Exm.º Senhor
Presidente do Conselho de Administração
do Banco Nacional Ultramarino

R-4430/97

Conforme é do conhecimento de Vª Exa., recebi oportunamente uma exposição subscrita pelo Senhor…, na qual refere que em 4.02.94 solicitou a essa instituição bancária que lhe fosse concedida a pensão de reforma a que se julgava com direito. Para o efeito invocou que fora admitido ao serviço dessa entidade (Departamento de Moçambique) em 1.02.1953, tendo passado à situação de licença ilimitada em 18.01.1961, mantendo-se nessa situação desde essa data.

Através do ofício com a referência n.º 20084, de 97.11.25, solicitou este órgão do Estado a essa entidade os necessários esclarecimentos sobre o assunto em causa. A resposta veio a ser prestada por via do ofício com a referência n.º RL 105/98, onde em síntese se refere que:

o interessado só estivera ao serviço do BNU durante 7 anos;

o interessado se encontrava desde há longo tempo na situação atípica de licença ilimitada;

"(...) dificilmente haveria direito ao pagamento de qualquer pensão ao Sr... que, repete-se, nunca contribuiu com descontos seus para a reforma", uma vez que o ACTV Bancário apenas reconhecia *"(...) o direito a complemento de reforma a quem tivesse abandonado o sector bancário posteriormente a 1982"*;

o interessado pertencia aos quadros privativos do Departamento de Moçambique na altura do pedido de licença ilimitada e que, posteriormente, não *aderira "(...) aos Acordos de Lusaka, onde se firmou o 'Acordo Referente aos Trabalhadores do BNU' ou 'Acordo de Cooperantes'"*;

após a independência de Moçambique o BNU (sede) só assumiu responsabilidades com os trabalhadores que aderiram ao "Acordo de Cooperantes";

em conclusão, a responsabilidade pelo pagamento da pensão reclamada seria da responsabilidade do Banco de Moçambique.

No âmbito da instrução do processo na Provedoria de Justiça foi possível apurar que ex-trabalhadores do BNU de Moçambique - também na situação de licença ili-

mitada à data da celebração dos alegados Acordos com o Banco de Moçambique - vieram a ver reconhecido o tempo de serviço prestado no Departamento do BNU de Moçambique para efeitos de reforma paga por essa instituição bancária, sendo certo que o Senhor J., em situação idêntica à do reclamante em causa, se encontra a receber uma pensão do BNU. Noutro caso similar, o Senhor…, também viu reconhecido o tempo de serviço prestado no BNU de Moçambique para efeitos de pensão de invalidez. São igualmente várias as decisões judiciais que reconheceram tal direito aos trabalhadores: veja-se, a título de exemplo, o Acórdão do STA de 22 de Julho de 1975 (caso do Senhor…) e o Acórdão do STJ de 30 de Janeiro de 1991 (reintegração da Senhora….)

Não é minha pretensão dirimir argumentos jurídicos sobre o assunto, nem, consequentemente, deter-me na defesa intransigente do princípio da legalidade. Em meu entender, e como V.Exa. por certo compreenderá, para além do próprio enquadramento legal da questão, relevam aqui razões de justiça e de equidade.

Vejamos:

1. No que diz respeito à questão da licença ilimitada, importa referir que a mesma foi concedida ao trabalhador presumivelmente no interesse de ambas as partes. O Banco não estava obrigado a fazê-lo, mas ao conceder aquele tipo de licença viu-se inquestionavelmente vinculado ao reconhecimento dos direitos inerentes a esse tipo de situação, nomeadamente o direito ao lugar. Estamos aqui perante uma situação de suspensão do contrato de trabalho decorrente do acordo das partes. Assim sendo terá necessariamente que se entender que da mesma maneira que a suspensão do contrato decorre do acordo das partes, ela cessa quando esse acordo deixar de existir. O certo é que o interessado nunca requereu o regresso à actividade. Por outro lado, podendo, ao longo do tempo, suscitar a fixação de um prazo para a cessação da referida licença, o BNU nada fez. Donde se conclui que a licença em causa se manteve até à data de reforma, ou seja, até à data em que o interessado perfez os 65 anos e requereu ao BNU a atribuição da pensão relativa ao tempo de trabalho efectivamente prestado àquela entidade.

Faço notar que a licença sem retribuição foi expressamente acolhida pela legislação do trabalho a partir da entrada em vigor do D.L. n.º 47032, de 27 de Maio de 1966 (art. 65º), posteriormente decalcado no D.L. n.º 49408 que aprovou o Regime Jurídico do Contrato Individual de Trabalho (RJCIT). Contudo já anteriormente este tipo de licença era susceptível de ser validamente concedida. E tanto assim é que o próprio

BNU a concedeu, por período indeterminado, a diversos trabalhadores ao longo dos anos[70].

Cito e transcrevo, a este propósito, o Acórdão do STA de 22 de Julho de 1975[71] que, curiosamente, trata de um caso em tudo idêntico ao que agora suscito e em que era igualmente parte o BNU: *"A doutrina entendia que a esta situação se aplicava analogicamente e com as necessárias adaptações o regime que vigorava para os funcionários públicos na situação de licença ilimitada, por àquela se equiparar. Segundo o Prof. Marcello Caetano, Manual de Direito Administrativo, 6ª edição, p. 502: 'A licença ilimitada é uma interrupção por tempo indefinido que origina vaga do lugar exercido pelo funcionário e suspensão de todas as vantagens e obrigações, até que a licença seja revogada ou o funcionário requeira o regresso ao serviço'. (...) A licença ilimitada, como se vê, não quebra ou extingue o vínculo que se estabeleça entre o funcionário e a Administração, apenas o interrompe, suspendendo os seus efeitos, mas podendo aquele regressar ao serviço quando o requeresse, ou devendo-o fazer quando a licença tivesse sido revogada. (...) sempre se entendeu que a duração da permanência na empresa só se interrompe quando se verifique a cessação do contrato, isto é, juridicamente dissolvida".*

Conclui-se, assim, que a figura da licença sem retribuição, mesmo que por período ilimitado, não é propriamente uma figura atípica no nosso sistema jurídico[72].

2. Quanto ao facto de o interessado pertencer ao quadro privativo do Departamento do BNU de Moçambique e não ter aderido aos Acordos firmados entre o BNU e o Banco de Moçambique após a independência daquela ex-colónia, não posso, a propósito, deixar de subscrever algumas das ideias defendidas pelo Prof. Dr. MOTA PINTO no âmbito de um parecer apresentado a essa entidade em Maio de 1981, precisamente sobre a situação da transferência de responsabilidades do BNU para o Banco de Moçambique. Para além de outras questões, o insigne mestre debruça-se sobre a problemática da "transferência" dos trabalhadores do Departamento do BNU de Moçambique para o

---

[70] O Código Administrativo no seu art. 513º, n.º 3, consagrou expressamente a figura da licença ilimitada. Por seu turno os diferentes instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho (*maxime*, o ACTV do sector bancário) acolheram a licença sem vencimento.

[71] Publicado no Apêndice ao Diário do Governo de 3.05.77 (p. 382 a 389).

[72] Sobre a licença ilimitada e os direitos decorrentes dessa situação (*maxime*, o direito ao lugar), veja-se o também o Acórdão do STJ de 30 de Janeiro de 1991 (Proc. n.º 2546), relevando aqui o facto de o BNU ter sido também contraparte nos respectivos autos. Mais recentemente, veja-se o Acórdão do STA de 16 de Janeiro de 1996, in "Acórdãos Doutrinais" , n.º 412, p.444 e seguintes.

Banco de Moçambique. Em síntese refere:

"A transferência do Departamento do BNU em Moçambique para o Banco de Moçambique não faz cessar o vínculo jurídico entre o BNU e os trabalhadores portugueses, dadas as circunstâncias específicas que rodeiam e determinam essa transferência";

" (...) uma transferência automática e forçada, significaria, além do mais, a obrigatoriedade de permanência num país estrangeiro, criando-se algo correspondente, a todas as luzes, à imposição de um dever de emigrar (a tanto equivaleria a obrigação de permanecer num Estado tornado estrangeiro), situação obviamente inadmissível. Nem ao Banco de Moçambique se podia impor a aceitação desses trabalhadores, a não ser por via negocial, sob pena de ingerência na soberania do Estado Moçambicano";

"(...) a submissão à nova entidade patronal dos trabalhadores portugueses, sem o acordo destes, constituiria uma violência, uma injustiça e uma ilegalidade, 'rectius', uma inconstitucionalidade (...) seria anti-jurídico, por violação de direitos fundamentais, impor-se a obrigação de permanecer em país estrangeiro (...)";

"(...) no caso do mencionado 'Acordo' não ter sido celebrado, ou de ele não ter merecido a adesão de trabalhadores, se manteriam as relações jurídicas de trabalho entre o BNU e os empregados que vieram a integrar o 'Quadro de Cooperantes', sujeitos da relação jurídico-laboral anteriormente estabelecida, que, dadas as circunstâncias particulares referidas, se não transfere com a empresa (Departamento do BNU em Moçambique";

"(...) Encerrados definitivamente os estabelecimentos (o Departamento) do BNU em Moçambique, os contratos de trabalho só caducariam, uma vez que sem a vontade do trabalhador se não transferem para o adquirente, se a entidade patronal (o BNU) não pudesse conservar ao seu serviço os trabalhadores noutro ou noutros estabelecimentos – o que não é o caso, pois o BNU continua a sua actividade. Só se houvesse uma absoluta e definitiva impossibilidade de a empresa receber o trabalhador é que o contrato de trabalho caducaria, (...) o que não sucede no caso vertente, pois o BNU pode integrar esses trabalhadores nos seus estabelecimentos em Portugal. O facto de os trabalhadores do BNU em Moçambique e os trabalhadores no território metropolitano integrarem

quadros diversos não afecta a realidade jurídica fundamental que é a de uns e outros terem uma vinculação laboral com a mesma entidade patronal. A diversidade de quadros só tinha relevância, enquanto o BNU os mantinha, em conformidade com uma dada realidade político-constitucional. Extinto o quadro relativo aos trabalhadores em Moçambique, pelas razões conhecidas, só uma absoluta e definitiva impossibilidade, que se não verifica, de receber o trabalhador, é que provocaria a caducidade do vínculo entre o BNU e aqueles trabalhadores";

" (...) Em virtude das alterações políticas ocorridas, que culminaram com a independência de Moçambique, as relações jurídicas de trabalho dos empregados no Departamento em Moçambique do BNU – na falta do Acordo e uma vez que continuariam a ser empregados do BNU – terão de ser perspectivadas pelo regime jurídico que vigorava em Portugal continental. O regime jurídico das ex-Províncias Ultramarinas tinha em conta o condicionalismo próprio desses territórios. A radical alteração deste, após as profundas mudanças políticas verificadas, provoca a caducidade desse regime jurídico específico".

3. Face ao exposto, difícil não se torna concluir que, por maioria de razão, os trabalhadores que na altura da celebração dos referidos Acordos se encontravam em situação de licença sem vencimento permaneceram contratualmente vinculados ao BNU, passando os respectivos contratos a regerem-se pelo estatuto legal vigente em Portugal. Acresce que este tipo de situação (trabalhador em licença ilimitada) não estava previsto no "Acordo BNU/BM" como determinando a integração ou transferência para o Banco de Moçambique (tal só se verificaria para os que tivessem entretanto adquirido a nacionalidade moçambicana ou para aqueles que, querendo, viessem a celebrar contratos de trabalho directamente com o Banco de Moçambique). Ora, não se verificando nenhuma destas situações com o interessado, torna-se inequívoco que o mesmo não viu transferida a sua relação juslaboral para o Banco de Moçambique, razão pela qual não pode esta última entidade ser responsabilizada pelo pagamento da pensão reclamada, mas sim o BNU.

4. Por outro lado, não relevam os argumentos invocados pelo BNU no sentido de que o interessado nunca contribuiu com descontos para a reforma e de que o ACTV bancário apenas reconhece o direito à reforma a quem tivesse abandonado o sector bancário posteriormente a 1982. Efectivamente, tal como o interessado, nunca nenhum outro trabalhador bancário descontou para efeitos da reforma bancária (só para os traba-

lhadores admitidos posteriormente a 1995 é que o respectivo ACTV veio estabelecer o desconto para esse efeito – cfr. cláusulas 137ª-A e 137ª-B). Como se sabe, a Banca tem um sistema privativo de segurança social, tendo estado ao longo dos anos a cargo exclusivo das respectivas instituições a constituição de fundos para esse efeito. Por outro lado, considerando a existência da licença ilimitada de que beneficiava o interessado – abstenho-me de comentar o mérito da concessão e manutenção deste tipo de licença – não pode falar-se, de forma alguma, que o interessado tenha "abandonado" o sector bancário e muito menos que o tenha feito antes de 1982, pelo que sempre estaria abrangido pelo sistema de protecção social previsto do ACTV bancário.

5. Face a todo o exposto e, sobretudo, considerando o facto de, em situações similares conhecidas – que supra evidenciei –, o BNU ter atribuído pensões aos interessados, não posso deixar de solicitar a V.Exa. que, para além dos critérios de legalidade (*maxime*, os que desde logo resultam consagrados no art. 63º, n.º 4, da própria Constituição da República, onde se reconhece que todo o tempo de trabalho contribui para o cálculo das pensões, independentemente do sector de actividade em que tiver sido prestado[73]), atenda a juízos de justiça e equidade, fixando ao interessado uma pensão proporcional ao número de anos de trabalho efectivamente prestado (sete), nos termos definidos na cláusula 137ª e respectivos anexos V e VI do ACTV[74], a qual deverá reportar-se à data do requerimento inicial do interessado (ou seja, a 4 de Fevereiro de 1994)[75].

A resposta foi parcialmente favorável, já que a entidade visada reconheceu, a título excepcional, o direito a

[73] Sobre o direito à pensão de reforma suportada pela entidade bancária correspondente ao tempo de trabalho efectivamente prestado à mesma pelo trabalhador, veja o Acórdão do S.T.J. de 2 de Julho de 1997, in "Colectânea de Jurisprudência", Ano V, Tomo II, 1997, p. 299 e seguintes, permitindo-me transcrever: *"(...) No caso dos bancários, como a entidade patronal – ao que resulta dos autos – não procede a tais descontos, mas suporta os encargos das pensões na altura devida, o réu (neste caso, entenda-se, uma instituição bancária) teria de pagar a pensão pelo tempo correspondente àquele em que o autor para ele trabalhou. (...) até a simples justiça retributiva implicaria que fosse o réu a suportar os encargos com a reforma do autor – pelo tempo em que ele para si trabalhou – pois que foi o réu que beneficiou do trabalho do autor nesse período. (...) pelos anos que o autor trabalhou para o réu, este suportará a pensão de reforma nos mesmos termos que a suportar para os seus demais trabalhadores que estiverem na situação profissional do autor, levando-se em conta tão somente esse tempo de serviço no cômputo do quantitativo da pensão a pagar"*.

[74] Ao interessado não pode ser aplicável a cláusula 140ª, atenta a situação de licença ilimitada em que o mesmo se manteve ao longo dos anos (e o consequente direito ao lugar) até à reforma. Importa realçar de novo que não houve "abandono" do lugar por parte do interessado.

[75] A fundamentação, para este efeito, resulta igualmente consagrada no Acórdão do STA ,de 22 de Julho de 1975, a que atrás aludi.

uma pensão de reforma, mas com efeitos reportados apenas a 1 de Janeiro de 1999.

2.3.2. Resumos de processos anotados

IP-46/91

Assunto: Acidentes de Trabalho. Doenças Profissionais. Revisão do Regime Jurídico.

Objecto: Revisão do regime jurídico dos acidentes de trabalho e das doenças profissionais, nomeadamente quanto: à consagração do 14º mês para este tipo de pensionistas (a este propósito foram formuladas e acatadas duas recomendações do Provedor de Justiça); à remição e actualização das pensões; à relevância das uniões de facto para efeitos de atribuição deste tipo de pensões.

Decisão: O processo foi arquivado, uma vez que o regime jurídico dos acidentes de trabalho e das doenças profissionais veio a ser objecto de profunda alteração através da Lei n.º 100/97, de 13/9 e do DL n.º 143/99, de 30/4 e do DL n.º 142/99, de 30/4, por via dos quais se acolheram as posições sustentadas pelo Provedor de Justiça.

Síntese:

1. Após várias diligências e insistências do Provedor de Justiça - nomeadamente a formulação de duas recomendações, respectivamente, de 9.06.92 e de 8.07.93 -, foi publicada a Lei n.º 100/97, de 13/9 (adiante designada por Lei), que aprovou o novo regime jurídico dos acidentes de trabalho e das doenças profissionais. Os autos ficaram a aguardar a publicação do diploma regulamentar.

2. Foi entretanto publicado um diploma regulamentar geral (D.L. n.º 143/99, de 30/4, adiante designado por DRG) e um diploma regulamentar específico (D.L. n.º 142/99, de 30/4 - adiante designado por DRE - que veio criar e regular o Fundo de Acidentes de Trabalho e regime da actualização das pensões de acidentes de trabalho). Fi-

cou nomeadamente consagrado:

- Novo esquema de prestações (em espécie e em dinheiro) por incapacidade (arts. 17º a 19º e 23º da Lei e arts. 23º a 40º do DRG);
- Novos critérios para o cálculo da indemnização e das pensões e da respectiva atribuição (art. 26º da Lei e arts. 41º a 53º do DRG); faz-se notar que ficou expressamente reconhecido o direito dos pensionistas ao 14º mês, pelo que se verifica que as recomendações do Provedor de Justiça foram acolhidas(cfr. art. 51º do DRG);
- O reconhecimento das situações de união de facto para efeito do direito às prestações por morte arts 20º, n.º 1, al. a) e art. 22º, n.º 1, al. a) da Lei e art. 49º, n.º 2 do DRG;
- A garantia da actualização de pensões através de um fundo próprio criado para o efeito (D.L. n.º 142/99 - DRE -, prevendo-se no seu art. 6º uma actualização anual idêntica à que se verificar para a actualização anual das pensões do regime geral da segurança social);
- Novos critérios para remição das pensões art. 33º e art. 41º, n.º 2, al. a) da Lei e art. arts. 56º a 57º e 74º do DRG.

3. Vindo estas alterações do regime jurídico dos acidentes de trabalho e das doenças profissionais, a acolhera as posições sustentadas pelo Provedor de Justiça, foi o processo arquivado.

R-2222/93

Assunto: Relação Jurídica de Emprego. Regime Segurança Social. Pessoal dos Serviços Externos do Ministério dos Negócios Estrangeiros.

Objecto: Regime aplicável ao pessoal dos serviços externos do Ministério dos Negócios Estrangeiros, quer no domínio da relação jurídica de emprego, quer no domínio da segurança social.

Decisão: Arquivamento do processo na sequência do acatamento da Recomendação formulada.

Síntese:

1. Um trabalhador do Consulado Geral de Portugal em Genebra requereu a intervenção da Provedoria de Justiça porquanto, tendo exercido o direito de opção pre-

visto no Decreto-Lei nº 451/85, de 28 de Outubro, não tinha ainda sido integrado, como ali se determinava, na função pública.

2. Por essa razão, e uma vez que se encontrava em preparação o novo regime legal do pessoal dos serviços externos do Ministério dos Negócios Estrangeiros, foi considerado oportuno dirigir recomendação legislativa ao respectivo Ministro da pasta, no sentido, por um lado, da salvaguarda das expectativas dos trabalhadores dos postos consulares que exerceram a opção prevista no artigo 2º do Decreto-Lei nº 451/85, de 28 de Outubro e que, no entanto, ainda não tinham sido integrados nos quadros respectivos da Secretaria de Estado dos Negócios Estrangeiros; e por outro lado, enquanto tal estatuto não fosse publicado, atribuição de protecção social a todos os trabalhadores dos serviços externos.

3. Tal recomendação veio a ser acatada com a publicação do Decreto-Lei nº 444/99, de 3 de Novembro, pelo que foi determinado o arquivamento do processo.

R-4907/96

Assunto: Segurança Social. Função Pública. Pensão de Aposentação.

Objecto: Contagem de tempo de serviço prestado nos antigos territórios ultramarinos após a independência.

Decisão: Reclamação procedente com formulação de Recomendação que veio a ser acatada.

Síntese:

1. O processo iniciou-se com base numa reclamação de um funcionário público pelo facto de não lhe ter sido considerado, para efeitos de aposentação, o período em que exerceu funções, naquela qualidade, em Angola, após a independência deste território.

2. No âmbito da instrução do processo verificou-se que o Decreto-Lei nº 23/75, de 22 de Janeiro, previra que a situação dos servidores da Administração Pública Ultramarina que continuassem a exercer funções públicas nos novos Estados, depois da independência, seria objecto de acordos de cooperação técnica a negociar com os governos desses novos Estados, nos quais se contemplaria, entre outros aspectos, a regulamentação do processo relativo à aposentação.

Porém, só relativamente a Moçambique vigorou um acordo em cujo âmbito se

incluía a consideração, para efeito de aposentação e de pensão de sobrevivência, do tempo de serviço prestado em data posterior à independência.

3. Assim, por razões de justiça, foi formulada recomendação ao Senhor Ministro das Finanças no sentido de ser adoptada uma medida legislativa que, com carácter de generalidade, viesse garantir a contagem daquele tempo de serviço.

A Recomendação foi acatada, tendo sido adoptada uma medida legislativa que veio admitir a possibilidade da contagem de serviço prestado no período compreendido entre a data em que se tenha verificado a independência desses países e o dia 31 de Dezembro de 1977, data limite prevista no Decreto-Lei nº 356/77, de 31 de Agosto, para os funcionários que permaneceram nos novos Estados formularem o requerimento para ingresso no Quadro Geral de Adidos.

R-3793-97

Assunto: Acesso ao Ensino Superior. Preferência Regional.

Objecto: Colocação de alunos das regiões autónomas com prioridade absoluta na colocação em estabelecimentos de ensino superior público das Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira.

Decisão: O processo foi arquivado após acatamento de recomendação que apontava para a necessidade de o regime da prioridade absoluta ser revisto, em atenção a razões de proporcionalidade e de equidade do sistema.

Síntese:

1. No âmbito do concurso de acesso ao ensino superior realizado em 1997, foi concedida, de forma ilimitada, prioridade absoluta na colocação em estabelecimentos de ensino superior público das Regiões Autónomas da Madeira e dos Açores, a todos os alunos provenientes das Regiões Autónomas, que reunissem os requisitos necessários para se poderem candidatar pelos respectivos contingentes especiais.

Esse procedimento levou a que, em muitos cursos, a totalidade ou quase totalidade das vagas abertas a concurso fosse preenchida por alunos locais.

2. Considerou-se ser a actuação em causa ilegal, designadamente por ofender o princípio constitucional da igualdade e por ser contrária ao disposto no regime de acesso ao ensino superior.

Considerou-se ainda que, nos termos em que foi atribuída, a preferência em

causa concorria para um abaixamento do nível de qualidade do ensino praticado nos estabelecimentos implicados.

3. Foi recomendado que deixasse de ser concedida a prioridade absoluta nos moldes em que esta vinha sendo aplicada, bem como que o tratamento preferencial a conceder aos alunos das Regiões Autónomas se fizesse com recurso à preferência regional, também prevista no regulamento do concurso.

A recomendação foi acatada, tendo o regulamento do concurso de acesso para o ano lectivo de 1999-2000 suprimido a regra da prioridade absoluta, passando a preferência aos alunos das Regiões Autónomas a ser feita ao abrigo da preferência regional, até ao limite correspondente a 50% das vagas disponíveis.

R.4374/97

Assunto: ADSE. Reconhecimento do Direito de Inscrição. Aposentado sem Vínculo ao Estado à data da Concessão da Pensão de Aposentação.

Objecto: Reconhecimento do direito de inscrição como beneficiário titular da ADSE ao abrigo do disposto no art. 5º do DL n.º 134/79, de 18/5.

Decisão: Arquivamento do processo, uma vez que a ADSE acolheu a posições sustentadas pelo Provedor de Justiça, reconhecendo ao reclamante o direito de inscrição como beneficiário.

Síntese:

1. Inicialmente a ADSE não reconheceu ao reclamante o direito a inscrever-se como beneficiário titular daquele sistema de assistência na saúde, com fundamento no facto de o mesmo não possuir qualquer vínculo ao Estado à data da aposentação e negando qualquer relevância ao disposto no art. 5º do DL n.º 134/79, de 18/5.

2. O Provedor de Justiça confrontou a entidade visada com a ilegalidade e a injustiça da decisão, evidenciando a natureza excepcional do DL n.º 134/79, não só no que diz respeito ao reconhecimento do direito à aposentação ou a um subsídio mensal vitalício como também e, sobretudo, ao reconhecimento do direito à qualidade de subscritor da ADSE.

3. A ADSE acabou por rever a situação, tendo acolhido os argumentos sustentados pela Provedoria de Justiça e, em conformidade, admitido a inscrição do reclamante como seu beneficiário, pelo que o processo veio a ser arquivado.

R –1750/98

Assunto: Tratamento Médico Incorrecto. Responsabilidade Extracontratual do Estado. Compensação de Despesas de Saúde. Sector Privado.

Objecto: Pagamento de despesas em que a reclamante incorreu por necessidade de recurso a serviços privados de enfermagem para assistência ao seu pai, em virtude de tratamento e decisão de alta alegadamente incorrectos.

Decisão: O Hospital de Santo António acatou a recomendação formulada, reconhecendo que a alta hospitalar foi incorrecta, procedendo ao reembolso das despesas decorrentes do recurso a serviços de enfermagem particulares, tendo ainda reconhecido a existência de omissões no preenchimento do processos clínico do doente, pelo que emitiu instruções no sentido de os mesmos serem cuidadosamente preenchidos.

Síntese:

1. Com vista a apreciar o alegado pela Reclamante, foram solicitados ao Hospital visado diversos esclarecimentos, tendo também sido contactado o Centro de Saúde a que pertencia o pai da Reclamante. Apreciados os mesmos, consideraram-se provados os seguintes factos:

- Não existem registos de enfermagem precisos;
- O doente encontrava-se algaliado durante o internamento hospitalar, tendo-lhe sido dada alta sem que este se encontrasse algaliado e sem ter sido apurado se este urinava espontaneamente,
- No dia da alta, a reclamante viu-se obrigada a recorrer a serviços privados de enfermagem, que procederam à algaliação do doente;
- O Centro de Saúde a que pertencia o pai da reclamante apenas proporciona apoio domiciliário de enfermagem se marcado com 24 horas de antecedência;
- O documento de alta apresentava-se preenchido de forma incompleta, não referindo designadamente ter o doente problemas de retenção urinária.

2. Em face dos elementos dados como provados, concluiu-se terem ocorrido duas falhas no procedimento hospitalar, uma relativa à decisão médica de alta, uma vez que foi dada alta ao doente sem que este se encontrasse algaliado e sem ter sido apurado

se este urinava espontaneamente, e outra relativa ao processo do doente, designadamente em face das omissões dos registos de enfermagem e do documento de alta, que não continha todas as informações necessárias ao seguimento do doente por parte do seu médico de família.

3. O Provedor de Justiça recomendou que fosse paga à reclamante a importância de 4.270$00 decorrente de despesa efectivamente suportada pela algaliação do seu pai por serviços particulares de enfermagem e que fossem adoptadas medidas no sentido de as notas de alta dos doentes serem precisas, contendo todas as informações necessárias ao eficaz seguimento do doente por parte do seu medico assistente.

4. Esta recomendação veio a ser integralmente acatada, sendo o processo arquivado.

R. 707/99

Assunto: Aposentação. Alteração do Cálculo da Pensão. Regime especial. Estatuto dos Eleitos Locais.

Objecto: Aposentação como Presidente de Câmara Municipal ao abrigo do regime especial previsto no art. 18º, n.º 4, al. b), do Estatuto dos Eleitos Locais (Lei n.º 29/87, de 30/6 com a redacção dada pela Lei n.º 97/87, de 15/12).

Decisão: O processo foi arquivado uma vez que a Direcção da Caixa Geral de Aposentações acolheu a posição defendida pela Provedor de Justiça e, em conformidade, procedeu a novo cálculo da pensão de aposentação do reclamante.

Síntese:

1. O reclamante era funcionário dos quadros da Direcção-Geral de Contribuições e Impostos quando em 31 de Dezembro de 1976 tomou posse como Presidente da Câmara Municipal da Madalena (Açores), tendo exercido quatro mandatos ininterruptos naquela qualidade de eleito local, o que perfez um total de 14 anos.

Ao terminar o seu mandato de Presidente de Câmara em 90.01.05, o reclamante requereu de imediato (90.01.10) a aposentação, ao abrigo do regime especial de aposentação antecipada previsto para os eleitos locais (art. 18º da Lei n.º 29/87, de 30/6, com a redacção dada pela Lei n.º 97/87, de 15/12).

2. A CGA veio a emitir a resolução de aposentação apenas em 90.10.12 (ou

seja, decorridos mais do que 9 meses sobre a data do requerimento inicial do interessado), alegando para o efeito a aplicação simultânea daquele regime especial e dos arts. 43º n.º 1 e 50ª n.º 1 do Estatuto da Aposentação. Para o efeito, a CGA considerou que, no biénio que precedeu a aposentação, o reclamante exercera dois cargos a que correspondiam remunerações diferentes, pelo que a remuneração que entendeu como relevante foi encontrada tendo em atenção a média de vencimento desses dois cargos, na proporção do tempo de serviço prestado em cada um deles. A aposentação veio a verificar-se, assim, não pelo cargo de Presidente de Câmara, mas sim pelo cargo de técnico tributário de 1ª classe da Direcção-Geral de Contribuições e Impostos. O reclamante viu-se assim confrontado com um cálculo desfavorável e indevido da sua pensão de aposentação.

Contudo, ao estabelecer um regime especial de aposentação antecipada para os eleitos locais, o legislador pretendeu obviamente beneficiar e não prejudicar os interessados que tivessem exercido funções de eleitos locais. Conferiu-lhes, afinal, o direito de, a qualquer momento, poderem requerer a aposentação naquela qualidade, verificados que fossem os requisitos previstos para o efeito no referido art. 18º do Estatuto dos Eleitos Locais.

3. Verificados que eram, no caso concreto, os pressupostos para aquele tipo de aposentação, o Provedor de Justiça suscitou à Caixa Geral de Aposentações a reapreciação do processo de aposentação do reclamante, no sentido da alteração do cálculo da pensão.

A CGA procedeu à alteração do cálculo da pensão de aposentação do reclamante, passando esta de 235.800$00 para 457.800$00.

2.4.

Assuntos de organização administrativa e função pública

2.4.1. Recomendações

Ao
Exmº Senhor
Presidente da Câmara
Municipal de Oeiras

R-143/99
Rec. n.º 34/A/99
1999.05.04

1. Pelo Sindicato Nacional dos Trabalhadores da Administração Local, em representação de um seu associado, foi solicitada a intervenção deste Órgão de Estado por forma a que ao referido funcionário fosse pago na totalidade o trabalho extraordinário e trabalho prestado em dias de descanso semanal, em dias de descanso complementar e feriados.

2. Para alicerçar a reclamação apresentada foi apresentada a seguinte argumentação:

a) O funcionário em causa havia estado ao serviço dessa Edilidade com a categoria de condutor de máquinas pesadas e de veículos especiais;
b) Aposentou-se em 1 de Julho de 1998, e desde Julho de 1994 que prestava serviço como motorista de alguns Vereadores da Câmara Municipal de Oeiras, a saber: Dr. Silva Pinto, Engº Ruy Cravo e Aline Betencourt;
c) Com base nos Despachos de V. Exª nº 22/94, de 23 de Junho, e de 13 de Julho de 1995, foram fixados limites máximos a pagar a título de horas extraordinárias e de trabalho prestado em dias de descanso semanal, complementar e feriados, sendo indeferidos os períodos correspondentes a trabalho prestado que excedessem aqueles limites fixados nos indicados Despachos;
d) Mais alegava a Associação Sindical peticionante que os Despachos de V. Exªs estavam feridos de ilegalidade, uma vez que o artigo 25º, nº 4, do Dec-Lei nº 187/88, de 27 de Maio, não fixava limites para o trabalho prestado em dias de descanso semanal, descanso complementar e feriados, en-

quanto que reduzia a 60% da respectiva remuneração base a quantia a pagar por trabalho extraordinário.

3. Ouvida essa Edilidade, foi prestada uma informação subscrita pela Senhora Chefe de Divisão de Gestão de Recursos Humanos, a qual, em síntese, aduziu os seguintes argumentos:

a) A prestação de trabalho nos casos indicados na reclamação só poderia ter lugar quando previamente determinada e autorizada por quem superintende na gestão e direcção do pessoal, o mesmo é dizer pelo Presidente da Câmara, por força do disposto no artº 53º, nº 2 do Dec-Lei nº 100/84, de 29 de Março, com as alterações introduzidas pela Lei 18/91, de 12 de Junho;

b) A imposição dos limites remuneratórios ficou a dever-se, por um lado, ao facto de a Lei não referir limites para a prestação de trabalho em dias de descanso semanal, complementar e feriados, e, por outro lado, consubstanciar uma medida de gestão orçamental;

c) Os limites remuneratórios fixados pelos Despachos de V. Exª tinham carácter vinculativo e, assim, o desrespeito por tais determinações foi da inteira responsabilidade dos Vereadores que autorizaram a prestação de trabalho para além dos limites fixados naquelas orientações.

4. Não sendo questionada por essa Edilidade a prestação do trabalho cuja remuneração era reivindicada para além dos limites fixados nos Despachos de V. Exª, ponderou-se a questão de o trabalho prestado ser imputável a ordens recebidas dos Vereadores para quem prestava serviço e a quem devia obediência o funcionário em causa, e, tendo havido trabalho prestado fora do horário normal, o mesmo deveria ser retribuído.

5. Solicitado o reexame do problema, a Senhora Chefe de Divisão de Gestão de Recursos Humanos respondeu a este Órgão de Estado alegando que o funcionário em causa não deveria ter cumprido as ordens dos Senhores Vereadores, pelo facto de as mesmas terem sido ilegais, impondo-lhe o direito-dever de reclamar das mesmas ordens por lhe dever suscitar dúvidas a legalidade de ordens quando lhe era cometida a tarefa de motorista fora das horas normais de serviço.

6. Sustenta-se, ainda, na citada resposta que o funcionário em causa deveria ter solicitado prévio despacho de autorização do Sr. Presidente da Câmara a fim de dar cumprimento ao trabalho que lhe era exigido pelos Senhores Vereadores.

7. Antes do mais, considero inadequadas as considerações formuladas pela Se-

nhora Chefe de Divisão quando exige uma actuação procedimental do motorista em causa contrária à regra da confiança que sempre nortearia o relacionamento funcional e hierárquico entre Vereadores e o motorista que lhes está afecto, só fazendo sentido exigir-se actuações similares a funcionários com outro tipo de formação e responsabilidade.

8. Para além disso, o Despacho de V. Exª não tinha, em meu entender, apoio na Lei, e mais concretamente no artº 25º, nº 4 do Decreto-Lei nº 187/88, de 27 de Maio.

9. Na verdade, considero inquestionável que inexistem normas legais a fixar limites para o trabalho prestado em dias de descanso semanal, complementar e feriados, valendo a "barreira" de 60% da remuneração base para o trabalho extraordinário, nos termos do indicado artº 25º, nº 4, do Decreto-Lei nº 187/88, de 27 de Maio.

10. Considero, assim, inteiramente procedente a argumentação aduzida pela Associação Sindical e, por isso,

Recomendo

no sentido de essa Edilidade pagar ao interessado o trabalho prestado como trabalho extraordinário ou aquele que foi desenvolvido em dias de descanso semanal, complementar e feriados, satisfazendo-lhe as diferenças situadas acima dos limites fixados pelos Despachos de V. Exª.

Recomendação sem resposta

Ao
Magnífico Reitor
da Universidade de Évora

R-1670/95
Rec. n.º 40/A/99
1999.05.24

1. Em 14 de Abril de 1997, dirigi a Vossa Excelência a Recomendação n.º 29/A/97, no sentido de se proceder à reintegração do Professor Doutor...e ao pagamento dos vencimentos a que este docente tinha direito, desde a data em que foi praticado o acto de aplicação da pena disciplinar de demissão, declarado nulo por decisão judicial transitada em julgado.

2. Esta minha intervenção impunha-se pela necessidade de garantir a efectivação de um direito que a Administração se vinha recusando a reconhecer como tal.

3. Importa, antes do mais, recordar os factos cuja relevância jurídica é essencial para definir a situação em apreço :

3.1. Por deliberação da Secção Disciplinar do Senado da Universidade de Évora, de 19 de Junho de 1993, foi aplicada àquele docente a pena disciplinar de demissão.

3.2. O Tribunal Administrativo do Círculo de Lisboa veio a declarar nula esta deliberação, por sentença de 15 de Julho de 1994 (Processo n.º 593/93 - 2ª Secção), com fundamento na incompetência absoluta da entidade autora do acto.

3.3. A Universidade de Évora recorreu da decisão para o Supremo Tribunal Administrativo, que, por Acórdão proferido, em 12 de Dezembro de 1995, no Processo n.º 37305, 1ª Secção, 2ª Subsecção, deliberou não tomar conhecimento do recurso.

3.4. No âmbito das diligências empreendidas pela Provedoria de Justiça, na sequência do recebimento da queixa, a Universidade de Évora, informava, em 6 de Maio de 1996 (Refª. 175/Reit.), que "tendo o TACL, em 29 de Abril de 1996, devolvido à Universidade de Évora o Processo disciplinar em causa (apenso ao recurso contencioso), o mesmo foi remetido a Sua Excelência o Ministro da Educação, em cumprimento do Acórdão do TACL, atento o disposto no n.º 4 do artº 17º do Estatuto Disciplinar", acrescentando-se "que o Sr. Prof.... até à presente data e após o trânsito em julgado do Ac. do STA não se apresentou na Universidade".

3.5. Por ofícios de 16 de Setembro de 1996 (Refª.292/Reit.) e de 21 de Janeiro de 1997 (Refª. 8/Reit/97), dirigidos à Provedoria de Justiça, aquela instituição universitária reitera o entendimento manifestado no ofício precedente, não obstante o Prof. Dr. ...ter requerido a execução da sentença, com expressa invocação do artigo 5º do Decreto-Lei n.º 256-A/77, de 7 de Junho, em petição que deu entrada, na Universidade de Évora, em 20 de Junho de 1996.

4. É, pois, no quadro de um aparente desconhecimento da Lei, que entendi ser necessário emitir uma recomendação, onde se explicitasse o direito aplicável ao caso em apreço.

5. Não obstante se ter deixado bem clara a distinção entre actos e operações materiais que a Administração devia produzir para dar execução à sentença do Tribunal Administrativo do Círculo de Lisboa e actos visando a renovação do acto declarado nulo, a entidade a quem foi dirigida aquela Recomendação persiste em confundir os dois procedimentos, como se pode verificar pela resposta oferecida (cfr. ofício de 4 de Junho de 1997 - Refª 95/Reit/97):

" A Universidade de Évora entende que cumpriu a sentença do TACL reme-

tendo para Sua Excelência o Senhor Ministro da Educação a proposta de demissão.

O Sr. Prof. Dr...., apesar de notificado do teor das decisões dos tribunais administrativos não só não requereu a execução da sentença – o que bem mostra – que entende que a mesma foi cumprida – como nunca se apresentou nesta Universidade – vivendo no estrangeiro – a fim de lhe ser distribuído serviço docente."

6. Como já se referiu, o Prof. Dr.... requereu à Universidade de Évora a execução da sentença, tendo-lhe sido respondido (por ofício de 19 de Julho de 1996, Refª 89/AJ/96) que "a Universidade de Évora procedeu à execução do Acórdão do TACL, tendo remetido em 06/05/96, (...), a Sua Excelência o Ministro da Educação, o processo disciplinar para decisão".

7. A resposta, na sua globalidade, constitui uma mera comunicação não fundamentada para o não acatamento da Recomendação, à revelia do disposto no artigo 38º, n.º 3, do Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, que exige, expressamente a fundamentação, quando a Administração decida não tomar em consideração a recomendação que lhe foi dirigida.

8. Por ofício de 13 de Novembro de 1997, solicitei a comparência do Vossa Excelência, por entender "ser útil a realização de uma reunião onde se [pudesse], definitivamente, alcançar uma boa solução".

9. A reunião realizou-se na data aprazada - 24 de Novembro - mas sem a presença de Vossa Excelência, que justificou a ausência. Esteve presente a Sr.ª Dr.ª ..., da Assessoria Jurídica da Universidade de Évora.

10. Ficou a aguardar-se, em vão, qualquer comunicação da Universidade que reflectisse a posição formada após a realização da reunião.

11. Tomei, entretanto, conhecimento de outros factos que me pareceram ser reveladores do propósito de não dar execução à sentença:

11.1. Em 19 de Junho de 1996, acompanhando a devolução do processo disciplinar instaurado em 1993, foi remetido à Universidade de Évora o Parecer n.º 73/96, da Auditoria Jurídica do Ministério da Educação, homologado por despacho de Sua Excelência o Secretário de Estado do Ensino Superior, de que me permito destacar as seguintes duas conclusões:

"B] O processo disciplinar mostra [no texto do parecer, acrescenta-se "sem

sombra de dúvida"] que é praxe generalizada na Universidade de Évora os docentes ausentarem-se sem conhecimento do despacho do Senhor Reitor, que pode ser muito posterior ao início da deslocação, desde que saibam do parecer favorável do Conselho Científico;

C] No caso concreto dos autos o despacho reitoral só em 13 de Março de 1993 foi proferido [a deslocação deveria ocorrer, tal como se verificou, entre 24 de Fevereiro e 22 de Março], quando o requerimento de equiparação a bolseiro fora apresentado em 24 de Janeiro desse ano.

11.2. Por ofício de 2 de Agosto de 1996, o processo disciplinar era novamente remetido ao Ministro da Educação, em cumprimento da deliberação da Secção Disciplinar do Senado Universitário, que manteve a proposta "aprovada pela referida Secção em 19/7/93".

11.3. A Chefe do Gabinete de Sua Excelência o Secretário de Estado do Ensino Superior solicitou à Universidade de Évora, em 25 de Novembro de 1996 informação "sobre a eventual existência de novos elementos, a fim de que o processo [pudesse] ser submetido a decisão superior", do mesmo passo que remetia ofício do Auditor Jurídico do Ministério, em que se escrevia:

"Em aditamento ao parecer n.º 113/96 deste Serviço, venho informar V.ª Excia. que, caso S. Excia. o Secretário de Estado entenda ser de aplicar ao Arguido pena não superior à de suspensão, deverá declarar-se amnistiada a infracção disciplinar, nos termos da alínea jj) do artigo 1º da Lei n.º 15/94, de 11 de Maio, e considerando que os factos referidos na acusação foram praticados anteriormente a 16 de Março de 1994".

11.4. Não obstante o teor do ofício do Gabinete daquele membro do Governo, a Universidade de Évora continuou a aguardar que fosse proferida decisão final no processo disciplinar, como resulta dos ofícios de 5 de Dezembro de 1996 e de 25 de Fevereiro de 1997.

11.5. No primeiro destes ofícios:

a) Realça-se "o facto de a proposta de sanção ter sido aprovada por unanimidade, o que bem denota que por parte desta Instituição se considera inviabilizada a manutenção da relação funcional";
b) Informa-se que, apesar de o Acórdão de Supremo Tribunal Administrativo ter sido proferido em 12/12/95, o Professor Doutor... nunca mais se apresentou ao Serviço, pelo que vai ser elaborado, para efeitos disciplinares,

auto por falta de assiduidade;

c) Informa-se que o mesmo Professor foi pronunciado pela prática de um crime de peculato, em processo crime que corre no Tribunal Judicial de Évora, em que é lesada a Universidade de Évora.

11.6. Na data em que foi expedido o ofício, já o arguido tinha sido absolvido por Acórdão do 1º Juízo Criminal do Tribunal Judicial da Comarca de Évora (Processo n.º 118/96), transitado em julgado em 9 de Julho de1996.

11.7. Por despacho de 23 de Abril de 1997, foi instaurado processo disciplinar ao aqui reclamante, por faltas dadas ao Serviço desde 11 de Janeiro de 1996 até àquela data.

12. Tendo-se insistido por uma resposta concreta quanto ao acatamento da Recomendação, por ofício de 30 de Junho de 1998, a Universidade de Évora limita-se a dizer que o processo disciplinar foi remetido ao Ministério da Educação.

13. Voltei a convocar Vossa Excelência para uma nova reunião, que acabou por realizar-se em 15 de Março do corrente ano. Pude, desta vez, contar com a presença de Vossa Excelência, mas não se logrou estabelecer uma plataforma de entendimento comum quanto à execução do julgado. Como posição final, Vossa Excelência referiu que iria submeter o assunto à consideração de Sua Excelência o Ministro da Educação.

14. Em vão, se aguardou qualquer comunicação que expressasse a posição final da Universidade de Évora.

15. A tese sufragada por Vossa Excelência não encontra apoio na Lei, nem qualquer suporte na doutrina ou na jurisprudência, como se procurará demonstrar, mais uma vez, dando resposta às objecções virtualmente contidas na silenciosa posição dogmática, reiteradamente assumida por alguns dos órgãos dessa instituição universitária.

Assim:

16. Como se escreve no Parecer n.º 86/92, do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República (publicado no Diário da República, 2.ª série, de 25 de Setembro de 1993, pág. 9985 e segs.), "no contencioso administrativo, e ao contrário do que sucede no contencioso de plena jurisdição, a tutela é indirecta, ou seja, não se opera pela restauração directa da situação do lesado, decorrente da própria decisão, antes cabendo à Administração tomar as providências adequadas em ordem a que a decisão anulatória produza os seus efeitos práticos normais."

17. Nas palavras de Freitas do Amaral (em Direito Administrativo, vol. IV,

Lisboa, 1988, pág. 229), "da sentença que conceda provimento ao recurso [contencioso] resulta, nos termos da Lei, para a Administração activa, o dever de extrair todas as consequências jurídicas da anulação ou declaração de nulidade ou de inexistência decretada pelo tribunal ou, por outras palavras, o dever jurídico de executar a sentença do tribunal administrativo".

18. O Supremo Tribunal Administrativo, em Acórdão de 26 de Janeiro de 1994 (publicado em Acórdãos Doutrinais do Supremo Tribunal Administrativo, n.º 391, pág. 868 e segs.), explicita o seu entendimento sobre a questão, de forma cristalina:

> "Como é sabido, a anulação de um acto administrativo implica a sua eliminação da ordem jurídica, tudo se passando como se tal acto nunca tivesse sido praticado, desaparecendo todos os seus efeitos e ficando eliminados todos os actos dela consequentes. A decisão de anulação tem, assim, efeitos retroactivos.
>
> Não obstante esta eliminação de efeitos, por vezes subsistem consequências práticas que só são afastadas por via de novos actos ou de operações materiais. Quando tal acontecer, a administração tem o dever de os praticar, em execução da decisão anulatória, com vista a repor a situação jurídica violada com o acto anulado (neste preciso sentido, Freitas do Amaral, em A execução das sentenças dos Tribunais Administrativos, 2ª edição, Almedina, 1997, pág. 45).
>
> É o que sucede por exemplo no caso de funcionário punido com pena de demissão entretanto anulada por falta de audição do arguido. Em casos como este, se a administração se mantiver passiva, não tomando nenhuma atitude após a decisão anulatória, não se pode dizer que tenha sido reposta a situação jurídica violada, em toda a sua extensão. O funcionário demitido continuaria afastado do serviço e continuaria sem os vencimentos correspondentes ao tempo em que esteve afastado. Se tal acontecesse, bem se poderia dizer que a administração não executou a sentença anulatória."

19. No mesmo sentido, se pronuncia o mesmo Venerando Tribunal, em Acórdão de 10 de Junho de 1997 (publicado em Acórdãos Doutrinais do Supremo Tribunal Administrativo, n.º 434, pág. 163 e segs.), nos termos assim condensados no respectivo sumário:

> "II. O artigo 5º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 256-A/77, de 17 de Junho, é consagração do princípio de que todos os órgãos administrativos, tenham ou não tido intervenção no recurso contencioso, são sujeitos do dever de executar a sen-

tença anulatória (dever de se conformar com as consequências da anulação no plano substantivo e de praticar os actos da sua competência em ordem à reconstituição da situação actual hipotética).

.....

IV. O princípio da reconstituição da situação actual hipotética exige logicamente a regra de que os actos administrativos praticados em execução do julgado se refiram ao momento da prática do acto anulado, pelo que, como ponto de partida, os actos e operações de execução têm de considerar a situação de facto e a legislação em vigor a essa data."

20. Retomando a lição de Freitas do Amaral (em A execução das sentenças dos Tribunais Administrativos, 2ª edição, Almedina, 1997, pág. 111), conclui-se que: "não pode pois deixar de entender-se que o dever de executar se constitui com o trânsito em julgado e não apenas com o requerimento da execução que os interessados venham a apresentar: o requerimento da execução desempenha antes, no nosso direito, a função de fixar o prazo definitivo dentro do qual a Administração tem de cumprir o dever de executar, já constituído."

21. Estas considerações doutrinárias e jurisprudenciais fundam-se obviamente na Lei, pelo que não será despiciendo transcrever as principais disposições aplicáveis.

22. Desde logo, importa recordar a norma do artigo 205º, n.ºs 2 e 3, da Constituição da República Portuguesa :

"2- As decisões dos tribunais são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as de quaisquer outras autoridades.

3- A Lei regula os termos da execução das decisões dos tribunais relativamente a qualquer autoridade e determina as sanções a aplicar aos responsáveis pela sua inexecução."

23. O disposto no primeiro destes preceitos decorre "naturalmente da natureza dos tribunais como órgãos de soberania (art. 202º-1) dotados da respectiva autoridade, titulares exclusivos da função jurisdicional (art. 202º-2)", como comentam Gomes Canotilho e Vital Moreira (Constituição da República Portuguesa Anotada, 3ª edição revista, Coimbra Editora, 1993, pág. 799).

24. A propósito da segunda norma, escrevem os mesmos autores (obra citada, anotação IV ao artigo 208º):

" A execução das decisões dos tribunais em relação às demais autoridades pú-

blicas exige garantias especiais. O problema é particularmente relevante na execução das decisões dos tribunais administrativos (e fiscais), em matéria de recurso contencioso, seja para anular um acto administrativo, seja para obter a tutela de um direito a um certo acto ou prestação da Administração (cfr. art. 268º-4).

25. Na Lei de Processo nos Tribunais Administrativos, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 267/85, de 16 de Julho, dispõe-se no artigo 95º :

"As decisões dos tribunais administrativos transitadas em julgado são obrigatórias, nos termos da Constituição da República, e à sua execução pelas autoridades competentes é aplicável o disposto nos artigos 5º e seguintes do Decreto-Lei n.º 256-A/77, de 17 de Junho, salvo o preceituado no artigo seguinte."

26. No artigo 96º, n.º 1, estatui-se:

" Na falta de execução espontânea, pela Administração, de sentença que anule acto administrativo, o requerimento de execução, nos termos do artigo 5º do Decreto-Lei n.º 256-A/77, pode ser apresentado pelo interessado no prazo de três anos, a contar do trânsito em julgado da sentença (...) ."

27. O Decreto-Lei n.º 256-A/77, de 17 de Junho, estabelece nos artigos 5º e 6º, o seguinte:

" Artigo 5º - 1. A execução de sentença proferida em contencioso administrativo, quando não seja efectuada espontaneamente pela Administração, no prazo de trinta dias, a contar do trânsito em julgado, pode ser requerida pelo interessado ao órgão que tiver praticado o acto recorrido (...).

Artigo 6º - 1. A sentença deve ser integralmente executada dentro do prazo de sessenta dias, a contar da apresentação do requerimento a que se refere o n.º 1 do artigo anterior, salvo ocorrência de causa legítima de inexecução."

28. Nesta conformidade, deve concluir-se que:

a) Retomar o procedimento disciplinar significa, apenas, que estamos perante um conjunto de actos renováveis, cuja conclusão, no entanto, não possui a virtualidade de produzir efeitos retroactivos. Estes actos, pela sua natureza, não são enquadráveis no âmbito de execução da sentença do TACL (cfr. n.ºs 15 a 20 da Recomendação n.º 29/A/97);

b) Não tendo procedido à reintegração do Professor..., a Universidade de Évora não reinvestiu este docente na qualidade de agente administrativo, pelo que nenhumas faltas podem ser imputadas a alguém que se encontra des-

vinculado devido a uma omissão dos órgãos dessa instituição, que não ocorreria se tivesse sido dada execução à sentença. Para haver violação do dever de assiduidade, seria necessário que este docente tivesse sido notificado para se apresentar na Universidade numa data precisa, procedimento que legitimaria, então, a acção disciplinar por quebra do referido dever de assiduidade;

c) A instauração deste segundo processo disciplinar parece estar ferida de desvio de poder, na exacta medida em que só se desencadeia esta acção depois de se ter verificado que o membro do Governo competente não iria aplicar a pena de demissão proposta, sendo que, por outro lado, não se tem em vista o exercício do poder disciplinar, mas antes a aplicação de uma concreta pena expulsiva (cfr. a utilização que se fez, no processo, do disposto no artigo 72º do Estatuto Disciplinar). A não ser assim, ter-se-ia instaurado o referido processo no momento próprio. Com efeito, prevê-se no artigo 71º, n.º 1, do Estatuto Disciplinar, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 24/84, de 16 de Janeiro, que seja levantado auto por falta de assiduidade, "sempre que um funcionário ou agente deixe de comparecer ao serviço durante 5 dias seguidos (...) sem justificação". Ora, de 16 de Janeiro de 1996 a 18 de Abril de 1997, passaram-se quinze (15) meses, durante os quais a Universidade de Évora considerou o Professor...em situação perfeitamente regular. Tudo isto nos reconduz ao princípio da boa fé, hoje consagrado no artigo 6º-A do CPA, mas já implícito na redacção originária do Código. Num dos seus vectores, de sentido negativo, inscreve-se a proibição de venire contra factum proprium, proscrevendo comportamentos contraditórios, como são os que se revelam na situação em apreço, já suficientemente explicitada acima (neste sentido, ver o acórdão publicado em "Acórdãos Doutrinais do Supremo Tribunal Administrativo, n.º 289, pág. 62 e seguintes, bem como Diogo Freitas do Amaral, " Direitos Fundamentais dos Administrados", in " Nos dez anos da Constituição", IN/CM, 1986, nºs 9 a 11).

d) Por outro lado, ainda neste último processo disciplinar, se perdeu completamente de vista o prazo de prescrição (de três meses) definido no artigo 4º, n.º 2, do Estatuto Disciplinar, de que resultaria a verificação da impossibi-

lidade de sindicar disciplinarmente as faltas (alegadamente) dadas entre 16 de Janeiro de 1996 e 18 de Fevereiro de 1997.

Nos termos do artigo 20º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

a V.ª Exª que proceda à reintegração do Professor Doutor..., ordenando o processamento dos vencimentos a que este tem direito desde a data em que produziu efeitos o acto declarado nulo e, complementarmente, determinar o arquivamento do processo disciplinar instaurado em Abril de 1997, por desrespeitar o dever de execução da sentença do Tribunal Administrativo do Círculo de Lisboa, proferida em 15 de Julho de 1994 e por ser manifesto inexistir infracção disciplinar.

Recomendação sem resposta

Ao
Exmo Senhor
Director do Instituto Português do Sangue

R-181/98
Rec. n.º 59/A/99
1999.07.16

1. Como é do conhecimento de V.Exa, o Sindicato dos Enfermeiros do Centro solicitou-me intervenção no interesse da enfermeira V., invocando a falta de pagamento de actividades prestadas, em 1996, no Centro Regional de Sangue de Coimbra.

2. Segundo documentos inseridos no processo, a direcção do Centro confirma a existência de actividades efectivamente prestadas e não remuneradas.

3. A queixosa cumpriu um horário de trabalho homologado pelo enfermeiro chefe do Centro Regional de Sangue de Coimbra e as folhas de prestação do serviço estão assinadas pelo responsável.

4. Aliás, também V.Exa reconhece que houve trabalho realizado que não foi remunerado por não estar incluído no contrato celebrado.

5. Porém, não terá havido um contrato de prestação de serviços reduzido a escrito e a direcção do centro afirma que " A atribuição de um código às tarefas efectuadas apenas tem um significado burocrático, já que quem trabalha em "Bancos de Sangue" sabe que a colheita de sangue é indissociável do processamento, rotulagem e ex-

pedição do mesmo" e ainda " que o trabalho foi efectuado com profissionalismo e zelo".

6. Um documento do CRS de Coimbra, respeitante ao levantamento das situações de elementos que exerciam funções com vinculação precária, diz, que a enfermeira em causa "é necessária ao serviço (CRSC) para dar continuidade às actividades de colheita de sangue a dadores em brigadas e para não pôr em causa o desenvolvimento funcional do sector de colheitas".

7. A trabalhadora não pode ser penalizada por ter desenvolvido " tarefas relativas à separação de componentes", como V.Exa refere no ofício de 19 de Março passado, nem por não ter havido solicitação expressa, para autorização de outras funções, uma vez que tais actividades foram realizadas em conformidade com ordens recebidas das chefias locais.

8. O facto de as contas apresentadas pela interessada não serem rigorosas não justificará o não pagamento pois todos os dados relativos às prestações de actividade constam de folhas arquivadas no Centro Regional.

9. A redução de despesas resultante do não pagamento de trabalho efectivamente prestado consubstancia uma situação de enriquecimento sem causa por parte do Estado que constitui o prestador de serviço no direito de exigir a restituição do que lhe não foi pago, conforme resulta do disposto no artigo 473º do Código Civil.

10. Nestes termos, ao abrigo do disposto na alínea a) do nº 1 do artigo 20º da Lei nº9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

Sejam pagas à interessada, em cumprimento do disposto no artigo 473º do Código Civil, todas as quantias em dívida relativamente ao período em que realizou a prestação de serviços e os respectivos juros de mora, devidos até ao integral pagamento.

Recomendação sem resposta

Ao
Exmº Senhor
Presidente da Câmara Municipal de Cascais

R-2396/96
Rec. n.º 71/A/99
1999.09.29

1. Foi apresentada nesta Provedoria de Justiça uma reclamação onde foi posta

em causa a legalidade do Despacho do Vereador do Serviço Municipal de Recursos Humanos de 10.04.1999, publicado no Diário da República, III Série nº 122, de 26.05.1999, página 11526, através do qual foram reclassificados na categoria de Chefe de Secção dez funcionários, tendo ao tempo cinco deles a categoria de Assistente Administrativo Especialista e outros cinco a categoria de Assistente Administrativo Principal.

2. Como fundamento da aludida reclassificação foi indicado o artº 51º do Dec-Lei nº 247/87, de 17 de Junho.

3. Como decorre do disposto no artº 51º, nº 2, do diploma citado, a reclassificação consiste na atribuição da categoria diferente daquela de que o funcionário é titular, de outra carreira, e exige que os funcionários beneficiários reunam os requisitos legalmente exigidos para a nova carreira.

4. Decorre, ainda, do disposto no nº 4 do mesmo preceito que a reclassificação só é possível existindo determinada paridade retributiva entre a categoria de origem e a categoria em que se opera a reclassificação.

5. Em primeiro lugar, é questionável que a categoria de Chefe de Secção se integre em outra carreira se se tiver em conta o campo de recrutamento previsto no artº 5º do Dec-Lei nº 412-A/98, de 30 de Dezembro.

6. Embora não resulte do artº 8º do Dec-Lei nº 404-A/98, de 18 de Dezembro, que a categoria de Chefe de Secção se enquadra na carreira de Assistente Administrativo, a verdade é que, na Administração Local, tal categoria constitui lugar de acesso exclusivo da categoria de assistente administrativo especialista, sendo certo que se considera, para todos os efeitos legais, cargo de chefia da carreira administrativa por se manter em vigor o artº 3º, nº 4 do Dec-Lei nº 465/80, de 14/10 (vide artº 35º, alínea a) do Dec-Lei nº 404-A/98).

7. Mas, ainda que não fosse questionável a caracterização da situação, quer se tratando da mesma ou de diferente carreira, dúvidas não existem quanto à inexistência da paridade retributiva entre a categoria de origem e categoria de reclassificação.

8. E para clarificar a referida paridade retributiva há, apenas, que fazer apelo ao disposto no artº 18º, nº 1 do Dec-Lei nº 353-A/89, de 16/10, ou seja, levar em conta o índice remuneratório correspondente ao escalão 1 da categoria de origem e o escalão 1 da nova categoria.

9. Ora, analisado o Anexo ao Dec-Lei nº 404-A/98, de 18 de Dezembro, concluímos que ao escalão 1 da categoria de Assistentes Administrativos Especialistas cor-

responde o índice 260, que ao escalão 1 da categoria de Assistente Administrativo Principal corresponde o índice 215, e que ao escalão 1 da categoria de Chefe de Secção corresponde o índice 330.

10. Inexiste, assim, qualquer paridade retributiva entre as categorias em causa, e, por isso, não estava no caso preenchido o condicionalismo legal que permite a reclassificação.

11. Não encontro grandes argumentos de autoridade no Acórdão do Tribunal de Contas, proferido em 21.10.97, não só por ter sido proferido ao abrigo da outra legislação, e, ainda, por dizer respeito a funcionários cujas categorias de origem são desconhecidas.

12. Considero, assim, que o Despacho em causa ao permitir a reclassificação dos dez assistentes administrativos violou o princípio constitucional de o recrutamento para a função pública deve ter lugar, por via de regra, através do concurso (cfr. artº 47º, nº 2, in fine, da Constituição da República Portuguesa), além de ser anulável por estar ferido do vício de violação da Lei ao desrespeitar o disposto no artº 51º, nº 4 do Dec-Lei nº 247/87.

13. Afigura-se-me, no entanto, que a nomeação sem concurso torna o acto nulo, nos termos do artº 88º, nº 1 alínea f) do Dec-Lei nº 100/84, de 29 de Março.

Na verdade, como resulta do artº 133º, nº 1 do Código de Procedimento Administrativo, aquele normativo não se mostra prejudicado, o que vem sendo pacificamente defendido na jurisprudência e na doutrina (ver por todos Código de Procedimento Administrativo, anotação 29 ao artº 133º, de Santos Botelho e Outros, 2ª edição e, ainda, C.P.A., Anotado, de Mário Esteves de Oliveira e Outros, 2ª edição, pág. 640).

14. Nestes termos

Recomendo

que essa Edilidade declare a nulidade do Despacho de 10.4.99 da autoria do Senhor Vereador de Recursos Humanos, que permitiu a reclassificação na categoria de Chefe de Secção a dez Assistentes Administrativos (Especialistas e Principais).

Recomendação não acatada

A
Sua Excelência
a Ministra da Saúde

R-555/98
Rec. n.º 11/B/99
1999.04.15

1. Um grupo de médicos das carreiras hospitalar e de clínica geral solicitou-me intervenção, por entender que os médicos em regime de tempo completo são discriminados negativamente face aos seus colegas em regime de dedicação exclusiva por a sua remuneração ser de 66% relativamente à destes.

2. Afirmam que os dois regimes de prestação de trabalho não apresentam diferenças em termos de tempo de serviço ou responsabilidades.

3. Consideram que esta situação de discriminação salarial foi criada pelo art.12º do Decreto-Lei nº 73/90, de 6 de Março, ao formular o regime de dedicação exclusiva como o regime-base e passando a retribuir o de tempo completo com uma parcela equivalente a 66%.

4. Analisado o assunto, não se põe em causa que a fixação do regime de dedicação exclusiva obrigatório ou por opção se coloca no âmbito da discricionaridade do legislador quanto às várias carreiras, em função das suas necessidades próprias, nem a atribuição de uma remuneração suplementar aos médicos que optem pelo regime de dedicação exclusiva como retribuição da renúncia ao exercício de funções privadas, o que implica uma maior disponibilidade para o exercício das funções públicas correspondentes.

5. Entendo que não assiste legitimidade aos médicos no regime de tempo completo para contestarem a remuneração mais elevada dos médicos no regime de dedicação exclusiva, ao qual podem aceder sem limitações. Por esse motivo entendo que o regime de dedicação exclusiva não viola o princípio constitucional da igualdade em geral.

6. Questão diferente é a forma utilizada pelo legislador para a remuneração da dedicação exclusiva, ao introduzir na remuneração indiciária, fixada em função da quantidade e qualidade do trabalho prestado, um factor de diferenciação que se baseia num requisito externo à prestação de trabalho.

7. O art. 59º da Constituição prescreve a regra da retribuição do trabalho segundo a quantidade, natureza e qualidade, com correspondência ao princípio de que "a

trabalho igual, salário igual". Numa estrita aplicação deste princípio afigura-se dificilmente sustentável a constitucionalidade da norma impugnada.

8. A situação de exclusividade, no sentido desta decorrente, nada tem a ver com a "prestação de trabalho", já que constitui uma atitude meramente omissiva de renúncia ao exercício de outras funções. Não está incluída, nem pode incluir-se no regime dos "suplementos" previstos no art. 19º do Decreto-Lei nº 184/89, de 2 de Junho, atribuídos em função da "particularidade específica da prestação do trabalho" nem representa " um regime diferenciado de trabalho" previsto no art.17º, nº4 do mesmo diploma.

9. O art. 11º nº 2 do Decreto-Lei nº 73/90 viola a aplicação do princípio da igualdade na vertente específica "a trabalho igual, salário igual", na medida em que permite a fixação de um valor-hora para o trabalho normal e extraordinário diferente para os regimes de tempo completo e dedicação exclusiva quando são idênticas a natureza, quantidade e qualidade do trabalho prestado.

10. A correcção da situação exigirá que os médicos que prestam trabalho em quantidade, natureza e qualidade iguais aufiram remunerações idênticas, com correspondência em idênticos valores-hora de trabalho normal e extraordinário. A ponderação da situação especial de exclusividade de funções, que não representa um trabalho mas uma simples atitude omissiva, deverá ser remunerada através de um complemento remuneratório específico.

11. Se é correcto que essa especificidade não pode ser considerada através de variações indiciárias, que representam o pagamento do trabalho prestado, a opção por esta nova formulação exigirá um ajustamento dos actuais índices e a fixação de um novo valor para o índice 100. O que se pretende é remunerar de forma adequada o trabalho prestado e também o ónus especial da exclusividade de funções, sem propugnar soluções, a discutir na sede própria, relacionadas com o nível geral das remunerações da classe médica.

12. Assim, considerando que:

- a fixação de um regime de dedicação exclusiva nas carreiras médicas se inscreve na discricionaridade do legislador, que não cabe sindicar;
- Justifica-se a atribuição de uma remuneração global mais elevada aos médicos no regime de dedicação exclusiva para compensar o ónus especial ou a situação de renúncia a actividades privadas.
- a atribuição dessa remuneração não ofende o princípio da igualdade em geral,

já que encontra plena justificação numa situação particular que corresponde a uma restrição ao exercício de outras actividades remuneradas.

- não cabe sindicar o montante remuneratório atribuído aos médicos que optaram por essa situação, já que, constituindo um incentivo à colocação num regime de disponibilidade exclusiva para o exercício de funções públicas, deve corresponder a um montante suficiente para justificar um motivo de opção.
- não podem os médicos que se encontram no regime de tempo completo pôr em causa a existência do regime de exclusividade ou os montantes remuneratórios de que este beneficia, como se de um privilégio se tratasse, pois que ao mesmo podem aceder a todo o tempo.
- a remuneração da situação de exclusividade de funções deverá ser considerada fora do regime de fixação da remuneração-base, através de um complemento remuneratório específico, pois não se trata de "prestação de trabalho "nem ainda representa um" regime diferenciado de trabalho", mas de uma atitude meramente omissiva de renúncia ao exercício de funções privadas.
- a consideração da exclusividade de funções como integrada no conceito de remuneração-base ofende o princípio da igualdade na sua vertente específica de "a trabalho igual, salário igual" - art.59º, nº 1 da Constituição, pois médicos que prestam trabalho em quantidade, natureza e qualidade iguais auferem remunerações-base diferentes. Esta situação revela-se discriminatória, quer na fixação do valor hora normal, quer na fixação do trabalho extraordinário.
- não se afigura adequado solicitar a declaração de inconstitucionalidade do art. 11º, nº 2 do Decreto-Lei nº 73/90, pois a simples desaplicação da norma não conduz a um resultado considerado adequado ou suficiente ao fim em vista: não é líquido que se justifique um aumento remuneratório de 30% dos actuais médicos em regime de tempo completo, pois esse aumento deve ser aferido em termos de política global e em termos específicos das necessidades dos serviços de saúde; também não se justifica (em termos de protecção dos princípios da protecção da confiança e da igualdade) colocar os actuais médicos em regime de dedicação exclusiva com um regime remuneratório global idêntico aos do regime de tempo completo.

Ao abrigo do disposto na alínea b) do nº 1 do artigo 20º da Lei nº 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

O regime das carreiras médicas deve ser reformulado, sendo de estabelecer um ajustamento dos índices da carreira e eventualmente a fixação de um valor diferente para o índice 100, de modo a remunerar a situação de exclusividade em termos adequados, sem que seja desigual a remuneração- base.

Recomendação parcialmente acatada.

2.4.2. Resumos de processos anotados

R.-4859/97

Assunto: Função Pública. Carreira. Técnico Superior. Exercício de Funções da Direcção. Remuneração.

Objecto: Exercício de funções de Director de Estabelecimento por um Técnico Superior de 2ª classe sem atribuição da remuneração correspondente.

Decisão: Reclamação julgada procedente com formulação da Recomendação no sentido de dever ser paga a remuneração reclamada, a qual veio a ser acatada.

Síntese:

1. Uma funcionária com a categoria de Técnica Superior de 2ª classe foi designada pelo Director-Geral dos Serviços Prisionais para desempenhar as funções de Director do Estabelecimento Prisional das Caldas da Rainha no período de 21.04.92 a 21.09.1995, tendo auferido nesse período apenas e só a retribuição de Técnico Superior de 2ª classe.

A reclamante apresentou reclamação com o objectivo de vir a receber a diferença entre o vencimento correspondente à sua categoria de origem e o vencimento correspondente ao cargo de Director do Estabelecimento.

2. Ouvido o Gabinete de Sua Excelência o Ministro da Justiça, a pretensão da reclamante não foi atendida por existência de vícios formais, incluindo a de alegada-

mente a nomeação em regime de substituição ser de competência ministerial, e, além disso, pelo facto de o exercício de funções se ter prolongado para além do limite legal, previsto no artigo 8º, nº 3 do Dec-Lei nº 323/89, de 26 de Setembro.

Analisada a reclamação, concluiu-se ser a mesma procedente e, consequentemente, que a Administração devia pagar à reclamante a remuneração reclamada, quanto mais não fosse com base no princípio do enriquecimento sem causa.

3. Foi formulada Recomendação por forma a que à reclamante fosse paga a diferença entre a retribuída e a que no período de 21.04.92 a 21.09.95 correspondia à retribuição de Director do Estabelecimento.

A Recomendação veio a ser integralmente acatada por despacho de 22.10.1999 de Sua Excelência o Ministro da Justiça, assim se alcançando o objectivo da reclamação com o consequente arquivamento do processo.

2.5.

Assuntos judiciários e penitenciários; defesa nacional; segurança interna e trânsito; registos e notariado

2.5.1. Recomendações

Ao
Exmº. Senhor
Director do Serviço Sub-Regional de Castelo Branco
do Centro Regional de Segurança Social do Centro

R-1173/97
Rec. n.º 52/A/99
1999.06.15

I

Foi pela empresa…, com sede em Castelo Branco, apresentada queixa na Provedoria de Justiça e solicitada a minha intervenção acerca dos factos que se passam a sumariar:

Em 1996, enviou a empresa supra identificada ao Centro Regional de Segurança Social do Centro - Serviço Sub Regional de Castelo Branco a folha de remunerações referente a Agosto do mesmo ano, onde se identificavam os trabalhadores em situação de primeiro emprego e na qual era incluída uma trabalhadora de nome A..., a qual celebrara com aquela empresa em 22.4.96 um contrato de trabalho sem termo.

Na óptica da empresa reclamante, a referida trabalhadora encontrar-se-ia abrangida pelo artº 3º, nº 1, do Decreto-Lei nº 89/95, de 6 de Maio, por conseguinte em situação de primeiro emprego, com todas as consequências legais daí decorrentes, como seja a da dispensa temporária do pagamento de contribuições para o regime geral de segurança social, na parte relativa à entidade empregadora.

Ao contrário concluiu o Centro Regional de Segurança Social, com o fundamento de que a trabalhadora tinha já exercido actividade profissional ao abrigo de contrato de trabalho sem termo. Tal decorreria, na óptica dessa entidade, do facto de ter completado 36 meses consecutivos de trabalho ao serviço da firma…, sita em Castelo Branco, entre Agosto de 1990 e Agosto de 1993, sem que tivesse sido apresentado qualquer contrato escrito relativo a essa situação, o que transformaria o contrato em

contrato sem termo (artº 42º, nº 3, do Decreto-Lei nº 64-A/89, de 27 de Fevereiro).

Foi, assim, negada à empresa a dispensa temporária de pagamento de contribuições.

Ora, nos termos da documentação cuja cópia se junta (docs. nºs 1 e 2), verifica-se inequivocamente que a trabalhadora em causa exerceu actividade profissional durante o período em questão ao abrigo de um contrato de trabalho reduzido a escrito e com indicação de termo certo, o que a torna abrangida pelos condicionalismos previstos no artº 3º, nº 1, do Decreto-Lei nº 89/95, de 6 de Maio.

II

Assim, entendo exercer o poder que me é conferido pelo artº 20º, nº 1, alínea a), da Lei nº 9/91, de 9 de Abril, e

Recomendo

a) que a trabalhadora A... seja considerada em situação de primeiro emprego, e por conseguinte abrangida pela previsão do artº 3º, nº 1, do Decreto-Lei nº 89/95, de 6 de Maio;
b) que o Centro Regional de Segurança Social do Centro - Serviço Sub Regional de Castelo Branco, retire desse facto todas as consequências legais, como seja a dispensa temporária do pagamento de contribuições para o regime geral de segurança social, na parte relativa à entidade empregadora.

Independentemente do prazo legal, encontrando-se a empresa…, em vias de avançar com um projecto de investimento, o qual não se poderá concretizar enquanto a Segurança Social considerar a referida empresa, em consequência do exposto, como devedora, estou certo que a presente Recomendação não deixará de merecer por parte de V. Exª. um tratamento célere e atento.

Recomendação acatada

Ao
Exmº. Senhor
Presidente do Conselho de Administração
da Portugal Telecom, SA.

R-1998/95
Rec. n.º 89/A/99
1999.12.22

I
Exposição de Motivos

Foi pelo Exmº. Senhor... apresentada queixa na Provedoria de Justiça e solicitada a minha intervenção acerca dos factos que se passam a sumariar:

O reclamante foi promovido dentro do grupo profissional de especialista Administrativo, à categoria N, em 1 de Julho de 1982.

Subsequentemente, foi-lhe antecipada a promoção à categoria N', tendo sido considerada pelo Serviço de Pessoal da Empresa como data da sua promoção 01.01.84, coincidente com aquela a partir da qual teve início o recebimento do correspondente vencimento (Noticiário Oficial nº 178-A, de 13.09.84).

Aquando da sua aposentação, encontrando-se em condições de passar ao nível de vencimento imediatamente superior ao que então possuía (Nível N'), ao abrigo da Ordem de Serviço nº 68,84, de 23.08.84 (compensação por Aposentação), foi atribuído ao reclamante o nível "O" (Noticiário Oficial nº 87, de 08.05.85).

Posteriormente, e sem que o interessado tivesse sido em qualquer altura formalmente informado de tal facto, foi publicada no Órgão Noticioso da Empresa a anulação da sua passagem ao nível seguinte (Noticiário Oficial nº 54, de 18.03.86), no qual já permanecia há cerca de 11 meses.

O fundamento alegado pelo Serviço de Pessoal da Empresa para tal assentou no facto de ter sido considerada como data da sua promoção ao nível N', como acima se referiu, a de 01.01.84.

O reclamante, em carta datada de 07.22.84, assinalou que a data considerada como sendo a dos efeitos da promoção (01.01.84) se encontrava incorrecta, visto estar abrangido pela excepção a que se refere a alínea b) do nº 2.1 das regras anexas ao Despacho 2150,84 CA, de 29.02.84, nos termos da qual os efeitos da referida promoção se reportavam a 01.01.83 no que respeita à antiguidade na categoria N'. Ora, tal carta ob-

teve a concordância dos serviços (cfr. Doc. 1), sendo publicada a respectiva rectificação no NO nº 226, de 22.11.84. Note-se que o reclamante solicitou a rectificação do erro, sublinhando que tal se destinava a beneficiar da compensação por aposentação.

Segundo V. Exª. refere no ofício nº 4124, de 28.03.96, dirigido à Provedoria de Justiça, terá sido a "(...) promoção antecipada que fundamentou, em 1986, a aplicação do disposto no nº 3.1 da OS 68,84 CA, ao abrigo da qual o reclamante pretende que lhe seja reconhecido o direito à "compensação por aposentação", uma vez que a aposentação se verificou em Setembro de 1984 e "nos 12 meses imediatamente anteriores" tinha sido promovido configurando esta um dos "critérios de exclusão" fixado na citada Ordem de Serviço.

Apurou-se, agora, que foi indevidamente atribuída a promoção, com efeitos em termos de antiguidade, reportada a 01.01.83, uma vez que em 31.12.82 o trabalhador não tinha ainda completado 1 ano na categoria N: não reunia, pois, as condições estabelecidas no DE 21 50,84 CA (CTT) para beneficiar da promoção à categoria N'.

Assim, e em conclusão, o movimento a anular deveria ter sido este (promoção a N') e não aquele (promoção a O) em que se traduziria a compensação por aposentação".

Salvo melhor opinião, não posso deixar de discordar dos argumentados expendidos no ofício aludido, desde logo porque se julga que o trabalhador reunia as condições estabelecidas no DE 2150,84, CA (CTT) para beneficiar da promoção à categoria N'.

Com efeito, refere aquele DE que, "a) Passam à categoria imediata (...), desde que tenham pelo menos 1 ano no nível de chefia, contado a partir de acesso à categoria que possuam em 31.12.83."

b) Efeitos da progressão: 01.01.84 (ver excepção - folha seguinte).

Excepção: Para os titulares que se encontram em 31.12.82, simultaneamente em funções de chefia e em categoria de avaliação - e que não beneficiaram de qualquer promoção posterior a essa data - os efeitos serão reportados a 01.01.83, exclusivamente para efeitos de antiguidade".

Por um lado, respeitadas as condições da alínea a), poderia o reclamante beneficiar da promoção à categoria N'; por outro, os efeitos são reportados a 01.01.84, a não ser que caibam na excepção da alínea b), caso em que, para efeitos de antiguidade, retroagem a 01.01.83.

Passa a analisar-se cada uma das questões:

No que toca à alínea a), o reclamante possuía em 31.12.83 a categoria N, à qual fora promovido em 1 de Julho de 1982. O prazo de um ano exigido por esta alínea foi pois ultrapassado, reunindo-se as condições estabelecidas para beneficiar da promoção à categoria N'. Assim se conclui que a promoção não foi indevidamente atribuída, ao contrário do referido no v/ ofício.

Quanto aos efeitos, o reclamante encontra-se abrangido pela excepção da alínea b): na verdade, em 31.12.82 possuía a categoria N, não beneficiando de qualquer promoção posterior a essa data, a não ser precisamente a promoção antecipada à categoria N', que vimos analisando como consequência desse facto. A data a considerar para efeitos de antiguidade é, assim, a de 01.01.83.

Reportados os efeitos a 01.01.83, ainda que exclusivamente em termos de antiguidade, não poderá deixar de considerar-se devida a compensação por aposentação, com a consequente passagem ao nível de vencimento imediato (de N' para O), visto que, de acordo com a Ordem de Serviço nº 68,84, de 23.08.84, não se verificou o facto de ser promovido no período de 12 meses que precedeu a data da sua desligação do serviço para efeitos de aposentação (18.09.84). Decorreram aliás 20,5 meses, muito mais do que os 12 meses exigidos.

Em termos de antiguidade, que é o que está em causa, não se pode deixar de entender que a contagem da antiguidade deverá coincidir necessariamente com a data de promoção. Obviamente que não faz sentido possuir antiguidade em data anterior à data da promoção que é considerada para esse efeito.

Repare-se que o número 3.1 da OS 68,84, de 23.08.84, se refere apenas a promoção e não a aumento salarial - que no caso em apreço somente ocorreu em 01.01.84.

II
Conclusões

Assim, entendo dever exercer o poder que me é conferido pelo art. 20º, nº 1, alínea a), da Lei nº 9/91, de 9 de Abril;

Recomendo

Que o Exmº. Senhor F. L. J. seja integrado no nível de vencimento imediatamente superior (nível O), ao que possuía aquando da aposentação (nível N'), ao abrigo da OS nº

68,84, de 23.08.84, com efeitos reportados à data da anulação da sua passagem ao referido nível O (NO nº 54, de 18.03.86), com todas as consequências patrimoniais daí decorrentes.

Recomendação não acatada

À
Exm.ª Senhora
Directora do Estabelecimento Prisional Regional de Beja
(c/c ao Senhor Director Geral dos Serviços Prisionais)

R.-3428/97
Rec. n.º 90/A/99
1999.12.17

Foi-me dirigida uma exposição na qual se invoca que no Estabelecimento Prisional Regional de Beja têm surgido dificuldades na obtenção de fotocópias de documentos por parte dos reclusos, mesmo quando se trata de exposições para entidades oficiais, como a Direcção-Geral dos Serviços Prisionais, a Procuradoria-Geral da República e a própria Provedoria de Justiça.

Com vista ao esclarecimento da mesma exposição, foram solicitadas informações a V.Ex.ª, tendo sido obtida resposta através do ofício n.º 2507, de 20.10.97, cuja fotocópia junto, e na sequência do qual verifico que no Estabelecimento Prisional Regional de Beja:

- é permitida aos reclusos a tiragem de fotocópias para efeitos pessoais e particulares, após requerimento nesse sentido e despacho da Direcção, mediante o pagamento de 10$00/folha, salvo em caso de insuficiência económica;
- a tiragem de fotocópias de documentos que contenham queixas apenas é permitida na condição de serem encaminhadas através da Direcção desse estabelecimento;
- a tiragem de fotocópias de documentos que, no entendimento da Direcção, contenham linguagem ofensiva, de chantagem ou ameaçadora relativamente a pessoas e instituições não é autorizada.

Na sequência destas regras, não foi autorizada a um recluso a tiragem de fotocópias de um documento, com o fundamento de que era necessário manter a instituição alheia ao mesmo documento, salvaguardando assim a sua confidencialidade.

Após ter apreciado o teor dos esclarecimentos prestados, entendo que, com a excepção da primeira regra referida, as restantes não se justificam e necessitam de correcção.

Com efeito, manter a instituição alheia a um documento de um recluso, a fim de salvaguardar a sua confidencialidade, é uma questão independente da tiragem ou autorização da tiragem de fotocópias do mesmo documento. Esta autorização apenas deverá ter por fim a organização do sistema de tiragem de fotocópias e uma maior optimização dos equipamentos disponíveis, e não o exercício de qualquer tipo de censura.

A confidencialidade de um documento não deixará de estar salvaguardada se for reproduzido mecanicamente em fotocópia, desde que quem a tire ou autorize a sua tiragem não se inteire do conteúdo material do mesmo documento. Em qualquer dos casos, sempre se dirá que, sendo a regra em causa destinada a proteger o recluso, não faz sentido a administração penitenciária invocá-la contra o mesmo, para lhe negar uma pretensão.

Não chegando a conhecer o conteúdo do documento, como é desejável, a instituição não se confrontará com a necessidade de se pronunciar sobre a tiragem de fotocópias no caso de documentos que contenham linguagem ofensiva ou ameaçadora relativamente a pessoas e instituições. Qualquer comportamento menos próprio por parte de um recluso nesta matéria sempre poderá ser sancionado pelos meios normais de Direito, designadamente criminais.

Acresce que o eventual conhecimento do conteúdo dos documentos por parte da instituição e a não autorização de tiragem de fotocópias, nos casos em que se verifica no Estabelecimento Prisional Regional de Beja, impede o pleno exercício do direito dos reclusos a corresponderem-se livremente com determinadas entidades, independentemente das regras relativas à tiragem de fotocópias necessariamente existentes, e contraria o disposto na Circular da Direcção-Geral dos Serviços Prisionais n.º 3/94/DEP/1, de 11.11.94, sobre controlo e retenção da correspondência, que determina que "A correspondência entre o recluso e o Presidente da República, Presidente da Assembleia da República, Primeiro Ministro, Procurador-Geral da República, Juiz do Tribunal de Execução das Penas, Ministro da Justiça, Provedor de Justiça, Director-Geral dos Serviços Prisionais, Entidades Consulares e Diplomáticas e a Comissão Europeia dos Direitos do Homem, não será objecto de qualquer controlo" (n.º 5).

E ainda que a mesma circular determine a forma de recepção e expedição da

correspondência dos reclusos com as entidades oficiais (n.º 6), não impede que o recluso seja autorizado a tirar fotocópias da mesma correspondência antes de decidir expedi-la nos termos exigidos.

Semelhante conclusão se retira do disposto no artigo 138.º, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto, ao determinar a possibilidade de os reclusos se dirigirem ao Director e aos funcionários do estabelecimento, bem como aos inspectores dos serviços prisionais.

Finalmente, importa salientar que qualquer controlo que deva ser exercido sobre a correspondência dos reclusos deve sê-lo na sede própria e de acordo com as regras estabelecidas para o efeito, e não utilizando o expediente da proibição de tiragem de fotocópias.

Assim, ao abrigo da competência que me é conferida pelo artigo 20.º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 9/91 de 9 de Abril,

Recomendo

a V.Ex.ª que proceda à correcção do regime de tiragem de fotocópias em vigor nesse estabelecimento, através da generalização a todas as situações da regra que permite aos reclusos a tiragem de fotocópias, a expensas suas, após requerimento nesse sentido e despacho da Direcção, revogando as actuais regras que, como atrás demonstrei, se afiguram desadequadas.

Recomendação não acatada

Ao
Exmo. Senhor
Director-Geral da Polícia Judiciária

R-769/99
Rec. n.º 91/A/99
1999.12.17

Acuso a recepção do ofício do Exmo. Senhor Director-Geral-Adjunto acima identificado e expediente anexo, que agradeço. Pese embora as informações ali prestadas, considero que o assunto não se encontra inteiramente esclarecido, nos termos e pelos fundamentos seguintes:

1. A Informação da Exma. Senhora Sub-Directora-Geral Adjunta, datada de 99.06.29, admite a "eventual verificação de recíproca quebra de regras inerentes à nor-

mal e sã convivência social", sendo que a sua primeira Informação, de 99.09.14, já admitia a existência de excessos de parte a parte: "a existência de versões contraditórias por parte do exponente e dos funcionários desta Polícia envolvidos nos factos descritos leva-nos a admitir como provável que, face à evidente situação de conflito que das mesmas transparece, se tenham eventualmente verificado de parte a parte alguns excessos (...)".

2. Deste modo, dificilmente se compreende que tais excessos tenham sido minimizados e que se tenha concluído pela ausência de ilícitos disciplinares ou, como refere a Senhora Sub-Directora-Geral Adjunta, pela não violação de "normas hierarquicamente instituídas no seio desta Polícia". Embora se desconheça o alcance de tais normas, não se ignora o disposto no artigo 5º, n.º 2, do Regulamento Disciplinar da Polícia Judiciária, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 196/94, de 21 de Julho, que contém o elenco dos deveres gerais dos membros da Polícia Judiciária, à luz do quais o caso devia, necessariamente, ter sido equacionado.

3. De facto, de entre os deveres gerais a que estão vinculados os funcionários e agentes da Polícia Judiciária destaca-se, no que à presente queixa diz respeito, o dever de correcção (artigo 5º, n.º 2, alínea f), do DL n.º 196/94). A este propósito, tenha-se em consideração que, nos termos do disposto no artigo 23º do Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração Central, Regional e Local, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 24/84, de 16 de Janeiro (subsidiariamente aplicável à Polícia Judiciária por força do disposto no artigo 2º do DL n.º 196/94), são punidos com pena de multa os casos de "negligência e má compreensão dos deveres funcionais", nomeadamente quando os funcionários e agentes "não usarem de correcção para com os superiores hierárquicos, subordinados, colegas ou para com o público" (cfr. artigo 23º, n.º 2, alínea d), do DL n.º 24/84).

4. O "provável" comportamento menos próprio do Senhor advogado jamais poderia ser, nos termos da Lei, causa de exclusão da ilicitude ou motivo de extinção do procedimento disciplinar e não justifica, salvo melhor opinião, as conclusões constantes da Informação supra citada, da qual se infere que as faltas se anulariam reciprocamente. Quando muito, poderia constituir uma atenuante, caso se provasse que tal comportamento se traduziu numa provocação aos agentes (cfr. artigo 29º, alínea d), do DL n.º 24/84).

5. Na verdade, se é certo que aos advogados incumbe um especial dever de

respeito para com a generalidade dos operadores judiciários, não é menos verdade que, por força do próprio estatuto constitucional da Polícia, esse dever é particularmente acrescido no que aos seus membros diz respeito. Ora, o próprio tom utilizado nas Informações elaboradas pelos Senhores agentes está longe de ser o mais correcto, dali ressaltando expressões como "(...) sordidez do comportamento de tal advogado", "(...) revelando como contraponto da sua virulência uma avantajada ignorância e incompetência", "(...) assumiu uma postura de conselheiro técnico de estratégias pseudo-mafiosas (...)", que por si só colocam em causa o dever acima referido. Sendo curioso, aliás, que na Informação mencionada, datada de 99.09.14, só se tenha apontado a utilização deste tipo de linguagem relativamente à exposição do Senhor advogado, quando esta está longe de conter tal sorte de expressões.

6. Atentas as versões contraditórias dos acontecimentos admite-se que seria dispensável a audição do participante, mesmo considerando que os agentes participados não deixaram - todos eles - de ser ouvidos. Já não se compreende, porém, a falta de audição do Senhor..., que presenciou os factos e certamente poderia contribuir para o melhor esclarecimento dos mesmos.

7. Quanto às supostas irregularidades na notificação do arguido, importa fazer notar que se alega na queixa que "o Senhor... em determinada altura recebeu do Departamento em causa e da parte do Sr. Agente Simões um telefonema para ir, num determinado dia, à Polícia falar com este senhor sem que, no entanto, logo nesse acto lograsse explicar do que se tratava". Ora, embora não se conteste a possibilidade de as pessoas poderem ser convocadas, por via telefónica, para comparecer a acto processual, atento o disposto no artigo 112º, n.º 1, do Código de Processo Penal, a verdade é que a Lei faz depender tal notificação, como bem se compreende, da revelação "dos elementos que permitam ao chamado inteirar-se do acto para que é convocado e efectuar, caso queira, a contraprova de que se trata de telefonema oficial e verdadeiro" (cfr. artigo 112º, n.º 2, do Código de Processo Penal). Segundo o queixoso, terá sido precisamente a ocultação de tais elementos que o levou a sugerir ao seu cliente que não comparecesse nessa Polícia sem ser previamente notificado por escrito, conforme aliás veio a suceder.

8. Por último, no que concerne ao conteúdo das convocatórias, permito-me enviar a V. Exa. fotocópia da circular difundida pela Polícia de Segurança Pública, em 31.10.1997, que desmente a afirmação constante da Informação dessa Polícia, segundo a qual todos os OPC´s utilizam este tipo de convocatória (mera referência ao número do processo e qualidade em que o convocado deverá prestar declarações). Conforme V.

Exa. melhor verificará, o modelo preconizado pela PSP é substancialmente mais completo e esclarecedor.

Recomendo

pois, a V. Exa., à luz das considerações antecedentes e ao abrigo do disposto no artigo 20º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, que se digne ordenar as medidas que tiver por úteis e necessárias ao cabal esclarecimento do assunto, quer na perspectiva da eventual incorrecção dos Senhores agentes, quer no que toca às alegadas irregularidades e insuficiências das notificações em causa.

Recomendação acatada

A
Sua Excelência
o Ministro do Trabalho e da Solidariedade

R-2465/96
Rec. n.º 13/B/99
1999.05.04

I

Exposição de Motivos

Encontram-se pendentes na Provedoria de Justiça processos relativos ao âmbito pessoal de aplicação dos Decretos-Lei n.ºs 25/93, de 5 de Fevereiro, e 93/98, de 14 de Abril.

Nos termos do citado Decreto-Lei nº 25/93, de 5 de Fevereiro, os despachantes privativos, ou seja, os trabalhadores afectos exclusivamente ao serviço aduaneiro de determinadas empresas, não se encontram abrangidos pelas medidas especiais aí previstas. E o mesmo acontece com o Decreto-Lei nº 93/98, de 14 de Abril.

O que está em causa, por conseguinte, é a ausência total de protecção dos despachantes privativos em contraste com o que acontece com outros trabalhadores do sector, quando a degradação da sua situação profissional decorreu exactamente da mesma circunstância factual: a abolição das fronteiras fiscais no âmbito do mercado único europeu.

A propósito deste assunto, o Ministério das Finanças aduziu que esta situação "... talvez se compreenda por o despachante privativo não passar de um mero empega-

do de uma empresa de acordo com o estatuto previsto para o mesmo, (...), pelo que a sua situação profissional não é comparável à dos despachantes oficiais".

Na verdade, porém, e como Vossa Excelência terá oportunidade de verificar, os despachantes privativos são, todos eles, trabalhadores por conta de outrem, como os ajudantes e praticantes de despachante e trabalhadores administrativos ao serviço de despachantes oficiais.

Pelo que, se a sua situação profissional não é comparável à dos despachantes oficiais propriamente ditos, muitas vezes constituídos em sociedades por quotas, é bastante similar à dos profissionais, estes por conta de outrem, igualmente contemplados no âmbito pessoal de aplicação dos Decretos-Lei nºs 25/93, de 5 de Fevereiro, e 93/98, de 14 de Abril.

Acresce que a circunstância que levou o Estado a assumir as responsabilidades consagradas no Decreto-Lei nº 25/93, de 5 de Fevereiro, relativamente aos despachantes oficiais e seus colaboradores foi, como acima foi referido, a abolição das fronteiras fiscais e dos controles aduaneiros referentes às trocas intracomunitárias, em 1.1.93, como resultado da concretização do mercado único europeu, responsável, também, pelo desemprego e dificuldade de colocação de despachantes privativos ao serviço de empresas que não despachantes oficiais ou sociedades de despachantes.

A este respeito convém referir um ponto. Pode ler-se na resposta recebida do Ministério das Finanças a propósito da impossibilidade de equiparar as duas situações: "...enquanto os despachantes oficiais, quer individualmente quer associados em empresas, têm como actividade profissional a prestação de serviços na área da declaração aduaneira para qualquer utente, o chamado "despachante privativo" é um empregado de uma empresa, normalmente com um grande volume de negócios, cujo objecto social nada tem que ver a prestação de serviços naquela área e que, certamente, até obteve vantagens derivadas da diminuição dos custos com a instituição do mercado único europeu, não havendo, por isso, razão para dar um tratamento idêntico a situações não similares."

Não se nega que o mercado único europeu possa ter, para as empresas, as vantagens referidas. Mas não é da situação destas que aqui se trata, mas sim da dos despachantes privativos. E quanto a estes, a abolição das fronteiras fiscais teve como consequência a redução quase total da actividade desenvolvida por eles junto das alfândegas, levando mesmo à extinção dos respectivos postos de trabalho, com consequente despedimento.

Apesar do exposto, o compromisso assumido pelo Estado no sentido de minorar as consequências nefastas causadas pela quebra das expectativas laborais dos trabalhadores do sector deixa de fora, incompreensivelmente, os despachantes privativos.

A situação em análise consubstancia, assim, um caso de injustiça, a qual radica na diferença de tratamento conferido a categorias de profissionais merecedoras de idêntico apoio.

II
Conclusão

Neste contexto, parece ser da mais elementar justiça corrigir a situação exposta, através de medidas que visem o alargamento do âmbito pessoal de aplicação dos Decretos-Leis nºs 25/93, de 5 de Fevereiro, e 93/98, de 14 de Abril, de modo a contemplar os despachantes privativos, respondendo-se às preocupações de igualdade manifestadas.

De acordo com o exposto, entendo, no uso dos poderes que me são conferidos pelo art. 20º, nº 1, al. b), do Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei nº 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

Que sejam tomadas as medidas necessárias ao alargamento da protecção especial conferida pelos Decretos-Lei n.ºs 25/93 e 93/98 aos trabalhadores aduaneiros ao serviço exclusivo das empresas - os chamados despachantes privativos - nas condições neles previstas para os outros trabalhadores do sector, designadamente através da extensão do âmbito pessoal de aplicação dos mencionados diplomas.

Recomendação sem resposta conclusiva (reiteração em curso)

A
Sua Excelência
o Ministro da Defesa Nacional

P-7/94
Rec. n.º 14/B/99
1999.05.11

1. No âmbito da instrução do processo acima identificado, solicitou a Provedoria de Justiça informação a esse Ministério acerca da eventual adopção, por parte do

Governo, "de medidas tendentes a alterar o actual regime prisional militar e quais, em caso afirmativo" (cf. ofício n.º 7870, de 07.05.1998, em anexo).

1.1. Teve-se então a preocupação de esclarecer que a questão se devia "ao facto de o Direito Penitenciário Militar ser regulado pelo Decreto de 30 de Dezembro de 1896, que se revela totalmente desadequado aos fundamentos do Estado de direito democrático" e aproveitou-se a ocasião para questionar o Ministério acerca da eventual existência de regulamentos internos ou quaisquer outras normas legais que disciplinassem o funcionamento dos presídios militares, para além do citado Decreto de 1896.

1.2. O Ministério da Defesa Nacional limitou-se a informar, em 28.05.1998, que se encontra em curso o processo de elaboração de medidas relacionadas com as matérias supra mencionadas, em cumprimento do estabelecido no Programa do Governo. Já depois de a Provedoria de Justiça ter confirmado, através do Gabinete do Chefe do Estado-Maior do Exército (CEME), que o Decreto Real de 24 de Dezembro de 1896, que aprovou o Regulamento Geral dos Estabelecimentos Penais Militares, se mantém "parcialmente em vigor por não ter sido expressamente revogado, mas na prática não se aplica por estar desajustado em relação à realidade jurídica e penal actual " (cf. ofício n.º 2782 do Gabinete do CEME, em anexo).

2. Qualquer leitura, ainda que superficial, do Decreto de 30 de Dezembro de 1896 revela o seu profundo desfasamento face à actual realidade jurídico-social do País.

2.1. Sem pretender ser exaustivo, apontaria alguns aspectos que me parecem particularmente ilustrativos do que acabo de referir:

2.1.1. Prevê o artigo 20º do Decreto que, aquando do ingresso dos condenados no presídio, o respectivo comandante "exortará o preso à resignação, explicando-lhe as regras do estabelecimento e fazendo-lhe conhecer que, durante o trabalho, nos exercícios ao ar livre e na escola, juntamente com os outros presos, não pode falar com os seus companheiros de prisão, e que a infracção a este preceito constitui uma das faltas mais graves que se podem cometer no presídio".

2.1.2. Quanto à instrução - obrigatória para todos os condenados, excepto para aqueles que possuam instrução superior - ela constará, para além de outros exercícios, de um ditado, no qual "os professores escolherão sempre máximas, preceitos de moral, conselhos de disciplina militar e reflexões salutares que, repetidas vezes escritas pelos presos, lhes fiquem bem gravadas no espírito" (artigo 48º).

2.1.3. No que diz respeito às visitas e correspondência, dispõe o Decreto em causa que ambas "somente serão permitidas aos presos depois de três meses de encarce-

ramento no presídio" (artigo 53º) e que "nenhum preso poderá receber mais que duas visitas por mês, nem escrever mais de duas cartas em igual tempo, a não ser por motivo de recompensa" (artigo 54º); devendo as cartas, quer as escritas pelos presos, quer as que lhes forem dirigidas, ser submetidas à inspecção do comandante (artigo 59º).

2.1.4. Relativamente às penas disciplinares, as mesmas consistem, para além da repreensão e privação da leitura, das visitas ou da correspondência, na imposição de um jejum de pão e água até quinze dias e na reclusão numa cela escura pelo mesmo período de tempo. Sendo certo que, de acordo com o estipulado no artigo 64º do diploma "deve procurar manter-se na prisão a ordem material, a obediência, a regularidade dos hábitos de trabalho, por meios ascendentes de moderação, já empregados pelo comandante, já pelos seus imediatos; mas quando isso não baste e seja necessário empregar a repressão, nesse caso ela deve ser dura e exemplar."

2.1.5. No que concerne à assistência moral e religiosa, encontra-se esta a cargo do capelão, que, para além de "dever ensinar aos presos as verdades essenciais da religião", deverá "fazer-lhes conferências morais, reunindo-os na capela, e práticas espirituais na cela; escolher os livros que eles possam ler, e dirigir e encaminhar essa leitura" (artigo 84º). Prevendo-se, expressamente, que as conferências morais serão preparadas "pelo capelão com escrupuloso cuidado, de maneira que elas tendam a desenvolver os sentimentos do justo, o amor da pátria e da família, o respeito e a obediência à Lei e aos chefes, e apreciar as vantagens da disciplina" (artigo 85º).

3. Não é tanto o aspecto quase caricatural que se acaba de expor que constitui minha preocupação, tendo em conta que os preceitos acima citados não passarão, seguramente, de mera curiosidade histórica, mas sim o vazio legal que tal sorte de dispositivos acarreta, como inequivocamente resulta da resposta supra mencionada do CEME.

4. Na verdade, a execução das penas carece - como expressivamente decorre do extenso e pormenorizado articulado do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto - de uma cuidada regulamentação. De resto, é hoje crescente a importância conferida pelos estudiosos do Direito Penal e das matérias com ele conexas às questões relacionadas com a execução das penas privativas de liberdade, que constituem, inegavelmente, um dos domínios preponderantes das actuais políticas criminais da generalidade dos Estados de direito. O próprio Código de Justiça Militar, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 141/77, de 9 de Abril, prevê a existência de um Regulamento Geral dos Estabelecimentos Penais Militares - consentâneo, naturalmente, com a ordem jurídico-

constitucional do País -, ao referir no seu artigo 30º que "a pena de presídio militar consiste no encerramento em um estabelecimento prisional para esse fim designado, com sujeição ao regime fixado na Lei regulamentar".

5. Em suma, a doutrina aconselha, a Lei prevê e o regime actualmente em vigor impõe a rápida aprovação de um Regulamento Penitenciário Militar. Nele deverão ser clarificados os princípios gerais condutores da execução das penas privativas de liberdade em meio militar e concretizadas as regras que se prendem com a execução propriamente dita das penas, em obediência ao princípio da legalidade.

5.1. Relativamente ao primeiro grupo de questões, importará considerar se as inegáveis especificidades da relação jurídico-penitenciária militar a devem ou não diferenciar da relação penitenciária comum, designadamente em matéria de finalidades da execução, concessão de medidas flexibilizadoras da prisão, disciplina e segurança; aspectos que, a meu ver, deverão merecer uma cuidada reflexão.

5.2. Destaco, a título exemplificativo, e apenas no que concerne à flexibilização da pena de prisão, o facto de os presos militares não poderem actualmente beneficiar de saídas dos estabelecimentos prisionais durante o cumprimento da pena, contrariamente ao que sucede com o regime prisional comum, dado não lhes ser aplicável o disposto nos artigos 49º a 62º do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto.

5.3. De igual modo, a liberdade condicional - essa sim prevista no Código de Justiça Militar (CJM) - goza de um regime diferente daquele que vigora para os não militares, com importantes restrições, de entre as quais se destaca a que consta do artigo 228º, e), do CJM, segundo o qual "compete aos Chefes dos Estados-Maiores do Exército, da Armada e da Força Aérea, como autoridades superiores em cada um dos ramos das forças armadas autorizar as propostas de concessão e revogação da liberdade condicional, apresentadas pelos comandantes dos estabelecimentos penais, relativamente aos condenados em cumprimento de penas de presídio e prisão militares, determinando a sua remessa ao tribunal competente".

5.4. Por outro lado, é sabido que a consagração, entre nós, dos Tribunais de Execução das Penas não abrangeu o Direito Penitenciário Militar, pelo que os militares não beneficiam da acção de uma magistratura especializada no cumprimento das penas privativas de liberdade e na reintegração social dos reclusos. No âmbito da Justiça Militar, é ao próprio tribunal da condenação que compete fiscalizar a execução da pena, "decidindo todos os incidentes surgidos durante a execução da mesma" (artigo 472º, n.º 1, do CJM).

6. A par de muitas outras questões de que não cabe aqui tratar, estou certo de que as que se acabam de enunciar não deixarão de ser equacionadas na preparação do diploma que deverá regular as condições de reclusão nos estabelecimentos prisionais militares. Do mesmo modo, e independentemente das soluções que ali vierem a ser consagradas, serão certamente considerados os princípios gerais que têm vindo a ser sucessivamente proclamados nos documentos internacionais aprovados sobre a matéria, de entre os quais se destaca o princípio da ressocialização dos reclusos, como objectivo último das penas privativas de liberdade, de que faz eco a regra n.º 58 das Regras Mínimas Para o Tratamento dos Reclusos adoptadas pelas Nações Unidas.

7. No que concerne à execução da pena propriamente dita, o Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto, constituirá certamente uma importante base de apoio (aliás em fase de profunda remodelação no âmbito do Ministério da Justiça), uma vez que ali se regula a generalidade dos aspectos que importa considerar num diploma desta natureza: alojamento, ocupação, segurança e disciplina, comunicações com o exterior, convívio, assistência moral e espiritual, administração penitenciária, alimentação e saúde.

8. Conforme lapidarmente se refere no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 142/77, de 9 de Abril, que revogou, como ali se recorda, o Regulamento de Disciplina Militar "cujas linhas fundamentais remontam ao de 1913, (...) não podia deixar a nova Lei fundamental do Estado de projectar os seus reflexos no âmbito das forças armadas e da legislação militar, sugerindo a consagração de soluções mais consentâneas com os tempos actuais, soluções essas que, como é evidente, jamais deveriam sacrificar as imprescindíveis e intemporais exigências de unidade, força moral e eficiência das forças armadas".

Termos em que, fazendo uso dos poderes que me são conferidos pelo artigo 23º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa,

Recomendo

a Vossa Excelência que, com urgência, sejam ultimados os estudos necessários à rápida publicação de uma Lei Geral Penitenciária Militar consentânea com a ordem jurídico-constitucional portuguesa.

Recomendação sem resposta conclusiva (estudo legislativo em curso).

A
Sua Excelência
o Ministro da Justiça

R- 5050/98
Rec. n.º 15/B/99
1999.05.10

I
Exposição de Motivos

1. Foi recebida neste órgão do Estado uma queixa de uma cidadã em relação à detenção a que foi sujeita por dois agentes de uma esquadra da PSP da zona de Lisboa, pelas 20.00 horas, no seu domicílio, para ser presente a julgamento no dia seguinte em comarca distinta. Concretamente, insurgiu-se contra o facto de ter sido detida e conduzida àquela esquadra na presença das suas duas filhas menores (uma de um ano de idade e outra com três anos), que a acompanharam.

2. Na efectivação da detenção, a PSP informou a reclamante que poderia deixar as crianças onde quisesse ou então teria que as levar para a esquadra. No caso de não existir ninguém que as pudesse ir buscar à esquadra, teriam de lá ficar à guarda da PSP.

3. Na esquadra da PSP foi permitida uma chamada telefónica.

4. Tendo solicitado informação ao Senhor Comandante-Geral da Polícia de Segurança Pública, nomeadamente, sobre quais as instruções que os agentes daquela força de segurança têm relativamente ao procedimento a adoptar neste tipo de situações, fui informado não existirem quaisquer instruções definidas relativas à efectivação de mandados de detenção.

5. De igual modo o Código de Processo Penal (CPP) é omisso em relação à previsão deste tipo de situações, bem como não existe legislação extravagante que as tutele.

6. Esta situação concreta – existência de filhos menores - permite a extrapolação, perante a inexistência de dispositivo legal ou mesmo regulamentar que a preveja, para situações de igual natureza. Como devem actuar os órgãos de polícia criminal que procedem a uma detenção quando verificam que a pessoa a deter assegura a assistência a familiar doente? E quando esta tem a seu cargo a assistência de um deficiente? Ou de

um idoso?

7. É este conflito positivo de causas – por um lado o dever de cumprimento de mandado judicial, por outro a necessidade de salvaguardar direitos de terceiros directa e imediatamente lesados com o cumprimento do mesmo - que me leva a ponderar a necessidade da existência de regulação quanto aos requisitos de modo, ou de exercício, de efectivação de mandado de detenção.

II
Fundamentos

8. Os mandados de detenção, nos termos do art. 254º do CPP, têm como finalidade garantir a apresentação do infractor a julgamento sob a forma sumária, no prazo de 48 horas, a apresentação a juiz competente para primeiro interrogatório judicial ou para aplicação ou execução de medida de coacção ou ainda para assegurar a presença do detido perante autoridade judiciária em acto processual, não podendo neste caso o período de detenção exceder 24 horas (alíneas a) e b) do n.º 1).

9. Fora de flagrante delito, a detenção só pode ser efectuada por mandado ao juiz ou pelo Ministério Público nos casos em que for admissível a prisão preventiva (art. 257º, n.º 1).

10. A execução de mandado de detenção comporta o dever de comunicação ao juiz que o ordenou, quando este tem como objectivo assegurar a presença do detido em acto processual, ou ao Ministério Público, nos restantes casos (259º).

11. À detenção, nos termos do art. 260º, devem aplicar-se os requisitos constantes dos artigos 192º, n.º 2, 194º, n.º 3, segunda parte e n.º 4. Deste modo, a efectivação da detenção está sujeita a condições relativas à inutilidade superveniente da mesma, patente causa de isenção da responsabilidade ou extinção do procedimento criminal (art. 192º, n.º 2), comunicação a parente, pessoa de confiança ou a defensor indicado, a qual está dependente de consentimento quando o arguido for maior de 18 anos (art. 194º, n.º 3, segunda parte e n.º 4).

12. Sucede porém que podem verificar-se situações em que da efectivação da detenção resultem prejuízos graves e imediatos para terceiros que estão dependentes da pessoa a deter. Serão os casos, nomeadamente, de idosos, ascendentes ou não do sujeito, crianças, descendentes ou não e assistência a pessoas doentes, nomeadamente deficientes.

13. A Constituição pretende garantir, de modo global, os direitos daqueles sujeitos jurídicos. A protecção da família tem garantia constitucional vertida no art. 67º, a protecção na infância no art. 69º, a protecção dos deficientes no art. 71º e os cidadãos idosos encontram garantias no art. 72º.

14. Ora, no tipo de situações sub judicio a efectivação do mandado de detenção – inquestionável enquanto legítimo - comporta efeitos negativos reflexos que não encontram qualquer justificação jurídica.

15. Mais, não há previsão legal com vista a anular ou, pelo menos, atenuar esses efeitos negativos.

16. Perante o quadro normativo vigente, estas pessoas são objecto de uma permeabilidade nos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não beneficiando de uma protecção jurídica adequada.

17. Se tivermos presente a teoria dos lugares paralelos – situações semelhantes merecedoras de idêntico tratamento jurídico – podemos encontrar a situação da detenção para identificação, prevista no art. 250º, n.º 6 a 9. Esta obedece a requisitos de modo que visam proteger o cidadão detido, as quais não se verificam nas outras detenções. Prevê este artigo, nomeadamente, que caso o suspeito não seja portador de nenhum documento de identificação pode comunicar com pessoa que apresente os seus documentos, pode deslocar-se acompanhado pelos órgãos de polícia criminal ao lugar onde estes se encontrem (alíneas a) e b) do n.º 5).

18. As faculdades antes descritas são passíveis de aplicação por analogia caso se trate de uma detenção a coberto do art. 254º do CPP. Vejamos: porque não há-de poder o detido comunicar com pessoa que assegure a assistência ou, nessa impossibilidade, serem os órgãos de polícia criminais que promovem a manutenção dessa assistência, nomeadamente levando os sujeitos afectados a familiar ou pessoa de confiança?

19. O que está em causa, portanto, não é o cumprimento de mandado de detenção, mas sim os requisitos a que a sua efectivação deve respeitar. Os direitos e interesses juridicamente protegidos de terceiros não podem ser preteridos neste grau para assegurar um dever de cumprimento da justiça.

20. Noutro prisma, se o legislador entendeu, e bem, proteger as vítimas, assegurando-lhes direitos, não pode nestes casos, esquecer que estas pessoas são igualmente vítimas de uma acção desencadeada pelo Estado.

21. Com efeito, não podem os órgãos de polícia criminal que executam um mandado de detenção alhear-se dos efeitos gerados pela mesma e que contendem com

direitos de terceiros.

22. Como não pode a sua atitude ser pautada por critérios que não estejam legalmente estabelecidos, sob pena de arbítrio e de violação do princípio da igualdade.

23. Aliás, estamos perante direitos fundamentais, cuja efectiva garantia não é compatível com actos materiais – que podem até ser louváveis – sem suporte legal prévio.

24. O procedimento dos órgãos de polícia criminal relativo ao cumprimento de um mandado de detenção há-de conformar-se com requisitos legalmente definidos, os quais são os únicos hábeis a permitir uma garantia eficiente dos direitos fundamentais em risco dos terceiros em consequência da efectivação daquele mandado.

III
Conclusões

25. Assim, entendo verificar-se uma lacuna normativa relativamente à efectivação dos mandados de detenção que carece de ser suprida legislativamente, dado estarmos perante direitos fundamentais, para os quais incumbe ao Estado um dever especial de promoção e protecção.

Termos em que, no uso da competência que me é conferida no art. 20º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

A criação de medida legislativa de garantia dos direitos de terceiros, no quadro do regime de cumprimento de mandado de detenção, tendo presente, especialmente, as situações de assistência à família, a idosos, crianças e deficientes.

A garantia das situações descritas poderia conformar um regime jurídico que contemplasse alguns requisitos essenciais, os quais me permito enumerar:

i) Sempre que qualquer entidade policial proceder à detenção e que do seu cumprimento resultarem inconvenientes graves para terceiros, nomeadamente por o detido assegurar a assistência a familiar doente, idoso ou criança, deverá ser dado à pessoa a deter a possibilidade de providenciar pela manutenção dessa assistência, através de comunicação com familiar ou pessoa de confiança que a possa garantir, devendo comunicar-lhe essa faculdade.

ii) Nos casos em que os detidos não puderem providenciar pela manutenção da assistência em tempo útil, chamando familiar ou pessoa de confiança que o substitua, devem os órgãos de polícia criminal que procederam à detenção, promover, por si, o transporte imprescindível a garantir a assistência, nomeadamente levando o idoso ou a criança a casa da pessoa indicada pelo detido.
iii) Mostrando-se impossível a efectivação das situações anteriores, as autoridades procedem à detenção, devendo dar conhecimento imediato da ocorrência ao Ministério Público, tendo em vista a adopção das medidas que se mostrarem adequadas.

Aguarda parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, a solicitação do Senhor Ministro da Justiça.

A
Sua Excelência
o Presidente da Assembleia da República

Proc. R-2363/93
Rec. n.º 37/B/99
1999.12.16

Trago junto de Vossa Excelência o assunto da interpretação e aplicação do disposto no art. 9º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 25/93, de 5 de Fevereiro, diploma cuja elaboração se deveu às profundas alterações sentidas ao nível do sector aduaneiro, com a consequente redução da actividade dos despachantes oficiais, questão que tenho vindo a acompanhar desde 1993.

Procurando facultar a Vossa Excelência todos os elementos relevantes para que melhor se compreendam os motivos desta minha Recomendação, junto cópia das Recomendações n.ºs. 179/94 e 180/94, de 30.12.94, que oportunamente entendi dirigir a Suas Excelências os Ministros do Emprego e da Segurança Social e das Finanças, no uso das competências que me são conferidas pelo Estatuto do Provedor de Justiça.

Concretamente, o motivo da presente Recomendação prende-se com o conteúdo do Decreto-Lei n.º 93/98, de 14 de Abril, entretanto publicado.

Na verdade, foi a Provedoria de Justiça informada, em Janeiro de 1996, da constituição de um grupo de trabalho que se encontrava em contacto com os representantes dos três Ministérios envolvidos (o então Ministério da Solidariedade e da Segurança Social, o ex-Ministério para a Qualificação e o Emprego e o Ministério da Finanças), para análise e definição de conclusões sobre o assunto de fundo relativo aos pro-

blemas dos trabalhadores aduaneiros em despachantes alfandegários, tendo acompanhado o processo legislativo em curso, na expectativa de ver contemplada a interpretação do art. 9º do Decreto-Lei n.º 25/93, de 5 de Fevereiro, preconizada na Recomendação n.º 180/94, de 30.12.94, no sentido de a expressão "antiguidade" usada no n.º 3 do art. 13º do Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27 de Fevereiro, ser, para efeito daquele art. 9º, entendida como antiguidade no sector e não como antiguidade na empresa.

Tal não aconteceu porém, pelo que se revela oportuno trazer de novo à colação o assunto, com o objectivo de virem a ser ponderadas as medidas necessárias à fixação da interpretação supra referida.

A não ser assim, haverá que concluir pelo completo esvaziamento do art. 9º em apreço, já que a compensação calculada enquanto antiguidade na empresa sempre seria a forma geral e normal que já abrangeria estes trabalhadores nos termos da Lei geral relativa à matéria.

Ora, o benefício que se pretendeu alcançar com o diploma em causa, o qual constitui uma especialidade do regime em apreço, deriva da alteração profunda sofrida no sector do despacho alfandegário, tendo o Estado assumido um compromisso com estes trabalhadores, de modo a minorar as consequências nefastas causadas pela quebra das suas expectativas laborais.

Não se admitindo a interpretação do preceito que venho propugnando, ficarão os objectivos visados por aquelas disposições legais fortemente comprometidos, senão mesmo de todo inviabilizados.

De novo se recorda, a este propósito, a situação do trabalhador que, apesar de ter exercido actividade no sector por trinta ou mais anos, mudou nos últimos anos de entidade patronal, acabando por receber uma compensação financeira inferior à de outros que, tendo trabalhado um menor número de anos naquela actividade de despacho alfandegário, o fizeram sempre para a mesma entidade patronal.

Por outro lado, os trabalhadores aqui em causa não estão, na verdade simplesmente a ser despedidos da sua entidade patronal, estão a ser despedidos do sector. Ora, se é justo que na primeira situação a indemnização seja calculada com base na antiguidade na empresa, também não se pode deixar de considerar justo que na segunda se tenha em conta a antiguidade no sector.

É precisamente esta diferença de situação entre estes trabalhadores e os trabalhadores em geral que justifica que se lhes dê um tratamento diferente.

Importa por conseguinte concluir que a "antiguidade" aludida deverá ser considerada como antiguidade no sector. Desta forma poder-se-á responder às preocupações de igualdade manifestadas na minha anterior Recomendação, consagrando-se uma solução que de forma mais justa resolva o assunto em análise.

Dir-se-á que, se o trabalhador mudou de entidade patronal, recebeu já a correspondente indemnização, relativa ao tempo de serviço prestado a essa entidade, pelo que não faz sentido duplicá-la agora.

Mas, para além de a mudança de entidade patronal não se fazer sempre necessariamente em moldes que impliquem uma indemnização ao trabalhador, a verdade é que poderão ser considerados mecanismos que permitam descontar à indemnização final os montantes já anteriormente recebidos a título de indemnização por cessação de outro contrato de trabalho.

E mesmo que isso não seja possível, as injustiças que assim se criarão sempre serão menos graves do que aquelas que existem no actual sistema, que já expus, e que esta Recomendação pretende remediar.

Nestes termos, e ao abrigo do disposto na alínea b) do n.º 1 do art. 20º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

Sejam tomadas as medidas necessárias à fixação da interpretação do art. 9º do Decreto-Lei n.º 25/93, de 5 de Fevereiro, conjugado com o n.º 3 do art. 13º do Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27 de Fevereiro, no sentido de a expressão "antiguidade" aí usada ser entendida como antiguidade no sector e não como antiguidade na empresa.

Recomendação sem resposta

A
Sua Excelência
o Ministro do Trabalho e da Solidariedade

R-2363/93
Rec. n.º 38/B/99
1999.12.16

Trago junto de Vossa Excelência o assunto da interpretação e aplicação do disposto no art. 9º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 25/93, de 5 de Fevereiro, diploma cuja elaboração se deveu às profundas alterações sentidas ao nível do sector aduaneiro, com a

consequente redução da actividade dos despachantes oficiais, questão que tenho vindo a acompanhar desde 1993 e que tive já oportunidade de colocar ao então Ministro do Emprego e da Segurança Social através da Recomendação n.º 179/94, de 30.12.94.

Com o objectivo de tornar a exposição do assunto tão clara e concisa quanto possível, evitarei expender-me em considerações idênticas às que teci anteriormente, permitindo-me, em vez disso, remeter a Vossa Excelência cópia da Recomendação aludida (Doc. N.º 1).

Ciente da bondade da posição que anteriormente assumi, volto a colocar o assunto à consideração de Vossa Excelência.

Concretamente, o motivo da presente Recomendação prende-se com o conteúdo do Decreto-Lei n.º 93/98, de 14 de Abril, entretanto publicado.

Na verdade, foi a Provedoria de Justiça informada, em Janeiro de 1996, da constituição de um grupo de trabalho que se encontrava em contacto com os representantes dos três Ministérios envolvidos (o então Ministério da Solidariedade e da Segurança Social, o ex-Ministério para a Qualificação e o Emprego e o Ministério da Finanças), para análise e definição de conclusões sobre o assunto de fundo relativo aos problemas dos trabalhadores aduaneiros em despachantes alfandegários, tendo acompanhado o processo legislativo em curso, na expectativa de ver contemplada a interpretação do art. 9º do Decreto-Lei n.º 25/93, de 5 de Fevereiro, preconizada na Recomendação n.º 180/94, de 30.12.94, no sentido de a expressão "antiguidade" usada no n.º 3 do art. 13º do Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27 de Fevereiro, ser, para efeito daquele art. 9º, entendida como antiguidade no sector e não como antiguidade na empresa.

Tal não aconteceu porém, pelo que se revela oportuno trazer de novo à colação o assunto, com o objectivo de virem a ser ponderadas as medidas necessárias à fixação da interpretação supra referida, o que poderá eventualmente passar pela alteração do Decreto-Lei n.º 93/98, de 14 de Abril, pela feitura de diploma autónomo, ou, ainda, pela elaboração de um Despacho Conjunto, conforme por mim recomendado anteriormente.

A não ser assim, haverá que concluir pelo completo esvaziamento do art. 9º em apreço, já que a compensação calculada enquanto antiguidade na empresa era, como tive ocasião de sublinhar, a forma geral e normal que já abrangeria estes trabalhadores nos termos da Lei geral relativa à matéria.

Ora, o benefício que se pretendeu alcançar com o diploma em causa, o qual constitui uma especialidade do regime em apreço, deriva da alteração profunda sofrida

no sector do despacho alfandegário, tendo o Estado assumido um compromisso com estes trabalhadores, de modo a minorar as consequências nefastas causadas pela quebra das suas expectativas laborais.

Não se admitindo a interpretação do preceito que venho propugnando, ficarão os objectivos visados por aquelas disposições legais fortemente comprometidos, senão mesmo de todo inviabilizados.

De novo se recorda, a este propósito, a situação do trabalhador que, apesar de ter exercido actividade no sector por trinta ou mais anos, mudou nos últimos anos de entidade patronal, acabando por receber uma compensação financeira inferior à de outros que, tendo trabalhado um menor número de anos naquela actividade de despacho alfandegário, o fizeram sempre para a mesma entidade patronal.

Por outro lado, os trabalhadores aqui em causa não estão, na verdade simplesmente a ser despedidos da sua entidade patronal, estão a ser despedidos do sector. Ora, se é justo que na primeira situação a indemnização seja calculada com base na antiguidade na empresa, também não se pode deixar de considerar justo que na segunda se tenha em conta a antiguidade no sector.

É precisamente esta diferença de situação entre estes trabalhadores e os trabalhadores em geral que justifica que se lhes dê um tratamento diferente.

Importa por conseguinte concluir que a "antiguidade" aludida deverá ser considerada como antiguidade no sector. Desta forma poder-se-á responder às preocupações de igualdade manifestadas na minha anterior Recomendação, consagrando-se uma solução que de forma mais justa resolva o assunto em análise.

Dir-se-á que, se o trabalhador mudou de entidade patronal, recebeu já a correspondente indemnização, relativa ao tempo de serviço prestado a essa entidade, pelo que não faz sentido duplicá-la agora.

Mas, para além de a mudança de entidade patronal não se fazer sempre necessariamente em moldes que impliquem uma indemnização ao trabalhador, a verdade é que poderão ser considerados mecanismos que permitam descontar à indemnização final os montantes já anteriormente recebidos a título de indemnização por cessação de outro contrato de trabalho.

E mesmo que isso não seja possível, as injustiças que assim se criarão sempre serão menos graves do que aquelas que existem no actual sistema, que já expus, e que esta Recomendação pretende remediar.

Nestes termos, e ao abrigo do disposto na alínea b) do n.º 1 do art. 20º da Lei

n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

Sejam tomadas as medidas necessárias à fixação da interpretação do art. 9º do Decreto-Lei n.º 25/93, de 5 de Fevereiro, conjugado com o n.º 3 do art. 13º do Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27 de Fevereiro, no sentido de a expressão "antiguidade" aí usada ser entendida como antiguidade no sector e não como antiguidade na empresa.

Recomendação sem resposta

A
Sua Excelência
o Ministro das Finanças

R-2363/93
Rec. n.º 39/B/99
1999.12.16

Trago junto de Vossa Excelência o assunto da interpretação e aplicação do disposto no art. 9º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 25/93, de 5 de Fevereiro, diploma cuja elaboração se deveu às profundas alterações sentidas ao nível do sector aduaneiro, com a consequente redução da actividade dos despachantes oficiais, questão que tenho vindo a acompanhar desde 1993 e que tive já oportunidade de colocar ao então Ministro das Finanças através da Recomendação n.º 180/94, de 30.12.94.

Com o objectivo de tornar a exposição do assunto tão clara e concisa quanto possível, evitarei expender-me em considerações idênticas às que teci anteriormente, permitindo-me, em vez disso, remeter a Vossa Excelência cópia da Recomendação aludida (Doc. N.º 1).

Ciente da bondade da posição que anteriormente assumi, volto a colocar o assunto à consideração de Vossa Excelência.

Concretamente, o motivo da presente Recomendação prende-se com o conteúdo do Decreto-Lei n.º 93/98, de 14 de Abril, entretanto publicado.

Na verdade, foi a Provedoria de Justiça informada, em Janeiro de 1996, da constituição de um grupo de trabalho que se encontrava em contacto com os representantes dos três Ministérios envolvidos (o então Ministério da Solidariedade e da Segurança Social, o ex-Ministério para a Qualificação e o Emprego e o Ministério da Finan-

ças), para análise e definição de conclusões sobre o assunto de fundo relativo aos problemas dos trabalhadores aduaneiros em despachantes alfandegários, tendo acompanhado o processo legislativo em curso, na expectativa de ver contemplada a interpretação do art. 9º do Decreto-Lei n.º 25/93, de 5 de Fevereiro, preconizada na Recomendação n.º 180/94, de 30.12.94, no sentido de a expressão "antiguidade" usada no n.º 3 do art. 13º do Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27 de Fevereiro, ser, para efeito daquele art. 9º, entendida como antiguidade no sector e não como antiguidade na empresa.

Tal não aconteceu porém, pelo que se revela oportuno trazer de novo à colação o assunto, com o objectivo de virem a ser ponderadas as medidas necessárias à fixação da interpretação supra referida, o que poderá eventualmente passar pela alteração do Decreto-Lei n.º 93/98, de 14 de Abril, pela feitura de diploma autónomo, ou, ainda, pela elaboração de um Despacho Conjunto, conforme por mim recomendado anteriormente.

A não ser assim, haverá que concluir pelo completo esvaziamento do art. 9º em apreço, já que a compensação calculada enquanto antiguidade na empresa era, como tive ocasião de sublinhar, a forma geral e normal que já abrangeria estes trabalhadores nos termos da Lei geral relativa à matéria.

Ora, o benefício que se pretendeu alcançar com o diploma em causa, o qual constitui uma especialidade do regime em apreço, deriva da alteração profunda sofrida no sector do despacho alfandegário, tendo o Estado assumido um compromisso com estes trabalhadores, de modo a minorar as consequências nefastas causadas pela quebra das suas expectativas laborais.

Não se admitindo a interpretação do preceito que venho propugnando, ficarão os objectivos visados por aquelas disposições legais fortemente comprometidos, senão mesmo de todo inviabilizados.

De novo se recorda, a este propósito, a situação do trabalhador que, apesar de ter exercido actividade no sector por trinta ou mais anos, mudou nos últimos anos de entidade patronal, acabando por receber uma compensação financeira inferior à de outros que, tendo trabalhado um menor número de anos naquela actividade de despacho alfandegário, o fizeram sempre para a mesma entidade patronal.

Por outro lado, os trabalhadores aqui em causa não estão, na verdade simplesmente a ser despedidos da sua entidade patronal, estão a ser despedidos do sector. Ora, se é justo que na primeira situação a indemnização seja calculada com base na antiguidade na empresa, também não se pode deixar de considerar justo que na segunda se tenha em conta a antiguidade no sector.

É precisamente esta diferença de situação entre estes trabalhadores e os trabalhadores em geral que justifica que se lhes dê um tratamento diferente.

Importa por conseguinte concluir que a "antiguidade" aludida deverá ser considerada como antiguidade no sector. Desta forma poder-se-á responder às preocupações de igualdade manifestadas na minha anterior Recomendação, consagrando-se uma solução que de forma mais justa resolva o assunto em análise.

Dir-se-á que, se o trabalhador mudou de entidade patronal, recebeu já a correspondente indemnização, relativa ao tempo de serviço prestado a essa entidade, pelo que não faz sentido duplicá-la agora.

Mas, para além de a mudança de entidade patronal não se fazer sempre necessariamente em moldes que impliquem uma indemnização ao trabalhador, a verdade é que poderão ser considerados mecanismos que permitam descontar à indemnização final os montantes já anteriormente recebidos a título de indemnização por cessação de outro contrato de trabalho.

E mesmo que isso não seja possível, as injustiças que assim se criarão sempre serão menos graves do que aquelas que existem no actual sistema, que já expus, e que esta Recomendação pretende remediar.

Nestes termos, e ao abrigo do disposto na alínea b) do n.º 1 do art. 20º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

Sejam tomadas as medidas necessárias à fixação da interpretação do art. 9º do Decreto-Lei n.º 25/93, de 5 de Fevereiro, conjugado com o n.º 3 do art. 13º do Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27 de Fevereiro, no sentido de a expressão "antiguidade" aí usada ser entendida como antiguidade no sector e não como antiguidade na empresa.

A entidade visada remeteu a resolução do problema para o Ministério do Trabalho e da Solidariedade

2.5.2. Resumos de processos anotados

R-657/94

Assunto: Administração da Justiça. Processo Civil. Citação.

Objecto: Condenação e ameaça de penhora pelo não pagamento de uma multa resultante de uma infracção ao Código da Estrada da qual o interessado não foi atempadamente notificado.

Decisão: Resolução da queixa através de meios informais.

Síntese:

1. O Senhor… queixou-se que recebeu um postal do Tribunal que o intimava a pagar a quantia de Esc. 24.800$00, sob pena de penhora, se necessário com arrombamento, em virtude de não ter pago uma multa no valor de Esc. 5.000$00, acrescida das custas do processo judicial.

2. Tendo o queixoso alegado que nunca antes havia sido notificado da referida multa, quer pela PSP, quer pelo Tribunal, foram solicitados esclarecimentos a ambos.

3. Verificou-se que houve um lapso na indicação da morada no auto de notícia e que o mesmo só foi corrigido, pelo Tribunal, no decurso do processo executivo.

4. Tendo-se confrontado a PSP com a situação, alegou aquela, numa primeira fase, que corrigiu o lapso antes de enviar o expediente para Tribunal e colocou em causa a condenação nos termos descritos pela Provedoria de Justiça, atendendo ao princípio da presunção da inocência.

5. A Provedoria de Justiça chamou, então, a atenção da PSP para as peças do processo judicial que atestavam, sem margem para dúvidas, que o lapso só muito tardiamente foi corrigido e fez notar que sobre o queixoso recaía uma presunção de culpabilidade e não de inocência, atendendo à norma segundo a qual o auto de notícia faz fé em juízo até prova em contrário.

6. A PSP aceitou pagar ao queixoso a quantia de Esc. 19.820$00, resultante da diferença entre o valor que aquele pagou ao Tribunal e o valor da multa que poderia ter pago, caso tivesse sido regularmente notificado.

R-2695/99

Assunto: Serviço Militar. Pedido de Amparo de Família.

Objecto: Reconhecimento de uma situação de assistência à família com vista à dispensa da prestação do serviço militar obrigatório.

Decisão: Processo arquivado, após resolução da queixa através de meios informais.

Síntese:

1. Foi dirigida uma queixa ao Provedor de Justiça na qual se pedia a atenção para uma situação de assistência à família que não havia sido considerada pelo Exército para efeitos de dispensa do cumprimento do serviço militar obrigatório.

2. O queixosos alegava, em traços gerais, que o seu pai se encontrava gravemente doente e necessitado de assistência domiciliária permanente, após ter sofrido um acidente vascular cerebral e que só a dispensa do serviço militar lhe permitiria continuar a trabalhar de noite por forma a assistir o seu pai durante o dia, desta forma permitindo que a sua mãe e irmã, esta última menor, pudessem estar ausentes durante aquele período para poderem trabalhar e estudar, respectivamente.

3. Muito embora o Exército tivesse deferido o adiamento da incorporação para o ano seguinte, recusou a concessão do estatuto de amparo, com base no facto de o rendimento per capita do agregado familiar ser superior ao montante mínimo estabelecido na Lei.

4. O Provedor de Justiça dirigiu-se ao Ministro da Defesa Nacional, fazendo notar que estava em causa o direito à protecção à família e chamando a atenção para o facto de ter sido preterida uma formalidade essencial no processo administrativo instruído nos Serviços do Exército, dado não ter sido concedido ao interessado o direito de audiência prévia.

5. O assunto veio a merecer a atenção do Departamento de Assuntos Jurídicos do Ministério da Defesa Nacional que elaborou um Parecer no qual acolheu parte da argumentação da Provedoria de Justiça, tendo proposto ao Ministro a revogação do acto praticado pelo Director de Recrutamento do Exército que havia indeferido o pedido de qualificação como amparo de família.

6. Por despacho do Ministro da Defesa Nacional veio a ser concedido provimento ao recurso, tendo sido devolvido o processo ao Chefe do Estado-Maior do Exército com vista à sua reformulação.

2.6.

Assuntos político--constitucionais e inspecções

2.6.1. Recomendações

Ao
Exm.º Senhor
Presidente da Câmara Municipal de Valongo

R-2978/98
Rec. n.º 33/A/99
1999.04.29

Em 14.07.98 foi recebida nesta Provedoria uma exposição que relatava a cessação dos apoios financeiros da Câmara Municipal de Valongo ao Centro Social de Ermesinde, facto que originou o processo referido em epígrafe.

Instado sobre a possibilidade de revogação a contestada deliberação, veio V.ª Ex.ª responder como indisponível para tal, tendo transmitido que a deliberação de cessação de apoios se fundamentou no facto do Centro Social de Ermesinde prosseguir actividades alheias aos seus fins principais, nomeadamente "com a publicação de um jornal de cariz político, que nada tem a ver com a divulgação e catalização de apoios à respectiva actividade". Concluía referindo que a deliberação em causa consubstancia uma decisão politico-discricionária insindicável e que a mesma não violaria qualquer disposição legal.

Concluída a instrução do processo, cumpre apreciar juridicamente a questão.

O art.º 51º, n.º 1, i), da LAL dá às câmaras municipais competência para "deliberar sobre as formas de apoio a entidades e organismos legalmente existentes, que prossigam no município fins de interesse público". No entanto, a Lei não regula os critérios que devem reger estes apoios. De facto, como refere Diogo Freitas do Amaral, "Direito Administrativo", 2.º vol., pg. 105, "a Lei não regula sempre do mesmo modo os actos a praticar pela Administração Pública: umas vezes pormenoriza, outras vezes deixa uma grande margem de liberdade de decisão aos órgãos administrativos." Temos,

assim, num caso actos vinculados, no outro actos discricionários, naqueles o seu exercício está inteiramente regulado por Lei, nestes "… fica entregue ao critério do respectivo titular deixando-lhe liberdade de escolha para o procedimento a adoptar em cada caso como mais ajustado à realização do interesse público protegido pela norma que o confere." (idem, pg. 114)

E, refere ainda o mesmo autor na obra supra citada, pg. 114, "A norma que confere um poder discricionário confere-o para um certo fim: se o acto pelo qual se exerce esse poder for praticado com a intenção de prosseguir o fim que a norma visou, este acto é legal, se o acto for praticado com um fim diverso daquele para que a Lei conferiu o poder discricionário, o acto é ilegal. Porque o fim é sempre vinculado no poder discricionário."

Assim, não existem actos totalmente discricionários mas apenas predominantemente discricionários, sendo os mesmos sempre vinculados quanto ao fim de prosseguir determinado interesse público.

Importa ainda referir que estes actos são sempre controláveis jurisdicionalmente pelos tribunais administrativos, quer no que toca aos seus aspectos vinculados, quer quanto ao eventual desvio de poder na prática do acto, por prosseguimento de fins, públicos ou privados, alheios ao que justificou a consagração da discricionaridade. No que toca às deliberações dos órgãos autárquicos, dispõe o art.º 89º da LAL que as mesmas são anuláveis quando feridas de desvio de poder.

A análise da deliberação de suspensão de subsídios ao Centro Social de Ermesinde, bem como a resposta de V. Ex.a permitem-me concluir que esta decisão radicou quer na discordância relativamente à orientação editorial conferida ao jornal " A Voz de Ermesinde", quer por se entender que a actividade de exploração de um jornal não corresponde ao objecto social daquela instituição.

Quanto à primeira razão, como já se referiu, não pode o apoio do Estado ou das autarquias constituir limitação ao direito de livre actuação das instituições de solidariedade social, sob pena de limitação do pluralismo social. Isto, sem prejuízo da adopção dos procedimentos que os visados pelas ofensas alegadamente cometidas através de artigos publicados no Jornal "A Voz de Ermesinde", possam vir a desencadear se entenderem que às mesmas pode ser imputada a natureza de ilícito criminal ou civil.

Relativamente ao "desvirtuamento" dos fins de solidariedade e de justiça social que devem presidir à actuação das instituições particulares de solidariedade social, certo è que estas instituições também podem prosseguir outros fins que com aqueles sejam

compatíveis (cfr. art.º 1º n.º 2), escolhendo livremente as suas áreas de actividade e prosseguindo autonomamente a sua acção (art.º 3º n.º 1), não sendo por esse motivo que se pode falar em "desvio dos objectivos dum centro social". No caso, não creio que a publicação de um jornal, no qual se expressam diferentes opiniões políticas seja incompatível com os fins de solidariedade social.

Assim, refere o art.º 2º dos Estatutos do Centro Social de Ermesinde que, para além dos objectivos de "apoiar a criança, a juventude e a terceira idade" e de desenvolver "actividades de intervenção social e de solidariedade" o Centro prossegue "subsidiariamente actividades recreativas, culturais, desportivas e similares", nas quais se insere a publicação do jornal referido.

Para além do mais, igualmente direi que não se encontra demonstrado na fundamentação da deliberação de suspensão de subsídios que os mesmos tenham sido aplicados na publicação do jornal em detrimento dos serviços de apoio à infância, à juventude e à terceira idade, bem como que a publicação dê prejuízo ao Centro Social, como V.ª Ex.ª refere.

Isto é, parece-me que previamente à deliberação tomada, a Câmara Municipal de Valongo devia ter exigido ao Centro Social a demonstração de que os subsídios que lhe entregou são aplicados nas actividades de solidariedade social e, só então, caso tal não se verificasse, suspender os subsídios com esse fundamento, por entender que os mesmos apenas devem ser aplicados em actividades de solidariedade social e não noutras actividades subsidiariamente prosseguidas.

O que V.ª Ex.ª, e a Câmara a que dignamente preside, não devia ter feito era suspender subsídios atribuídos desde 1988, baseando-se em alegadas questões políticas e desvirtuamento de objectivos sociais não fundamentadas nem documentadas, não se descortinando, assim, que o interesse público melhor prosseguido pela deliberação em causa, seja o que está na base da possibilidade de atribuir ou recusar apoios de carácter financeiro a obras de assistência social. Na aplicação da norma, de modo positivo ou negativo, é este o interesse público relevante, que vincula qualquer acto tomado ao abrigo desse poder discricionário.

Em face de quanto antecede,

Recomendo

a V. Ex.ª, ao abrigo do art.º 20, n.º 1, a), do Estatuto do Provedor de Justiça (Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, alterada pela Lei n.º 30/96 de 14 de Agosto) que se proceda à revo-

gação da deliberação da Câmara Municipal de Valongo, tomada na reunião de 17.06.98, que deliberou suspender os subsídios que vinham sendo atribuídos ao Centro Social de Ermesinde, por se encontrar a mesma ferida de desvio de poder.

Recomendação não acatada

Exm.º Senhor
Director da Escola Superior de Enfermagem de Leiria

R-1539/99
Rec. n.º 38/A/99
1999.05.10

Acuso a recepção do ofício de V.ª Ex.ª com referência em epígrafe, que agradeço, sobre a assinatura de declarações de aceitação ou não aceitação da praxe dos alunos dessa instituição, com remissão para certas "consequências", cujo cabal esclarecimento agora veio a ser feito.

Não ponho em causa o teor do mesmo, designadamente no que à ausência de coacção física ou psicológica diz respeito no desenrolar da recepção aos novos alunos do curso iniciado em 12 de Abril p. p..

No entanto, os esclarecimentos recebidos suscitaram-me novas perplexidades. Assim, a declaração apresentada de recusa da praxe, que desta vez foi pelo menos assinada por uma aluna do curso em causa, possui um conteúdo que não posso deixar de considerar ilegal, sendo possível que a prática de actos para a sua efectivação redundem em ilícitos do foro criminal.

Refiro-me em primeiro lugar à "ausência de direito" a ter e usar traje académico. Não pode nenhuma entidade pública, muito menos particular vedar a posse ou utilização de determinado traje, tão logo não exista Lei, e Lei da competência da Assembleia da República, que assim o determine. Estão em causa, entre outros direitos fundamentais, o direito de propriedade e o direito à imagem.

O traje académico não está protegido por Lei. Qualquer acto de entidade pública ou privada que tente fazer valer o conteúdo da declaração em causa, neste ponto, pode eventualmente cair na alçada penal, eventualmente por algum crime contra a propriedade, ou mesmo contra as pessoas, caso se utilize violência física ou outro constrangimento.

Em segundo lugar, não posso crer que V.ª Ex.ª tenha lido o conteúdo da decla-

ração e não tenha tomado uma posição firme, especificamente no que toca à 4.ª "consequência" da recusa da praxe.

A recusa de aceitação de um aluno dessa Escola na respectiva Associação de Estudantes pelo motivo de não se querer submeter à praxe é perfeitamente inconstitucional, por violação do art.º 13.º da Lei fundamental, para além de violar directamente a Lei 33/87, de 11 de Julho, designadamente no seu art.º 2.º, n.º 2, onde se afirma expressamente o direito de todos os estudantes participarem na vida associativa, incluindo, mas não só, o direito de eleger e ser eleito para os órgãos sociais,. A associação de estudantes visa defender os interesses dos estudantes na vida escolar e na sociedade (art.º 1.º, n.º 2) e não a praxe.

Decerto que os estatutos da Associação de Estudantes não conterão esta limitação, já que no caso contrário decerto que o Ministério Público teria tido uma intervenção, após cumprimento do estipulado no art.º 6.º, n.º 2. Assim, a recusa individual de admissão de estudantes que recusem a praxe será contrária aos estatutos, bem como será contrária ao espírito do princípio da democraticidade a criação, pelo próprio Presidente da Associação de Estudantes, da convicção junto dos estudantes que recusam a praxe da impossibilidade de se inscreverem na associação e de participar na vida associativa.

Nestas circunstâncias, como prevê o art.º 1.º, n.º 3, da Lei citada, os direitos que a Lei prevê e concede à associação de Estudantes podem ser suspensos ou cancelados enquanto a situação ilegal persistir, a saber o direito às instalações, apoio material e técnico, direito de antena, isenções fiscais e apoio financeiro.

Em último lugar, a formulação involuntariamente lata da última "consequência" fez-me sorrir. Estarão os alunos em causa impedidos de assistir a aulas e fazer exames, actos da vida académica por excelência?

É claro que a intenção da declaração proposta pela Associação de Estudantes é outro, eventualmente abrangendo festas, desfiles e outras realizações. Quanto a festas privadas, em local privado e com fundos privados, nada tenho a opor. Já quanto a festas organizadas nessa Escola ou, de algum modo, apoiadas pela mesma, financeiramente ou por outra via, não é legítima a admissão de discriminações entre alunos da escola, tenham ou não um aposição favorável à praxe.

V.ª Ex.ª dir-me-á que não ocorreram queixas. Mesmo assim sendo, parece-me intolerável que numa escola, para mais pública, se possa criar a convicção de que este

tipo de comportamentos é permitido e será, provavelmente, assegurado no futuro, conduzindo, de algum modo, os estudantes afectados a retraírem-se no seu enquadramento escolar.

Nestes termos,

Recomendo

1. Que não permita a distribuição nessa Escola de declarações para assinatura dos estudantes, que incluam alguma das três últimas "consequências" mencionadas naquela que me enviou;
2. Que, caso persista esta actuação da Associação de Estudantes ou mesmo vierem a ocorrer casos de recusa de inscrição na mesma ou de participação em actividades escolares ou circum-escolares por via da não aceitação da praxe, sejam retiradas as devidas consequências, em termos de comunicação imediata dos mesmos factos aos serviços competentes do Ministério da Educação e cessação do reconhecimento da mesma Associação para os efeitos da Lei 33/87.

Agradeço a comunicação desta minha recomendação ao Senhor Presidente da Associação de Estudantes, mais solicitando o envio da identificação das cinco escolas que terão subscrito um alegado código da praxe de onde conste o alegado.

Recomendação acatada

Ao
Exmo. Senhor
Presidente da Câmara Municipal da Figueira da Foz

R-1038/99
Rec. n.º 39/A/99
1999.05.24

1. Como é do conhecimento de V. Exa., foi solicitada a intervenção do Provedor de Justiça a propósito do acto de indeferimento do pedido de passagem de certidões dirigido a esse órgão autárquico pelo Sr… no âmbito do processo registado pelos serviços da Câmara como o processo A-63, o qual deu origem à queixa apresentada a este Órgão do Estado e à abertura do processo acima identificado.

Os motivos do indeferimento resumem-se à situação de o reclamante não demonstrar um "interesse directo no pedido enquanto particular interessado num procedi-

mento", resultando ainda da fundamentação do despacho de V. Exa. que a solicitação em causa não se enquadrará no âmbito do exercício do direito de petição.

2. Entendo que não procede a argumentação expendida naquele despacho, pelas razões que a seguir se expõem e que fundamentam a presente recomendação.

3. Assim, e com referência aos direitos e garantias dos administrados estabelecidos no art.º 268º da Constituição da República Portuguesa, ou seja, aos "direitos fundamentais do cidadão enquanto administrado", para adoptar a expressão utilizada por J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, esclarecem estes autores que se trata em geral "de direitos de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias enunciados no Título II da Parte I (da Constituição), partilhando, portanto, do mesmo regime, designadamente a aplicabilidade directa e a limitação da possibilidade de restrição apenas nos casos expressamente previstos na Constituição e mediante Lei geral e abstracta (...)". Acrescentam que "pelo seu número, importância e significado sob o ponto de vista do princípio do Estado de direito democrático, este conjunto de direitos e garantias dos administrados (...) constitui uma espécie de capítulo suplementar do catálogo constitucional de direitos, liberdades e garantias, ao lado dos de carácter pessoal, dos de participação política e dos dos trabalhadores (...)" (in "Constituição da República Portuguesa Anotada", 3ª edição revista, 1993, pgs. 933 e 934).

Designadamente refere o n.º 2 do citado preceito constitucional que "os cidadãos têm (...) o direito de acesso aos arquivos e registos administrativos, sem prejuízo do disposto na Lei em matérias relativas à segurança interna e externa, à investigação criminal e à intimidade das pessoas", postulando, deste modo, o denominado princípio do arquivo aberto ou da administração aberta.

Reportando-se ao princípio em causa, adiantam os mencionados autores que "a fórmula arquivos e registos administrativos deve entender-se em sentido amplo", aduzindo, ainda, que a garantia do direito em apreço, "independentemente de estar em curso qualquer procedimento administrativo, é um elemento dinamizador da democracia administrativa e um instrumento fundamental contra o segredo administrativo", sendo que, ressalvadas as matérias de segurança interna e externa, investigação criminal e intimidade das pessoas, "a Constituição torna claro que a liberdade de acesso é a regra, sendo os registos e arquivos um património aberto da colectividade" (ob. cit., pg. 934 e sublinhado nosso).

4. A regulação do acesso aos documentos da administração é assegurada pela

Lei n.º 65/93, de 26 de Agosto, entretanto alterada pela Lei n.º 8/95, de 29 de Março, que esclarece, no n.º 2 do art.º 2º, que "o regime de exercício do direito dos cidadãos a serem informados pela Administração sobre o andamento dos processos em que sejam directamente interessados e a conhecer as resoluções definitivas que sobre eles forem tomadas consta de legislação própria".

Após enquadrar no respectivo âmbito de aplicação os documentos "que têm origem ou são detidos por órgãos do Estado e das Regiões Autónomas que exerçam funções administrativas" (art.º 3º), o diploma assegura, no art.º 7º, n.º 1, o direito de acesso generalizado aos documentos administrativos de carácter não nominativo, que define como "quaisquer suportes de informação gráficos, sonoros, visuais, informáticos ou registos de outra natureza, elaborados ou detidos pela Administração Pública, designadamente processos, relatórios, estudos, pareceres, actas, autos, circulares, ofícios-circulares, ordens de serviço, despachos normativos internos, instruções e orientações de interpretação legal ou de enquadramento da actividade ou outros elementos de informação" [art. 4º, n.º 1, alínea a)].

Categoria na qual se incluirão os documentos a que o reclamante pretende aceder no caso concreto.

De resto, a Lei n.º 65/93 aponta ainda as modalidades de acesso aos documentos, incluindo na alínea c) do n.º 1 do art.º 12º a "passagem de certidão pelos serviços da Administração", e considerando que "o direito de acesso aos documentos administrativos compreende não só o direito de obter a sua reprodução, bem como o direito de ser informado sobre a sua existência e conteúdo" (art.º 7º, n.º 3), não valendo a argumentação expendida no despacho de indeferimento no sentido de o teor dos documentos em causa estar já incluído noutros documentos públicos da Câmara Municipal.

5. A Lei de Processo nos Tribunais Administrativos e Fiscais, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 267/85, de 16 de Julho prescreve, por seu turno, no respectivo art.º 82º, n.º 1, que "a fim de permitir o uso de meios administrativos ou contenciosos, devem as autoridades públicas facultar a consulta de documentos ou processos e passar certidões, a requerimento do interessado (...), no prazo de 10 dias, salvo em matérias secretas ou confidenciais", definindo ainda os termos do processo específico de recurso ao tribunal para intimação da administração tendo em vista a satisfação do pedido do particular.

6. Da conjugação das disposições atrás citadas, sem que aliás se mostre necessário qualquer esforço de interpretação tendo em conta que os normativos em causa são claros na previsão que fazem dos direitos e valores que consagram, resulta inequívoco o

dever que impende sobre a administração pública de permitir aos cidadãos o acesso aos documentos administrativos nos termos legais, isto é, desde que não se trate de documentos nominativos, ou seja, de suportes de informação que contenham dados pessoais, e devidamente salvaguardadas as limitações constitucionais reportadas à segurança interna e externa, à investigação criminal e à intimidade das pessoas.

Não se vislumbra, no caso concreto, qualquer razão atendível para que o órgão autárquico a que V. Exa. preside actue de forma diversa. Ou melhor, a decisão de indeferimento que originou a presente reclamação não tem suporte legal, revelando-se em última análise violadora de um direito constitucional de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias.

7. Outras disposições constitucionais, designadamente consubstanciadoras dos denominados direitos de participação política, corroboram a orientação acima definida.

É o caso do princípio consignado no art.º 48º, n.º 2 da Lei Fundamental, onde se pode ler que "todos os cidadãos têm o direito de ser esclarecidos objectivamente sobre actos do Estado e demais entidades públicas e de ser informados pelo Governo e outras autoridades acerca da gestão dos assuntos públicos", relativamente ao qual Gomes Canotilho e Vital Moreira adiantam não dizer respeito "ao cidadão como particular, interessado num certo procedimento da administração (...), mas ao cidadão como membro da comunidade interessado na res publica" (ob. cit., pg. 267).

Ou ainda o caso do direito de petição, ao contrário da posição defendida na fundamentação do acto de indeferimento dessa autarquia, com tradução no art.º 52º do texto constitucional. Em anotação a este preceito, esclarecem os mesmos autores que "a caracterização do direito de petição como um direito de participação política e não como um direito pessoal justifica que ele possa ser exercido independentemente da existência de qualquer gravame pessoal ou lesão de interesses próprios, ou seja, em defesa da legalidade constitucional ou do interesse geral" (ob. cit., pg. 279).

O acto de indeferimento em apreço mostra-se assim susceptível de inviabilizar o exercício do direito de petição conferido pela Lei Fundamental ao cidadão dele destinatário, tendo designadamente em atenção que, com base nos elementos facultados pela administração pública, aquele poderá, por exemplo, apresentar um pedido ou uma proposta a um órgão de soberania ou a qualquer autoridade pública - até mesmo à própria Câmara Municipal - para que tome, adopte ou proponha determinadas medidas, ou

efectivar uma queixa ou denúncia de qualquer ilegalidade verificada (cfr. art.º 2º da Lei n.º 43/90, de 10 de Agosto que regula o exercício do direito de petição).

Na esteira de uma progressiva concretização da orientação acima definida, veio ainda o recente Decreto-Lei n.º 135/99, de 22 de Abril, que estabelece medidas de modernização administrativa, eleger como princípios de acção dos serviços e organismos da administração pública, os da "qualidade, da protecção da confiança, da comunicação eficaz e transparente, da simplicidade, da responsabilidade e da gestão participativa" (art.º 2º).

8. Da análise da situação concreta apresentada a este Órgão do Estado não se reconhecem razões que à luz da Constituição e da Lei possam justificar o acto de indeferimento objecto da presente queixa. A decisão em apreço revela-se, desta forma, violadora dos direitos fundamentais que assistem ao cidadão enquanto administrado e contrária aos princípios da publicidade e da transparência (cfr. Lei n.º 65/93, art.º 1º) que norteiam ou devem nortear a actuação da administração pública num Estado de direito democrático.

Com referência precisamente ao princípio do arquivo aberto ou da administração aberta, pode ler-se, a título ilustrativo, no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 176/92, de 07 de Maio (in Acórdãos do Tribunal Constitucional, 22º Volume, 1992), que a consagração do mesmo na Lei Fundamental "constitui um valioso contributo para a superação, entre nós, do sistema clássico da Administração, essencialmente burocrático, autoritário, centralizado, fechado sobre si e eivado de secretismo, e significou um decisivo passo na direcção da plena democratização da nossa vida administrativa" (pg. 387).

9. Tendo em atenção tudo o que acima fica exposto e ao abrigo do art. 20º, n.º 1, alínea a) da Lei n.º 9/91, de 09 de Abril,

Recomendo

a V. Exa. a revogação do acto de indeferimento do pedido do Sr... , dirigido a esse órgão autárquico no âmbito do processo referenciado pelos serviços da Câmara como processo A-63 e, designadamente com base no disposto nos arts.º 7º, n.º 1 e 12º, n.º 1, alínea c) da Lei n.º 65/93, de 26 de Agosto, a passagem das certidões aí solicitadas, nos termos definidos da Lei.

Recomendação acatada

Ao
Exm.º Senhor
Presidente da Câmara Municipal de Ponte de Sôr

R–2627/98
Rec. n.º 56/A/99
1999.06.28

A Comissão Concelhia de Ponte de Sôr do Partido Comunista dirigiu uma queixa ao Provedor de Justiça na qual contestava a remoção camarária de diversas faixas de propaganda política por si colocadas em diversos locais da cidade de Ponte de Sôr. Segundo a mesma estrutura partidária, as faixas teriam sido retiradas dos locais onde foram afixadas, sem que, previamente, tivesse ocorrido "qualquer comunicação oral ou escrita por parte da Câmara".

Instado a pronunciar-se sobre a questão em apreço, informou V. Exª que a remoção ora em apreço se ficou a dever ao prejuízo causado pelas supra referidas faixas na iluminação pública dos locais onde estavam afixadas e que, no decurso de uma reunião de Câmara, a necessidade de remoção e colocação destas faixas noutro local foi transmitida aos vereadores eleitos pelo Partido Comunista, um dos quais membro da respectiva Comissão Concelhia.

Terminada a instrução do processo aberto com fundamento naquela queixa concluo pela procedência da reclamação da Comissão Concelhia do Partido Comunista, nos termos e pelas razões que se seguem.

O regime de afixação e inscrição de mensagens de propaganda política, está consagrado na Lei 97/88, de 17 de Agosto, de forma a harmonizar o exercício da liberdade de afixação ou inscrição mural de material de propaganda política, enquanto componente do direito fundamental de expressão do pensamento, com um conjunto de outros direitos fundamentais e de valores constitucionalmente tutelados, tais como, o direito ao ordenamento do território, à protecção do património e ao ambiente, à qualidade de vida, à liberdade de circulação, à segurança e à imparcialidade dos agentes e serviços públicos, salvaguardados através de critérios delimitadores do exercício de actividades de propaganda, contidos no seu art.º 4º, n.ºs 1 e 2.

Como forma de garantir o exercício da liberdade de propaganda em cada mu-

nicípio, o art.º 3º, n.º1, do mesmo diploma, impõe às câmaras municipais o dever de disponibilizarem espaços e lugares públicos para a afixação ou inscrição de mensagens de propaganda. Não se infira, porém, deste preceito que o exercício da liberdade de propaganda se encontra circunscrito a estas áreas administrativamente definidas. Que este normativo não limita a extensão objectiva do exercício desta liberdade resulta claramente do regime de afixação de mensagens de propaganda em lugares de propriedade privada (art.º 3º, n.º2, da mesma Lei), bem como dos critérios definidos na Lei para o exercício das actividades de propaganda em locais públicos. . Por outras palavras, os agentes privados não se encontram confinados àqueles espaços para o exercício do seu direito, desde que o façam dentro dos parâmetros determinados pelo supra referido art.º 4º, normativo que, como bem definiu o Tribunal Constitucional regula o exercício cívico da liberdade de propaganda.

É ainda às câmaras municipais que cabe velar pela conformidade legal destas condutas, atribuindo-lhes o art.º 5º, n.º 2, da Lei 97/88 competência para ordenarem a remoção das mensagens de propaganda, após notificação do infractor.

Conclui-se, assim, que a Lei atribui às câmaras a dupla função de promover o exercício do direito de propaganda, através da concessão de espaços para tal fim, e de assegurar que na área do seu município este exercício não atropela outros direitos e valores constitucionalmente consagrados, de harmonia com os critérios enunciados no supra referido art.º 4º e com os regulamentos municipais que os desenvolvam.

O diploma em análise dedica especificamente o seu art.º 6º aos meios amovíveis de propaganda afixados em locais públicos. O n.º 1 declara extensíveis a estes meios os já enunciados critérios do art.º 4º, n.º 1, e atribui a responsabilidade da remoção dos que lhes sejam desconformes às entidades que os instalaram. Por seu lado, o n.º 2 institui regras procedimentais necessárias ao processo de remoção, impondo às câmaras o dever de audição dos interessados e da subsequente definição dos prazos e condições de remoção dos meios de propaganda utilizados.

O dever de notificação, enquanto expressão da imposição constitucional que "impõe à administração um dever de dar conhecimento aos interessados, mediante uma comunicação oficial e formal" , encontra concretização legislativa geral no art.º 66º, do Código do Procedimento Administrativo, que enuncia a necessidade de notificação dos actos administrativos que imponham deveres ou sujeições, ou causem prejuízos (al. b), ou diminuam direitos ou interesses legalmente protegidos ou afectem as condições do seu exercício (al. c).

Identicamente, o direito de audição constitui apanágio do procedimento administrativo, nos termos estatuídos no art.º 100º, do mesmo Código, em cumprimento da directiva constitucional de participação dos cidadãos na formação das decisões que lhes digam respeito, "assegurando-se, deste modo, uma discussão plena do assunto, através dum procedimento imparcial e público, implicando a necessidade de confrontar critérios da Administração e dos Administrados" .

Relativamente à situação material que esteve na origem da remoção das faixas em questão, é certo que as fotografias anexas à petição de queixa não parecem indiciar a existência de prejuízo relevante para a iluminação pública dos locais de afixação. Porém, entendo que uma apreciação resultante da análise destes documentos não pode constituir, por si só, fundamento suficiente para ajuizar da bondade da decisão camarária, sendo certo que a remoção infundada de faixas de propaganda política sempre configuraria como uma restrição ilegítima da liberdade de propaganda, violadora dos art.º 37, n.º 1, e 18º, n.º 1, da Constituição.

Não obstante, no que ao cumprimento das normas de procedimento administrativo diz respeito, sempre essa Câmara sempre deveria ter procedido à audição da Comissão Concelhia do Partido Comunista sobre a questão em apreço, nos termos do art.º 6º, n.º 2, da Lei 98/88, e das normas contidas no art.º 100º e seguintes do CPA, supletivamente aplicáveis.

Para além da preterição da audição dos interessados, a informação prestada nos termos acima mencionados por V. Exª. (facto que, aliás, é liminarmente rejeitado por aquela comissão partidária), constitui uma situação de mero conhecimento acidental, não revestindo, como tal, as características de acto pessoal, oficial e formal que definem o acto de notificação.

Assim sendo, conclui-se que foi violado o dever de notificação do acto administrativo que ordenava a remoção das faixas, resultante do art.º 5º, n.º 2, da Lei 97/88, e do art.º 66º e seguintes do CPA. De igual forma, foi incumprida a imposição do referido art.º 6º, n.º 2, para que fosse definido prazo e as condições para que a entidade responsável pela afixação retirasse os meios de propaganda em causa.

Para além das supra referidas ilegalidades, sempre se oferece curial considerar que, pelos seus contornos, a situação em apreço demonstra à saciedade os benefícios para a certeza e segurança jurídicas que advêm do estrito cumprimento das normas referentes ao procedimento administrativo.

Atendendo ao que acima ficou exposto, ao abrigo do art.º 20º, n.º 1, al. a), da Lei 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

à Câmara Municipal de Ponte de Sôr que as decisões de remoção de meios amovíveis de propaganda política sejam precedidas da audição dos interessados e que estes sejam regularmente notificados da decisão camarária, na qual conste o prazo e as condições concedidas para a retirada do material em causa, nos termos definidos pelo art.º 6º, n.º 1, da Lei 97/88.

Recomendação acatada

Ao
Exm.º Senhor
Presidente da Junta de Freguesia de Paçô
(Vila Verde)

R-2469/99
Rec. n.º 62/A/99
1999.07.20

A Sr.ª..., residente nessa freguesia, queixou-se ao Provedor de Justiça de dificuldades de ordem diversa levantadas por essa Junta de Freguesia a propósito da emissão de um atestado comprovativo da sua residência e situação familiar que, por dois anos consecutivos, a impedem de solicitar à Portugal Telecom a concessão de benefícios telefónicos que a empresa atribui a reformados e pensionistas.

Instado a pronunciar-se sobre a questão, respondeu V. Exª que o requerimento da reclamante, enviado a V. Exª sob registo com aviso de recepção em 24.02.99, conforme ficou comprovado no processo, se deverá ter extraviado, uma vez que a Junta não dispõe de sede, pelo que facilmente ocorre o extravio de avisos para levantamento de correspondência. Acerca da passagem do atestado de residência alega V. Exª que, tendo em conta que os benefícios telefónicos concedidos pela Portugal Telecom se destinam a assinantes carenciados, a falta de elementos relativos às pensões e outros rendimentos e património da reclamante impossibilitam a passagem de tal certificado pela autarquia que, porém, se disponibiliza a fazê-lo caso aqueles dados lhe sejam fornecidos.

Terminada a instrução do processo aberto com base na supra referida queixa,

concluo pela procedência da reclamação, nos termos e pelas razões que se seguem.

Começando pelo primeiro ponto da resposta, e sem prejuízo das dificuldades que a falta de sede própria compreensivelmente causará no funcionamento dessa Junta, a explicação de V. Exª não procede, pois a perda ou extravio de um aviso de recepção relativo a correspondência oficial da autarquia é um acto negligente exclusivamente imputável ao destinatário, sendo certo que a faculdade dos administrados dirigirem requerimentos aos órgãos administrativos por via postal, com aviso de recepção, é expressamente admitida pelo Código de Procedimento Administrativo ,considerando-se que aqueles foram apresentados na data que constar no respectivo aviso .

Quanto à questão de fundo, há que esclarecer que para a instrução do processo de concessão de benefício telefónico a pensionistas e idosos pela Telecom é necessária a apresentação de um atestado de residência e de composição do agregado familiar do requerente, a exarar directamente no formulário que a empresa fornece para a solicitação do mesmo benefício.

Por força do art.º 27º, n.º 1, al. a), da Lei das Autarquias Locais, a competência para a emissão destes atestados está cometida às juntas de freguesia. Por seu lado, o art.º 34º, n.º 1, do Decreto-Lei 135/99, de 22 de Abril, impõe às juntas o dever de emissão de atestados de residência sempre que qualquer dos membros do respectivo executivo ou da assembleia de freguesia tenha conhecimento directo dos factos a atestar, devendo o documento ser emitidos no prazo de dez dias, a contar da data do respectivo pedido, de harmonia com o art.º 63º do Código de Procedimento Administrativo. Assinale-se ainda que o art.º 82º, n.º 2, da Lei de Processo dos Tribunais Administrativos e Fiscais, concede aos requerentes a faculdade de solicitarem aos tribunais competentes a intimação judicial da autoridade em falta para a satisfação do pedido.

O atestado ora em apreço consiste numa declaração autenticada certificativa de que um determinado cidadão reside na área da freguesia emitente, bem como do número e qualidade das pessoas que constituem o seu agregado familiar, factos que, manifestamente, não possuem qualquer conexão com a situação económica das pessoas certificadas.

Como tal, a atitude de condicionar a emissão de um certificado com esta natureza e conteúdo à prestação de informações sobre os rendimentos e património da requerente (realidade de que, aliás, essa Junta demonstra um conhecimento directo e detalhado), constitui uma exigência totalmente despropositada e configura-se como uma

recusa ilegal de passagem de certidão.

Também resulta totalmente despropositado o argumento de que a situação económica da requerente não lhe permite beneficiar das vantagens concedidas pela Telecom, uma vez que a opinião que essa Junta possa ter sobre o merecimento da eventual atribuição do benefício em causa à reclamante exorbita qualquer das atribuições e competências das autarquias locais. Como é sabido, a atribuição daquele benefício enquadra-se no âmbito de um contrato privado de prestação de serviços telefónicos, celebrado entre a requerente e o supra referido operador telefónico, sendo exclusivamente a este que cabe apreciar os pedidos formulados pelos seus assinantes. Quanto a este aspecto, sempre se dirá para tranquilidade de V. Exª, que, para efeitos de avaliação, os rendimentos declarados à Telecom são objecto de confirmação pelas Finanças, devendo os requisitantes autorizar esta empresa a proceder à conferência dos elementos fornecidos, nomeadamente, junto da Direcção-Geral de Contribuições e Impostos, Segurança Social e Centro Nacional de Pensões para confirmação das informações prestadas.

Atento a tudo o que acima ficou exposto, ao abrigo do art.º 20º, n.º 1, al. a), da Lei 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

à Junta de Freguesia de Paçô que, nos termos da legislação aplicável, emita, sem qualquer entrave ou objecção, um atestado de residência e de composição do agregado familiar à Sr.ª… para efeitos de requerimento de benefício telefónico à Portugal Telecom.

Recomendação acatada

Ao
Exm.º Senhor
Presidente do Conselho
de Administração da TAP – Air Portugal

R-4818/98
Rec. n.º 63/A/99
1999.08.26

Foi dirigida ao Provedor de Justiça uma queixa através da qual um funcionário da TAP contestava os critérios de avaliação da assiduidade utilizados pela empresa na avaliação anual do desempenho do trabalhador por força dos quais as ausências ao trabalho originadas pelo exercício de funções autárquicas e pela participação nas respecti-

vas campanhas eleitorais são valoradas negativamente.

De facto, segundo a tabela do Sistema Integrado de Informação de Pessoal, aplicável ao Sistema de Avaliação do Desempenho e Potencial (SADP), instrumento utilizado por essa Companhia para a avaliação anual dos funcionários, as ausências daquela natureza relevam para efeitos de absentismo dos funcionários e, como tal, são objecto de uma penalização em função do número de dias de ausência. De acordo com aquele sistema de avaliação, "a informação final contempla a assiduidade (últimos doze meses), dados atribuídos automaticamente pelo sistema informático associado ao sistema de avaliação, tendo em atenção penalizações em função dos dias de ausência", exemplificando, que 5 dias correspondem a uma penalização de 0.10 pontos, 6 dias a 0.12 e 7 dias a 0.14.

Instado a pronunciar-se sobre a questão em apreço veio V. Exª alegar que o sistema de avaliação instituído releva exclusivamente as ausências de trabalho que, "independentemente do regime legal que as prevê e regulamenta, ou representam indisponibilidade absoluta para qualquer actividade (doença) ou são controláveis pelos trabalhadores, em termos de corresponderem a opção, por vezes legítima, entre as soluções alternativas possíveis, uma das quais é a presença na empresa", o que, por outro lado, também é legitimado por razões de equidade porquanto no universo de trabalhadores avaliados "uns fazem a opção pela presença na empresa (...) e outros, sem prejuízo de o fazerem no uso de um direito, optam por faltar/estar ausentes" facto que não pode deixar de relevar na avaliação feita pela empresa em favor dos primeiros.

Terminada a instrução do processo aberto com base naquela queixa concluo pela procedência da reclamação que me foi dirigida, nos termos e pelas razões que seguem.

Entre o elenco dos direitos, liberdades e garantias de participação política a Constituição consagra, no seu art.º 50º, o direito de acesso a cargos públicos que, para os efeitos que ora relevam, se configura como a possibilidade conferida a todos os cidadãos de acederem aos cargos de representação ou direcção do poder local em condições de igualdade e liberdade (n.º 1). Conexo com este direito, o n.º 2 do preceito em análise contém a garantia de que "ninguém pode ser prejudicado na sua colocação, no seu emprego, na carreira profissional ou nos benefícios sociais a que tenha direito, em virtude do exercício de direitos políticos ou do desempenho de cargos públicos."

Este último normativo, cujo âmbito abrange todos os direitos políticos, estatui,

desta forma, o direito a não ser prejudicado pelo exercício de cargos ou de outro direito público assegurando aos cidadãos que do livre exercício daqueles não advêm prejuízos ou discriminações profissionais que o tornem arriscado ou de alguma forma o coarctem.

Por força da sua inserção sistemática estes direitos beneficiam do regime plasmado no art.º 18º, n.º 1, da Constituição, nos termos do qual os preceitos consagradores de direitos, liberdades e garantias estão dotados de eficácia imediata, ou seja, regulam directamente as relações jurídico-materiais. Segundo os ensinamentos de Gomes Canotilho e Vital Moreira esta aplicabilidade directa traduz-se na invalidade das normas que infrinjam os preceitos relativos a direitos, liberdades e garantias, sendo estes aplicáveis contra e em vez dos preceitos que os contrariem.

Em termos de eficácia, o mesmo regime estabelece que os direitos fundamentais vinculam todas as entidades públicas e privadas, pelo que são expressa e imediatamente aplicáveis às relações entre entidades privadas.

Por outro lado, de harmonia com o disposto nos n.º 2 e 3 daquele preceito, as restrições ao seu exercício estão submetidas a diversos pressupostos de natureza material e de natureza formal.

Não obstante esta aplicabilidade directa, o exercício direito fundamental de acesso aos de cargos públicos encontra-se desenvolvido em diversos diplomas legislativos, nomeadamente, quanto aos aspectos que se relacionam com as obrigações decorrentes da relação jurídica de emprego.

Assim, o Estatuto dos Eleitos Locais, contido na Lei 29/87, de 30 de Junho, para além de submeter, no seu art.º 2º, todas as entidades públicas e privadas ao dever geral de cooperação para com os eleitos locais no exercício das suas funções (n.º 6), impõe às entidades empregadoras o dever de dispensar os seus funcionários dentro de limites mensais, variáveis de acordo com as funções autárquicas concretamente desenvolvidas e em função do tipo e dimensão da autarquia em apreço (n.º 3).

Por seu lado, o art.º 5º, n.º 5, do Decreto-Lei 701-B/76, de 29 de Setembro, na versão que lhe foi dada pelo Decreto-Lei 757/76, de 21 de Outubro, concede aos candidatos aos órgãos autárquicos o direito à dispensa do exercício das respectivas funções, "sejam públicas ou privadas", durante o período de campanha eleitoral. Para além deste direito de dispensa laboral, e como afloramento do direito de não prejudicialidade pelo exercício do direito de acesso a cargos públicos, o mesmo preceito estabelece que o tempo despendido pelos candidatos em campanha conta para todos os efeitos como tempo de serviço efectivo.

Em face deste enquadramento jurídico-constitucional liquidamente se conclui que a valoração negativa atribuída aos dias de ausência do trabalhador motivado pelo exercício de funções autárquicas ou pela participação nas respectivas campanhas eleitorais constitui um procedimento ilegítimo, violador da proibição de prejuízos no emprego e na carreira profissional devido ao exercício de direitos políticos contida no art.º 50, n.º 2, da Constituição.

De facto a penalização de faltas desta natureza para efeitos de avaliação de desempenho laboral resulta num prejuízo para os trabalhadores em causa, consubstanciada numa classificação final inferior àquela que lhes seria atribuída caso se abstivessem de exercer o direito de aceder ou desempenhar cargos públicos. Do exposto decorre que de entre os trabalhadores equivalentemente valorados nas diversas áreas que compõem o modelo de avaliação, aqueles que exerceram os supra referidos direitos políticos vão obter uma classificação final inferior aos que se abstiveram de tal exercício, sendo certo que, como não pode deixar de ser, a classificação anual dos funcionários é o elemento preponderante na evolução profissional dos trabalhadores.

Por força da já mencionada eficácia *"erga omnes"* dos direitos fundamentais, os particulares estão entre os destinatários directos do direito consagrado pelo art.º 50º, n.º 2, da Constituição, que, aliás, constitui um caso de efeitos externos constitucionalmente individualizado .

Desta forma, essa empresa encontra-se vinculada ao cumprimento daquele princípio de não prejudicialidade razão pela qual não pode penalizar os trabalhadores pelo exercício do direito fundamental de acesso e desempenho de cargos públicos, reconduzindo este exercício à mera valoração do binómio presença/ausência na empresa, dentro de uma óptica de estrita racionalidade empresarial.

Tão-pouco a questão poderá ser abordada em termos de equidade entre os funcionários absentistas (e que como tal merecem ser sancionados) e funcionários cumpridores, porquanto a salvaguarda da equidade impõe a manutenção da garantia de que todos, a todo o tempo, possam optar pelo exercício ou pelo não exercício fáctico dos direitos fundamentais. Como V. Exª menciona, o exercício do direito em causa corresponde a uma opção legitima do trabalhador mas, acrescente-se, tal opção tem que ser o resultado de uma escolha pessoal livre sem ser condicionada pela aplicação de sanções ou prémios da entidade patronal em função de tal escolha.

Assim, atento a tudo o que acima fica exposto, ao abrigo do art.º 20º, n.º 1, al.

a) da Lei 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

à TAP que as faltas ao serviço dadas em virtude do exercício funções autárquicas ou da participação de candidatos em campanhas eleitorais autárquicas não sejam, por qualquer forma, objecto de penalização em qualquer processo de classificação ou avaliação de funcionários, de harmonia com o direito fundamental de não ser prejudicado pelo exercício de cargos públicos, contido no art.º 50º, n.º 2, da Constituição.

Mais recomendo que sejam revistas as classificações atribuídas em anos anteriores aos trabalhadores prejudicados através da aplicação deste critério inconstitucional, como forma a reparar a lesão do seu direito fundamental.

Recomendação acatada para o futuro

Ao
Exm.º Senhor
Presidente da Assembleia Municipal de Lousada

R-572/97
Rec. n.º 68/A/99
1999.09.01

O presidente do grupo do PSD da Assembleia Municipal de Lousada dirigiu ao Provedor de Justiça uma queixa onde era contestada uma deliberação aprovada por essa Assembleia Municipal, em 24 de Fevereiro de 1995, por força da qual o grupo parlamentar do Partido Socialista será sempre o último a intervir nos debates parlamentares, o que, segundo o reclamante, impede o seu grupo de "repor a verdade ou mesmo de refutar as acusações" que lhes são dirigidas.

De acordo com o estatuído no Regimento da Assembleia Municipal de Lousada, são concedidos às duas forças partidárias que a compõem dois períodos para intervenção, intercalados por intervenção do Presidente da Câmara, estipulando o parágrafo 3º, do seu art.º 21º, de harmonia com a supra referida deliberação, que "o primeiro grupo parlamentar a intervir será o menos votado nas eleições autárquicas", ou seja no caso concreto o PSD.

Instado a pronunciar-se sobre as questões suscitadas naquela queixa, rejeitou Vª. Exª que o direito de réplica política fosse negado, sustentando que na "Ordem de funcionamento da Assembleia foi deliberado por esta que a sequência de intervenções

teria duas voltas, sendo a ordem de intervir a seguinte: 1º - Grupo Parlamentar do PSD. 2º - Grupo Parlamentar do PS". Alegou, ainda, que "o funcionamento das sessões tem que obedecer, como se compreende, a uma determinada ordem, estipulada pelo Regimento e essa ordem de funcionamento foi deliberada pela Assembleia Municipal", pelo que, conclui, "apenas se cumpre o determinado pela própria assembleia."

Terminada a instrução do processo aberto com fundamento naquela queixa, concluo pela procedência da reclamação, nos termos e pelas razões que se seguem.

Através do seu art.º 114º, n.º 2, a Constituição reconhece às minorias partidárias o direito de oposição democrática, regulamentado através do Estatuto do Direito de Oposição, aprovado pela Lei 24/98, de 26 de Maio, cujo art.º 3º expressamente enuncia como titulares desse direito, para o efeito que ora releva, os partidos políticos representados nos órgãos deliberativos das autarquias locais que não estejam representado no correspondente órgão executivo.

Inserido no Título I, da Parte III, da Lei Fundamental, entre os princípios gerais da organização do poder político, o direito de oposição constitui um elemento garantístico do princípio constitucional da separação e interdependência do órgãos de soberania . Neste âmbito, os centros de titularidade do poder político podem ser esquematicamente definidos como uma maioria governamental e parlamentar, a quem estão acometidas tarefas de direcção política, e como uma oposição, normalmente minoritária, especialmente incumbida de funções de controlo daquela, a quem, por via da sua institucionalização constitucional através do direito de oposição, deve ser garantida a possibilidade de, nomeadamente, contestar as linhas políticas da maioria, apresentar opções políticas alternativas e de se afirmar como alternativa de poder apta para assumir o exercício das funções executivas.

A oposição parlamentar, uma das formas de oposição democrática constitucionalmente admissíveis, consiste na actividade procedimentalizada dos diversos grupos parlamentares que compõem o órgão político representativo no o objectivo de controlar e criticar as orientações políticas da maioria, de desenvolver acções e propostas alternativas, de expressar o dissenso relativamente à maioria governativa e, ainda, de esclarecer os cidadãos através da publicidade da controvérsia parlamentar.

De tudo o que ficou enunciado, resulta que a garantia dos direitos e poderes das minorias se afirma como um instrumento constitucional de contrapeso e limite do poder da maioria, que exige a concessão de condições de igualdade de oportunidades a

todos os partidos, no sentido da paridade de tratamento, que sempre ilegítimará qualquer mais-valia que a este propósito as maiorias parlamentares tentem extrair da posse legal do poder.

Quanto à regra procedimental em apreço, numa lógica puramente formalista, a pré-definição de uma ordem de intervenção parlamentar de dois grupos partidários, a duas voltas, parece conceder a ambos os partidos uma paridade de condições de intervenção no debate, no entanto, esta regra encerra uma subtil viciação das regras do jogo democrático, que se traduz numa substancial desvantagem para o primeiro interveniente que, recorde-se, é o partido minoritário da oposição.

De facto, enquanto as posições e propostas apresentadas pela oposição são duplamente contraditadas pela maioria parlamentar, a minoria da oposição somente dispõe de uma única ocasião para contestar as iniciativas idênticas dos adversários políticos da maioria, que acontece no momento da sua intervenção na segunda volta. Situação agravada pelo facto de o encerramento do debate parlamentar caber sempre ao grupo parlamentar da maioria, o que lhe confere a vantagem adicional de formular as conclusões sobre as todas matérias discutidas durante a sessão.

Em conclusão, a regra em apreço coloca o partido minoritário na Assembleia Municipal numa inequívoca posição de desvantagem no debate parlamentar face às condições concedidas à maioria, restringindo de forma injustificada o seu direito ao contraditório parlamentar, no que se prefigura como uma discriminação entre partido da maioria e a oposição. E, acrescente-se, facilmente se adivinha o foco de conflitualidade parlamentar que um regime desta natureza constitui, e que, por certo, não deixará de se reflectir em maior ou menor grau na prossecução dos interesses públicos locais.

Mas a situação é tão mais digna de censura quanto a proposta que deu lhe origem enuncia que " o grupo parlamentar do Partido Socialista com assento nesta Assembleia, em virtude de na última eleição autárquica ter tido maioritariamente o voto e consequente confiança do povo de Lousada para representar os seus interesses neste órgão deliberativo, entende por esta vontade expressa do povo, dever ter sempre a última palavra sobre os assuntos aqui tratados", pelo que "nos períodos de intervenção dos grupos parlamentares deverá ser sempre o último a intervir". Não posso de deixar de sublinhar, a este propósito, a falta de sentido democrático expressa nesta vontade de, autocraticamente, "ter sempre a última palavra" sobre as matérias em debate, supostamente legitimada pela confiança da maioria dos eleitores locais, em desrespeito pelo pluralismo de expressão e de organização política democráticas que, nos termos do art.º 2º, da

Constituição, constituem bases do Estado de Direito democrático e à sombra da qual se acolhe o direito de oposição das minorias.

A "última palavra", em democracia, é a do órgão representativo, através do voto livre dos seus titulares, e, em última instância, do eleitorado em sufrágio que suporta ou reprova a actuação levada a cabo no mandato que aí finda.

Não pode, pois, proceder o entendimento invocado por V. Exª de que a legitimação para tal regra adviria da sua aprovação pela maioria parlamentar, porquanto num Estado de Direito as maiorias devem adequar as suas condutas à Constituição e aos princípios nela proclamados. Como ensina Gomes Canotilho, o suporte que a democracia encontra na maioria não pode ser entendido como o absolutismo da maioria. O direito da maioria é sempre um direito em concorrência com o direito das minorias com o consequente reconhecimento de estas se poderem tornar maiorias.

Nestes termos, ao abrigo do art.º 20º, n.º 1, al. a) da Lei 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

à Assembleia Municipal de Lousada que altere o seu Regimento no sentido de assegurar à minoria da oposição o pleno exercício do direito do contraditório, de harmonia com o princípio da oposição contido no art.º 114º, n.º 2, da Lei Fundamental.

Recomendação acatada

Ao
Exm.º Senhor
Presidente da Câmara Municipal de Vendas Novas

R-6099/99
Rec. n.º 97/A/99
1999.12.31

Foi-me apresentada uma queixa pelos eleitos do Partido Socialista na Assembleia Municipal de Vendas Novas, segundo a qual essa edilidade terá indeferido um pedido de obtenção de documentos, requerido por aqueles membros.

De acordo com os elementos que nos foram fornecidos, nomeadamente uma cópia de um ofício enviado por V.ª Ex.ª, com parecer jurídico anexo, os fundamentos alegados para indeferir o pedido foram os seguintes:

A) De acordo com o art.º 39º da LAL, na redacção fixada pela Lei 37/91, aí-

nea e), os membros da Assembleia Municipal só podem solicitar e receber informações, não podendo requerer que lhe sejam entregues os documentos solicitados.

B) O pedido de fornecimento da documentação não teria suporte legal e extravasa, largamente, o âmbito das competências e atribuições dos membros da Assembleia Municipal.

C) A satisfação de tal pedido criaria um precedente, de consequências imprevisíveis, caso todos os membros da Assembleia Municipal requeressem o mesmo que a bancada do Partido Socialista.

Apreciada esta situação, tendo-me considerado dispensado de ouvir V.ª Ex.ª, tendo em conta a completude e escassa antiguidade dos elementos fornecidos pelo reclamante, entendo deixar expresso quanto segue.

1. O direito de acesso aos arquivos e registos administrativos, está consagrado no art.º 268º, n.º 2, da CRP.

O art.º 65º do Código de Procedimento Administrativo limita-se a reproduzir o preceito constitucional e remete a regulamentação do acesso aos arquivos e registos administrativos para diploma legal próprio - Lei de Acesso aos Documentos Administrativos (LADA) – Lei n.º 65/93, de 26 de Agosto, com as alterações constantes da Lei n.º 85/95, de 29 de Março.

2. O princípio geral do arquivo aberto, proclamado no art.º 1º da LADA, é explicitado no n.º 1 do seu art.º 7º, nos termos seguintes: "Todos têm direito à informação mediante o acesso a documentos administrativos de carácter não nominativo".

3. A LADA foi mais explícita do que a norma constitucional, já que enquanto a Constituição atribuía este direito de acesso aos cidadãos, o legislador ordinário deixou claro, com o termo "todos", que escolheu serem sujeitos activos de tal direito não apenas as pessoas singulares como as pessoas colectivas.

4. O termo "todos", significa ainda, que esse direito é, em regra, independente da existência de um interesse directo.

5. Dessa e doutras normas da LADA, concluiu o Presidente da CADA que: "Todos têm, em regra, direito de aceder livremente à informação constante de documentos não nominativos detidos por entidades que exerçam funções administrativas, não necessitando de motivar ou justificar o pedido de acesso ou de explicar para que pretendem a informação, de dizer, sequer, em suma, se é por mera curiosidade ou se é para a usarem como instrumento na invocação, reivindicação ou realização de outro direito".

6. O art.º 268º, n.º 2 da CRP e o art.º 7º, n.º 1 da LADA, não permitem a distinção quanto ao requerente do direito. O direito constitucional de acesso à documentação administrativa, corolário do princípio da administração aberta e da transparência, é igual para todos e não é discriminatório. A admitir-se qualquer forma de exclusão estaríamos a violar o princípio fundamental da igualdade de direitos.

7. No caso em apreço, a interpretação do art.º 39º, alínea e) do DL 100/84, actualmente substituído pelo art.º 53º, alínea f) da Lei 169/99, de 18 de Setembro, dada no Parecer da Câmara Municipal, é completamente desconforme aos princípios constitucionais e às disposições legais referentes a esta matéria. O legislador não teve qualquer intenção de restringir os poderes dos membros da Assembleia Municipal, muito pelo contrário. O art.º 53, alínea f) da Lei 166/99, deve ser entendido como mais uma forma da Assembleia Municipal exercer a sua competência de fiscalização sobre a Câmara Municipal.

8. Aos membros das assembleias municipais, é reconhecido um verdadeiro poder de requerer informações e dados à Câmara, em qualquer momento, através da mesa da Assembleia, a que corresponde um dever executivo municipal em responder. E, nesta matéria, há que considerar que salvo dados que se devam considerar confidenciais pela sua natureza, a Câmara deverá transmitir aos deputados municipais as informações que lhe são solicitadas.

9. Na competência dos deputados municipais inclui-se o poder de requerer informações à Câmara, no âmbito e para o exercício do seu mandato, nos termos do art.º 53º, alíneas c) e f) da Lei 169/99, de 18 de Setembro.

10. No mesmo sentido se pronunciou a Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos no Parecer n.º 26/97, de 23 de Março.

11. E não se diga, como o faz o parecer jurídico remetido por essa edilidade, que o "direito de solicitar informações, significa que não podem os deputados municipais requerer que lhes sejam entregues certidões, cópias de actas ou de escrituras de compra e venda".

12. É que o direito à informação, consagrado no art.º 7º da LADA, abarca (conforme se explicita, designadamente no n.º 3 desse art.º 7º e no art.º 12º, do mesmo diploma), para além do direito a ser-se informado sobre a existência e o conteúdo do processo ou do documento, o acesso directo a eles por consulta gratuita no serviço detentor, reprodução ou cópia e certidão.

13. A LADA exclui apenas da noção de documento administrativo, as notas pessoais, esboços, apontamentos e outros registos de natureza semelhante e outros documentos cuja elaboração não releve da actividade administrativa, designadamente referentes às reuniões do Conselho de Ministros e de Secretários de Estado, bem como a sua preparação (n.2, art.º4º da LADA). Quer isto dizer, que inclui quaisquer outros suportes de informação, sejam eles sonoros, gráficos ou visuais ou de outra natureza, desde que, detidos ou elaborados pela administração pública.

14. Pelo que, aí se abarca na noção de documentos administrativos as actas, escrituras de compra e venda, certidões do património imobiliário e os projectos de infra-estruturas. Ou seja, todos os documentos que foram solicitados pela bancada ora reclamante.

15. Os documentos supra mencionados são claramente, pela sua natureza, documentos administrativos para efeitos do art.º 4º da LADA, e como tal abrangidos pelas disposições de máximo acesso (documentos a todos acessíveis – art.º 7º, n.º 1 da LADA).

16. O direito de acesso aos arquivos e registos administrativos é a regra básica da democracia administrativa (conforme decorre do n.º 2 do art.º 268 da CRP) dependendo o seu exercício da iniciativa ou impulso de qualquer cidadão.

17. A LADA, corporizando o princípio da democracia administrativa, introduziu e desenvolveu um conceito largo e abrangente de documentação administrativa. Assim, com excepção dos limites constitucionais da segurança interna e externa, da investigação criminal e da intimidade das pessoas ou nos casos de segredo comercial ou industrial ou do segredo relativo à propriedade literária, artística ou científica, o direito de acesso aos documentos é pleno.

18. Quanto à questão da satisfação do pedido de fornecimento de documentação, poder criar um precedente, de consequências imprevisíveis, refira-se o seguinte:

19. Embora, se admita, a existência de condicionalismos resultantes das estruturas de apoio das autarquias, estas sempre poderão atender parte do pedido (aquele que o requerente tiver maior urgência) e facultar desde logo a consulta dos documentos, como forma de tornar efectivo, o direito de acesso que, doutra forma, seria vencido, pelas condições concretas com que a administração local se debate. O que não se pode é invocar falta de condições para atender qualquer pedido, e muito menos alegar que o requerimento de "cópias", e "certidões", teria consequências para a autarquia.

20. Cabe à administração autárquica garantir os meios técnicos e os procedi-

mentos adequados, que permitam a efectivação do direito de acesso, sendo certo que os custos, designadamente com reproduções, estão sempre a cargo dos requerentes, evitando abusos.

21. Conclui-se, então, que o direito de acesso aos arquivos e registos administrativos, tem natureza análoga aos direitos, liberdades e goza de protecção máxima na aplicação, só podendo ser limitado nas condições tipificadas, previstas na própria Constituição.

22. Ora, no caso em apreço não existe qualquer disposição legal que legitime o indeferimento do pedido de documentos solicitados pelos eleitos do Partido Socialista, na Assembleia Municipal.

23. O que a CMVM, fez foi limitar o acesso aos documentos administrativos em condições não tipificadas na Lei.

24. Maior gravidade assume esta recusa por se tratar de membros de um órgão que tem como competência a fiscalização do órgão executivo do município.

25. Restringir o conceito de informação nos termos descritos no parecer jurídico enviado reduziria a possibilidade de fiscalização a uma caricatura, sendo evidente que a referência à mesa da assembleia se justifica apenas em termos organizacionais e protocolares.

Nos termos e pelas razões aludidas, e de acordo com o art.º 20.º, n.º 1, a), da Lei 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

1) que sejam facultadas aos reclamantes a consulta ou cópia dos documentos solicitados;

2) que de futuro sejam cumpridos os normativos legais sobre esta matéria.

Recomendação sem resposta

A
Sua Excelência
o Presidente da Assembleia da República

R-2275/95
Rec. n.º 9/B/99
1999.03.22

1. As diversas leis eleitorais e a Lei orgânica do regime do referendo consagram, com excepção da legislação relativa às eleições para a Assembleia Legislativa

Regional da Madeira (Decreto-Lei n.º 318-E/76, de 30 de Abril), a possibilidade do voto antecipado, regulamentando igualmente o seu modo de exercício.

Assim, podem votar antecipadamente nas eleições para o Presidente da República, Assembleia da República, Autarquias Locais e Parlamento Europeu e nos referendos, os militares que no dia da realização da eleição estejam impedidos de se deslocar à assembleia de voto por imperativo inadiável de exercício das suas funções, os agentes de forças e serviços que exerçam funções de segurança interna, em situação idêntica, os trabalhadores marítimos e aeronáuticos, bem como os ferroviários e os rodoviários de longo curso que, por força da sua actividade profissional, se encontrem presumivelmente embarcados ou deslocados no dia da realização da eleição, os eleitores que, por motivo de doença, se encontrem internados ou presumivelmente internados em estabelecimento hospitalar e impossibilitados de se deslocar à assembleia de voto, e, ainda, os eleitores que se encontrem presos – cfr. arts.º 70º-A, n.º 1, alíneas a) a e) do Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3 de Maio, 79º-A, n.º 1, alíneas a) a e) da Lei n.º 14/79, de 16 de Maio, 66º-A, n.º 1, alíneas a) a e) do Decreto-Lei n.º 701-B/76, de 29 de Setembro, 1º da Lei n.º 14/87, de 29 de Abril, em conjugação com o art.º 79º-A da já mencionada Lei n.º 14/79, e 128º, n.º 1, alíneas a) a e) da Lei n.º 15-A/98, de 3 de Abril.

A legislação relativa às eleições para a Assembleia Legislativa Regional dos Açores (Decreto-Lei n.º 267/80, de 8 de Agosto), apenas reserva a faculdade do voto por correspondência aos "membros das forças armadas e das forças militarizadas que no dia da eleição estejam impedidos de se deslocar à assembleia ou secção de voto por imperativo do exercício das suas funções, bem como os que, por força da sua actividade profissional, na data fixada para a eleição se encontrem presumivelmente embarcados" (art.º 79º, n.º 3).

2. Através da apresentação de queixas a este Órgão do Estado, vieram alguns cidadãos solicitar a intervenção do Provedor de Justiça tendo em vista a alteração da legislação em apreço, por forma a permitir-se igualmente o voto antecipado aos funcionários e agentes da administração pública que se desloquem em serviço ao estrangeiro em período que compreenda o dia da realização das eleições ou dos referendos.

A pretensão afigura-se-me manifestamente pertinente. A situação de um cidadão que se encontra obrigado, pelo próprio Estado, a cumprir missão oficial fora do país em período que englobe a data da realização de qualquer eleição ou referendo, e que, em virtude desse facto, se encontre impedido de exercer, no sufrágio em causa, o seu direito de voto, consagrado na Constituição como um direito fundamental e considerado

como um dever cívico, ofende, antes de mais, o direito subjectivo do cidadão em causa, e também os princípios enformadores da ordem jurídico-constitucional do Estado democrático.

Parece-me, de resto, que a extensão do voto antecipado ao caso descrito se enquadra perfeitamente na legislação em apreço e no espírito que presidiu à respectiva elaboração, tanto mais que o exercício do eventual direito de voto antecipado por pessoas naquelas circunstâncias poderia aproveitar integralmente do modo já previsto para a respectiva efectivação por militares, agentes de forças e serviços de segurança e trabalhadores dos transportes, regulamentado nos arts.º 70º-B do Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 03 de Maio, 79º-B da Lei n.º 14/79, de 16 de Maio, 66º-B do Decreto-Lei n.º 701-B/76, de 29 de Setembro, 1º da Lei n.º 14/87, de 29 de Abril, em conjugação com o 79º-B da Lei n.º 14/79, e 129º da Lei n.º 15-A/98, de 3 de Abril.

3. A matéria em causa é da reserva absoluta de competência legislativa da Assembleia da República (art.º 164º, alíneas a), b), j) e l) da Constituição da República Portuguesa), revestindo a forma de Lei orgânica, nos termos do art.º 166º, n.º 2 da Lei Fundamental, carecendo, assim, da aprovação definida no art.º 168, n.º 5.

4. Em ano de eleição dos deputados à Assembleia da República e ao Parlamento Europeu seria de todo oportuno levar a efeito a alteração legislativa em análise, iniciativa que permitirá, sem dúvida, assegurar aos cidadãos uma melhor garantia de efectivação do respectivo e principal direito de participação na vida pública, e permitir a prossecução de uma política progressivamente mais consentânea com os princípios e valores inerentes ao Estado democrático.

Julgo que a proximidade destes actos eleitorais não prejudica a rápida sequência do processo legislativo, já que a matéria não me parece susceptível de causar qualquer melindre político.

5. Face ao exposto, e ao abrigo do art.º 20º, n.º 1, alínea b) da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, alterada pela Lei n.º 30/96, de 14 de Agosto,

Recomendo

a) A alteração dos arts.º 70º-A, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3 de Maio, 79º-A, n.º 1 da Lei n.º 14/79, de 16 de Maio, 66º-A, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 701-B/76, de 29 de Setembro e 128º, n.º 1 da Lei n.º 15-A/98, de 3 de Abril, diplomas que regulam, respectivamente, as eleições para o Presidente da República, Assembleia da República e Autarquias Locais e a realização de referendos, por forma a neles se incluir a possibili-

dade do voto antecipado dos funcionários e agentes da administração pública que se desloquem em serviço ao estrangeiro em período que compreenda o dia da realização das eleições ou dos referendos;

b) A consequente alteração dos arts.º 70º-B, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 03 de Maio, 79º-B, n.º 1 da Lei n.º 14/79, de 16 de Maio, 66º-B, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 701-B/76, de 29 de Setembro, e 129º, n.º 1 da Lei n.º 15-A/98, de 03 de Abril, e respectivas epígrafes, com vista ao alargamento do modo de exercício do direito de voto neles previsto à alteração recomendada;

Tendo em vista, ainda, a uniformização da solução legislativa em apreço,

c) A alteração do art.º 79º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 267/80, de 08 de Agosto, diploma que regula as eleições para a Assembleia Legislativa Regional dos Açores, por forma a nele se incluir a mesma possibilidade do voto antecipado dos funcionários e agentes da administração pública que se desloquem em serviço ao estrangeiro em período que compreenda o dia da realização das eleições, nos termos acima referidos, e também a possibilidade do voto antecipado dos eleitores que, por motivo de doença, se encontrem internados ou presumivelmente internados em estabelecimento hospitalar e impossibilitados de se deslocar à assembleia de voto, e dos que se encontrem presos, nos moldes que a previsão da situação já reveste nos diplomas relativos às eleições do Presidente da República, Assembleia da República, Autarquias Locais, Parlamento Europeu e na Lei orgânica do referendo.

d) A alteração do Decreto-Lei n.º 318-E/76, de 30 de Abril, diploma que regula as eleições para a Assembleia Legislativa Regional da Madeira, com vista à inclusão dos preceitos normativos permissivos do voto antecipado em todas as situações acima apontadas, incluindo a que é objecto da presente recomendação.

Um grupo parlamentar respondeu garantindo a ponderação desta recomendação no quadro da revisão da Lei Eleitoral.

A
Sua Excelência
o Ministro do Trabalho e da Solidariedade

R-3706/96
Rec. n.º 10/B/99
1999.03.20

Foi apresentada na Provedoria de Justiça uma queixa na qual se contesta que a Lei Sindical não estabeleça restrições ao número de membros da direcção de associações sindicais por empresa, consoante a sua dimensão, ao contrário do que sucede com os delegados sindicais (art.º 33.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 215-B/75, de 30 de Abril).

A audição prévia da antecessora de Vossa Excelência, nos termos do art.º 34.º do Estatuto do Provedor de Justiça, não conduziu a qualquer tomada de posição relevante, remetendo a solução para a Assembleia da República, atendendo à reserva de competência existente (cf. ofício n.º 3371 de 30.09.97).

Penso, no entanto, que se justifica dirigir-me a Vossa Excelência, Senhor Ministro, uma vez que o regime normativo questionado se encontra vertido em diploma governamental e que o Governo, no nosso sistema institucional, além do poder de iniciativa que tem, dispõe de um importante papel no impulso da decisão legislativa.

Verifica-se assim que o regime previsto na Lei Sindical (Decreto-Lei n.º 215/B/75, de 30 de Abril), não estabelece restrições ao número de membros da direcção de associações sindicais por empresa, consoante a sua dimensão, ao contrário do que sucede com os delegados sindicais (art.º 33.º n.º 1 do mesmo diploma), sendo certo que a inexistência de qualquer restrição pode acarretar graves prejuízos na laboração de uma pequena empresa, contando entre os seus trabalhadores com um número apreciável de membros da direcção de associações sindicais, devido ao crédito mensal e ao regime de justificação de faltas de que gozam estes trabalhadores - cfr. art.º 22.º da Lei Sindical.

Uma primeira possibilidade seria a instituição de um sistema de quotas à semelhança do que a Lei já estipula para os delegados sindicais. Não me parece, no entanto que tal seja constitucionalmente admissível. Conforme resulta da Constituição, no exercício da liberdade sindical é garantida a liberdade de organização e regulamentação interna das associações sindicais, devendo estas reger-se pelos princípios de organiza-

ção e de gestão democráticas, baseados na eleição periódica e por escrutínio secreto dos órgãos dirigentes, sem sujeição a qualquer autorização ou homologação e assentes na participação activa dos trabalhadores em todos os aspectos da actividade sindical.

Conforme se referiu no Acórdão do TC de 28.07.87, (publicado na II Série do DR de 18.12.97), o direito de auto-organização das associações sindicais implica que a Lei ordinária não possa estabelecer outros limites que não os que resultem das regras de organização e gestão democráticas, "isto é, a liberdade sindical não pode suportar outros limites que não aqueles que resultam do próprio texto constitucional, e sempre e só na medida em que as restrições sejam necessárias para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos." A liberdade sindical constitui, em todas as suas manifestações, um direito fundamental, beneficiando do regime previsto no art.º 18.º da Constituição.

Deste modo, a liberdade sindical só pode ser restringida, pelo legislador ordinário, nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as limitações confinar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, não podendo atingir o conteúdo essencial da liberdade sindical.

Ora, a limitação acima aventada, a ser instituída, seria materialmente inconstitucional, por violação da liberdade de organização e regulamentação interna das associações sindicais, e porque constituiria uma restrição desproporcionada à liberdade sindical. Se se percebe que, no quadro de uma empresa, o número de delegados seja proporcional ao número de sindicalizados, nada permite autorizar que se limite a capacidade eleitoral passiva no âmbito sindical ao porventura único trabalhador sindicalizado de uma empresa.

De facto a questão é mais delicada do que em relação aos delegados sindicais já que estes funcionam como "porta-vozes" dos sindicatos junto da empresa, sendo portanto o seu trabalho desenvolvido no interior desta - cfr. art.º 25.º da Lei Sindical. É natural, pois, que o volume de trabalho dos delegados sindicais oscile conforme o número de sindicalizados existentes na empresa, pelo que se justifica a limitação do número dos que podem beneficiar de um regime específico de faltas e outros direitos, atendendo ao número de trabalhadores sindicalizados na empresa.

Já quanto aos dirigentes sindicais, limitar o número de candidatos aos corpos dirigentes das associações sindicais atendendo à dimensão da empresa, significaria coarctar inadmissivelmente os princípios de participação e auto-organização sindicais.

No entanto, como se disse acima, podem com o actual regime existir situações

em que esta ausência de limitação do número de dirigentes sindicais por empresa cause prejuízos na laboração das empresas, mormente devido ao regime de faltas destes elementos. De facto, os direitos conferidos aos dirigentes sindicais representam sempre um encargo para a empresa.

Penso que existe uma outra via para solucionar este problema, tendo em consideração os interesses e direitos conflituantes. Assegurando uma solução mais equitativa para todos, não passa ela pela restrição da liberdade sindical mas antes pela socialização dos custos decorrentes desta situação.

Assim, uma via possível seria a de transferir os encargos resultantes da actividade sindical não directamente relacionada com uma empresa, como é o caso dos dirigentes dos sindicatos, repartindo-os por todas as empresas do sector, eventualmente de acordo com o número de trabalhadores sindicalizados constantes dos seus quadros.

Face ao exposto, ao abrigo dos art.ºs 20.º, n.º 1, b), e 38.º do Estatuto do Provedor de Justiça,

Recomendo

a alteração do Decreto-Lei n.º 215-B/75, de 30 de Abril, no sentido de se prever a repartição dos encargos resultantes dos direitos aí conferidos aos titulares dos órgãos sindicais por todas as entidades patronais de trabalhadores inscritos no sindicato em causa.

Para ponderação no quadro da revisão da Lei Sindical.

A
Sua Excelência
o Ministro das Finanças

R–1283/99
Rec. n.º 19/B/99
1999.06.11

1. O Imposto sobre os Produtos Petrolíferos (ISP) está actualmente estruturado com base numa fixação da respectiva taxa em valor absoluto, de acordo com as obrigações decorrentes da Directiva 92/82/CEE do Conselho, de 19 de Outubro, que fixa assim as taxas mínimas do imposto em causa a aplicar pelos Estados-membros.

Para lá dos normativos internos que procedem a uma adaptação do regime fiscal dos produtos petrolíferos às orientações comunitárias tendo em vista a harmoniza-

ção do imposto especial sobre aqueles produtos e a aproximação das respectivas taxas, com tradução designadamente nos decretos-lei n.ºs 123/94 e 124/94, ambos de 18 de Maio, a verdade é que alguns aspectos daquele regime, enquadrados apenas pelo direito nacional, revelam fragilidades do ponto de vista jurídico-constitucional, motivando, pelas razões que a seguir se expõem, a presente recomendação.

2. Assim, prevê o art.º 1º, n.º 1 do já citado Decreto-Lei n.º 124/94, que "os valores das taxas unitárias do imposto sobre os produtos petrolíferos (ISP) (...) são fixados, para o continente, por Portaria conjunta dos Ministros das Finanças e da Indústria e Energia" (sublinhado nosso).

A fixação pelo Governo da taxa do imposto é por sua vez concretizada mediante a sujeição aos limites mínimos e máximos previstos pelo n.º 2 do mesmo normativo, expressos em escudos e alterados anualmente pelo Orçamento Geral do Estado.

Normas de idêntico teor aparecem nos arts.º 2º, n.º 1, 3º e 1º, n.º 8, alínea g) do mesmo Decreto-Lei.

Atente-se agora nos limites mínimos e máximos que vinculam o Governo na fixação da taxa do ISP. Se os limites mínimos corresponderão aos definidos pela directiva comunitária já atrás identificada, os limites máximos são estabelecidos, segundo informação prestada a este Órgão do Estado por Sua Excelência o Ministro da Economia, "de acordo com objectivos, não só de política económica e energética, mas também de política ambiental (diferenciação entre as taxas das gasolinas com e sem chumbo e as dos fuelóleos com mais de 1% e com menos de 1% de enxofre, com vista a beneficiar os combustíveis menos poluentes) e fiscal, tendo em vista, neste particular, atingir as receitas o mais próximas possível dos valores orçamentados".

Se se considerar, por exemplo, a última fixação dos valores em análise operada por via do disposto no art.º 37º, n.º 2 da Lei n.º 87-B/98, que aprova o Orçamento do Estado para 1999, verifica-se que a amplitude do intervalo de variação possível da taxa do imposto para a gasolina sem chumbo se situa entre os 70.000$00 e os 104.000$00 por 1000 litros, a que corresponde uma variação entre o índice 100 e 148,6 (48,6%), justificando o Ministério da Economia tal intervalo com o "objectivo de obviar ao impacto de flutuações dos preços do mercado internacional que possam pôr em causa a política de estabilidade dos preços internos".

3. Não entrando na discussão sobre o mérito dos objectivos adiantados pelo Governo e assumindo a opção do Executivo pela manutenção de uma estabilidade dos preços internos tendo em linha de conta as variações dos preços internacionais, importa

no entanto atender ao enquadramento jurídico que permite ao Estado desenvolver os objectivos definidos, o que nos remete para o apuramento da conformidade constitucional do mecanismo de fixação da taxa do imposto sobre os produtos petrolíferos nos moldes em que se encontra previsto na legislação acima mencionada.

4. Conforme refere José Casalta Nabais, in "Estudos sobre a Jurisprudência do Tribunal Constitucional", Editorial Notícias, 1993, pgs. 265 e 266, "o princípio da legalidade fiscal (...) exprime-se (...) numa reserva material de Lei formal que se analisa em dois aspectos ou (sub) princípios: 1) no princípio da reserva da Lei formal (...) que implica a reserva à Lei ou ao Decreto-Lei (parlamentarmente) autorizado da matéria fiscal referenciada; 2) no princípio da reserva material ou conteudística, em geral referido com base na dogmática alemã, por princípio da tipicidade (...), que impõe que a Lei ou o Decreto-Lei autorizado contenha a disciplina completa da matéria reservada".

Os princípios da legalidade e da tipicidade em matéria fiscal encontram-se hoje consagrados respectivamente nos arts.º 165º, n.º 1, alínea i) e 103º, n.º 2 da Constituição, sendo que a última revisão do texto constitucional veio acrescentar à reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República "o regime geral das taxas e demais contribuições financeiras a favor das entidades públicas" (art.º 165º, n.º 1, alínea i), 2ª parte).

A propósito do princípio da tipicidade, consagrado no art.º 103º, n.º 2 do texto constitucional, onde se pode ler que "os impostos são criados por Lei, que determina a incidência, a taxa, os benefícios fiscais e as garantias dos contribuintes", explicita o mencionado autor, ob. cit., pgs. 269 e 270, que "quanto aos elementos dos impostos a reservar à Lei, estão aí incluídas as normas que definem o an e o quantum dos impostos, ou seja, as normas que criam ou definem a incidência dos impostos entendida esta no sentido amplo que abarca todos os pressupostos de cuja articulação resulta o nascimento ou não da obrigação de imposto e, bem assim, os elementos da mesma obrigação, o que se reconduz à definição normativa: 1) do facto ou situação que dá origem ao imposto (...); 2) dos sujeitos activos e passivos (...); 3) do montante do imposto (...); 4) dos benefícios fiscais" (sublinhado nosso).

Acrescenta ainda, no âmbito da questão da intensidade da reserva de Lei fiscal, que "esta não se fica pelos princípios ou bases gerais da incidência, taxa, benefícios fiscais e garantias dos contribuintes, compreendendo antes toda a disciplina normativa destes elementos, a qual não pode ser assim deixada para regulamentos ou para a acção

discricionária da Administração" (ob. cit., pg. 273).

Com referência à mesma imposição constitucional adiantam Gomes Canotilho e Vital Moreira, in "Constituição da República Portuguesa Anotada", 3ª edição revista e actualizada, 1993, pgs. 458 e 459, que sendo certo que quanto à reserva de Lei da Assembleia da República o art. 165º, n.º 1, alínea i) apenas fala em criação de impostos, "deve entender-se, contudo, que naquela expressão estão abrangidos todos os elementos referidos no n.º 2 (do art.º 106º, actual art.º 103º), desde logo porque se trata de elementos essenciais à própria definição do imposto e, depois, porque é esta interpretação que está de acordo com o sentido histórico da reserva parlamentar da Lei fiscal, que arranca originariamente da ideia de autotributação, isto é, de a imposição fiscal só poder ser determinada pelos próprios cidadãos através dos seus representantes no parlamento". E que deve "o imposto ser desenhado na Lei de forma suficientemente determinada, sem margem para desenvolvimento regulamentar nem para discricionaridade administrativa quanto aos seus elementos essenciais. Sendo essa a indiscutível densificação dogmática do princípio da tipicidade legal dos impostos, não pode deixar de considerar-se como constitucionalmente excluída a possibilidade de a Lei conferir às autoridades administrativas (estaduais, regionais ou locais) a faculdade de fixar dentro de limites legais mais ou menos abertos, por exemplo, as taxas de determinados impostos" (pg. 458).

A título ilustrativo, refira-se o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 205/87, publicado no Diário da República, I Série, de 03.07.87, que diz que os arts.º 165º, n.º 1, alínea i) e 103º, n.º 2 da Constituição devem ser lidos conjugadamente, e que constitui matéria da competência legislativa da Assembleia da República "não só a criação de cada imposto, mas também a determinação dos respectivos elementos essenciais enunciados no n.º 2 do artigo 106º" (pg. 2610).

5. Da análise da orientação doutrinária e jurisprudencial acima exposta resulta que a fixação da taxa do imposto sobre os produtos petrolíferos por Portaria conjunta dos Ministros das Finanças e da Indústria e Energia, nos moldes definidos no Decreto-Lei n.º 124/94, efectuada dentro de um intervalo balizado entre valores mínimos e máximos muito amplo, potenciador por exemplo quanto à gasolina sem chumbo e relativamente ao ano de 1999 de uma variação de quase 50% da quantia tributária a pagar, e envolvendo, por isso, uma grande incerteza quanto ao montante devido a título de imposto, mostra-se contrária aos princípios da legalidade e da tipicidade fiscais, consagrados respectivamente nos arts.º 165º, n.º 1, alínea i) e 103º, n.º 2 da Lei Fundamental.

De resto, as disposições em apreço põem ainda em crise o disposto no art.º 112º, n.º 6 do texto constitucional, onde se pode ler que "nenhuma Lei pode (...) conferir a actos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos". Em anotação ao referido preceito, referem Gomes Canotilho e Vital Moreira, ob. cit., pg. 512, que "a deslegalização está sempre excluída nas matérias sujeitas ao princípio da reserva de Lei, sendo inconstitucionais quaisquer fenómenos de deslegalização incidentes sobre matérias que constitucionalmente não podem ser reguladas senão por via de Lei. A deslegalização - ou seja a retracção da disciplina legislativa a favor da disciplina por via regulamentar - só é possível fora do domínio necessário da Lei".

6. Os critérios eleitos pelo Executivo para a fixação da taxa do ISP em concreto poderão até revelar-se os mais correctos. A verdade, no entanto, é que a legislação aplicável a essa determinação permite que o Governo actue com uma margem de discricionaridade que não é de todo admitida pela Constituição.

De acordo com o que refere Nuno de Sá Gomes, "em princípio a taxa deve ser directamente fixada na Lei, ao contrário do que sucedia na Constituição de 1933 (...), que apenas exigia a fixação legal dos limites da taxa, podendo o Governo, sem autorização legislativa, fixar a taxa efectiva. Ora, pelo que se refere aos impostos estaduais, na Constituição actual, esta solução não é consentida pois exige-se que a Lei determine, isto é, especifique, a taxa, o que implica a fixação legal directa da taxa efectiva (in "Manual de Direito Fiscal", Volume II, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, DGCI, 1996, pg. 77).

O objecto de crítica da presente recomendação não são os critérios que estão na base daquela fixação, antes o facto de esses mesmos critérios não se encontrarem traduzidos na Lei de modo a permitir – o que, de resto, é uma exigência constitucional - que o contribuinte possa prever com uma segurança razoável o montante a pagar em cada momento a título de imposto sobre os produtos petrolíferos.

A presente recomendação vai no sentido de serem introduzidas na Lei tributária as orientações a que o Governo terá de obedecer para poder movimentar-se dentro do intervalo de variação possível para a fixação da taxa em concreto.

Sem prejuízo das soluções que esse Ministério considere como mais adequadas, sempre se sugere, tendo designadamente em vista a estabilidade dos preços internos, que tais critérios se possam traduzir na previsão legal da indexação da taxa do ISP,

limitada pelos valores mínimos impostos pela União Europeia e pelos valores máximos estabelecidos pela legislação nacional, ao preço internacional dos produtos, tendo por base, por exemplo, o preço da Europa sem taxas tal como definido pela Portaria n.º 224-A/96, de 24 de Junho (cfr. arts.º 1º e 2º), numa variação inversamente proporcional, como de resto é já prática declarada do Governo, embora os dados colhidos permitam verificar alguma inconsistência.

7. A iniciativa representará assim uma espécie de legitimação constitucional da actuação do Executivo, já que a actual solução legislativa se revela 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.

Conforme se pode ler no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 57/95, de 16 de Fevereiro, "o princípio da legalidade tributária desempenha, no Estado constitucional, duas funções específicas: uma ligada à ideia de autotributação, segundo a qual, representando os impostos uma grave ingerência na esfera patrimonial dos cidadãos, devem aqueles ser determinados e aceites por estes, através dos seus representantes no Parlamento, que respondem politicamente perante os eleitores pela criação e definição dos impostos (...); outra de garantia de que os cidadãos saibam antecipadamente e com exactidão o que vão ser chamados a pagar, dada a anterioridade da Lei parlamentar relativamente à actividade administrativa fiscal" (in Boletim do Ministério da Justiça n.º 446 (suplemento), 1995, pg. 282).

8. Por tudo o que fica exposto e ao abrigo do art.º 20º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 9/91, de 09 de Abril,

Recomendo

a Vossa Excelência a introdução na Lei tributária, a par dos valores mínimos e máximos das taxas unitárias do imposto sobre os produtos petrolíferos (ISP) nos termos designadamente previstos nos arts.º 1º, n.ºs 2 e 8, alínea g), 2º, n.º 1 e 3º do Decreto-Lei n.º 124/94, de 18 de Maio, dos critérios quantitativos e qualitativos a que o Governo terá de obedecer para poder declarar, dentro do intervalo de variação possível, a fixação da taxa em concreto.

Designadamente sugere-se, no âmbito da presente recomendação e tendo em vista a salvaguarda da estabilidade dos preços internos adiantada pelo Governo, que tais critérios se possam traduzir na previsão legal da indexação da taxa do ISP, limitada pelos

valores mínimos impostos pela União Europeia e pelos valores máximos estabelecidos pela legislação nacional, ao preço internacional dos produtos, tendo por base, por exemplo, o preço da Europa sem taxas tal como definido pela Portaria n.º 224-A/96, de 24 de Junho (cfr. arts.º 1º e 2º), numa variação inversamente proporcional, como de resto representa já uma prática do Executivo, isto, é claro, sem prejuízo de tratamento diferenciado que se justifique por outras razões, v. g. as ambientais e de fomento económico.

Recomendação sem resposta conclusiva

A
Sua Excelência
o Ministro das Finanças

R–123/99
Rec. n.º 24/B/99
1999.06.23

1. A entrada em vigor do Novo Sistema Retributivo da Função Pública, introduzido pelos decretos-lei n.ºs 184/89, de 02 de Junho, e 353-A/89, de 16 de Outubro, bem como toda a problemática envolvente do processo de "degradação" a que as pensões de aposentação fixadas antes daquela data vieram a estar sujeitas, constitui objecto recorrente de queixa a este Órgão do Estado tendo já originado a formulação de recomendações ao Governo, designadamente e em momentos diferentes ao Ministério da Educação e ao Ministério de que Vossa Excelência é titular.

Muito recentemente, através da minha recomendação n.º 1/B/99 e tendo por fundamento a argumentação aí expendida, recomendei a Vossa Excelência que se dignasse "tomar medidas por forma a efectuar-se uma correcção pontual e extraordinária das pensões de aposentação fixadas antes de Outubro de 1989, data da entrada em vigor do novo sistema remuneratório", sugerindo ainda que se tomasse por base "as diferentes percentagens médias de que beneficiaram os vencimentos médios de cada carreira no curto período de Setembro de 1989/Outubro de 1989, deduzindo-se deste valor a correcção já efectuada de 8,5%".

Em resposta a tal iniciativa, veio esse Ministério adiantar não ser a política seguida compaginável "quer no plano orçamental imediato, quer no plano dos princípios,

com aumentos de pensões diferenciados em função das diferentes carreiras profissionais e respectivas valorizações do activo" (sublinhado nosso).

Entre os princípios defendidos pelo Executivo na missiva enviada a este Órgão do Estado conta-se o da "não indexação das pensões de aposentação aos salários do activo", pelos motivos na mesma apresentados.

2. A publicação da recente Lei n.º 39/99, de 26 de Maio, que veio estabelecer regras sobre o regime de actualização das pensões de aposentação dos educadores de infância e dos professores dos ensinos básico, secundário e superior, e na qual se prevê a indexação faseada, pelo período de cinco anos, das respectivas pensões a 70% da remuneração base dos funcionários no activo, veio igualmente despoletar toda a problemática das pensões "degradadas" e fazer com que neste momento me dirija de novo a Vossa Excelência, Senhor Ministro das Finanças.

É verdade que o diploma em causa vem emanado da Assembleia da República e que o partido apoiante do Governo optou por se abster na respectiva votação (cfr. "Diário da Assembleia da República" de 09.04.99, VII Legislatura, 4ª Sessão Legislativa, I Série, N.º 69, pg. 2544). Facto decerto irrelevante para todos os restantes aposentados não contemplados e com pensões denominadas de "degradadas" que sentem que o Estado - independentemente do órgão que no âmbito da organização político-constitucional faz nascer no quadro legislativo nacional as normas que com igual eficácia vinculativa conferem direitos e impõem obrigações aos seus destinatários - trata afinal discriminadamente os respectivos cidadãos e de modo mais restrito os antigos funcionários.

No caso dos magistrados jubilados sempre se dirá, sem grandes reservas, que a diferença de regime na fixação das pensões de aposentação traduzida na actualização automática tal como definida pelo art.º 3º da Lei n.º 2/90, de 20 de Janeiro, encontrará fundamento material bastante nas especificidades e autonomia funcional do grupo profissional em causa face ao conjunto das funções públicas, desde sempre assumidas e de resto reflectidas no facto de os magistrados judiciais e do Ministério Público beneficiarem de um sistema retributivo próprio, aprovado em diploma autónomo, o mesmo acontecendo com a situação de certa forma paralela das remunerações atribuídas pelo Decreto-Lei n.º 57/90, de 14 de Fevereiro, aos militares na reserva.

Entendo por outro lado, e não obstante concordar com o regime nela estabelecido, que a Lei n.º 39/99 veio lançar novos dados sobre a questão, criando um precedente a tomar em consideração no que toca ao tratamento da matéria em apreço e de-

terminando mesmo um urgente reequacionamento do próprio sistema de atribuição de pensões de aposentação, sob pena de a solução actual se revelar potencialmente violadora do princípio da igualdade consagrado na Lei Fundamental.

3. Pese embora o que resulta implicitamente da resposta de Vossa Excelência à minha Recomendação n.º 1/B/99, não considero que a indexação das pensões de aposentação às remunerações do activo deva ser excluída como princípio regulador da matéria. Antes pelo contrário. Só uma estrutura indexada de pensões de aposentação aos salários do activo, seja ela qual for, provavelmente faseada e não correspondendo necessariamente a uma indexação a 100%, poderá obviar ao problema das "pensões degradadas" que subsistirá e tenderá a agravar-se sempre que se verificar uma revalorização do regime geral de carreiras ou uma melhoria extraordinária do sistema retributivo.

Compreendo os condicionalismos de índole orçamental que estão subjacentes a uma opção do Executivo neste sentido. Creio no entanto que a publicação da Lei n.º 39/99 acarreta inevitavelmente a assunção por parte do Estado de um compromisso, vinculando-o ao alargamento de uma solução do tipo da que é preconizada naquele diploma às restantes carreiras da função pública.

Não se nega o papel essencial dos professores no desenvolvimento do país nem se esquecem as sucessivas alterações introduzidas na carreira docente que afectaram substancialmente o respectivo sistema retributivo. Aliás, tais circunstâncias motivaram uma recomendação dirigida em 1995 por este Órgão do Estado a Sua Excelência o Ministro da Educação visando a situação específica dos docentes do ensino básico e a adopção de medidas tendentes à recuperação das respectivas reformas.

Mas tal argumentação não é exclusiva da carreira docente. O regime de actualização de pensões de aposentação dos educadores de infância e dos professores dos ensinos básico, secundário e superior nos termos aprovados pela Lei n.º 39/99, mais do que um imperativo de justiça representa uma medida característica de um verdadeiro Estado de direito democrático alicerçado em valores que designadamente visam conferir a merecida dignidade às condições de vida daqueles que de uma forma ou outra deram já o seu contributo para a construção do país.

Assim sendo, a Lei n.º 39/99 não deve constituir uma solução pontual e fora do sistema, como se arrisca a ser no enquadramento legal actual, mas o ponto de partida para a extensão de um regime do tipo nela previsto a todas as carreiras da função pública. Ou seja, uma opção que passe pela estruturação de uma indexação das pensões de

aposentação às remunerações do activo, a ser estudada pelo Executivo para o futuro mas aplicável às situações pretéritas, abrangendo aqueles que foram já vítimas das alterações operadas designadamente com a entrada em vigor em 1989 do Novo Sistema Retributivo da Função Pública e reestruturações subsequentes. É este o sentido da presente recomendação.

4. Sublinho mais uma vez que reconheço as limitações de índole orçamental que condicionam a actuação do Governo nesta matéria. Creio que a elaboração de um estudo rigoroso sobre as possibilidades orçamentais da concretização de um plano progressivo no sentido referido seria o primeiro passo a dar e uma base de trabalho para a concepção e efectivação de um sistema sólido e exequível de indexação das pensões de aposentação aos salários do activo, que terá de ser acompanhado pela necessária determinação legal da correspondência de categorias e carreiras com tabelas de equivalências a formular pelo Executivo, à semelhança aliás do que foi feito pelo Decreto-Lei n.º 245/81, de 24 de Agosto.

O actual sistema de actualização e correcção de pensões nada mais traduz do que uma sucessão de "remendos", assente em critérios de ordem casuística e discricionária que acentuam as desigualdades e disparidades de tratamento ferindo o princípio constitucional da igualdade, potenciando discriminações e propiciando a interiorização, por parte dos cidadãos lesados, de sentimentos de injustiça no que toca à actuação do Estado.

A iniciativa de promover uma correspondência entre a actualização das pensões de aposentação e as elevações gerais das correspondentes remunerações do activo deverá ser encarada como uma prioridade no actual contexto social, político e também jurídico, já acima devidamente explicitado. Acresce que este é o Ano Internacional das Pessoas Idosas, contribuindo tal facto para a oportunidade da apresentação ao país de uma medida governamental que consubstancia antes de mais uma importante e imprescindível reforma estrutural no domínio social.

A circunstância de a indexação não ser feita a 100% em relação ao activo permite já obviar aos inconvenientes teóricos apontados por esse Ministério sobre a diferença existente entre os funcionários activos e os já aposentados, já que a distinção fica suficientemente coberta pelo diferencial, 30% no caso dos professores, proporção que parece ajustada, assim se respondendo aos argumentos I e II da pg. 4 da resposta desse Ministério.

A fixação legal de tabelas de correspondência em caso de reorganização de

carreiras permitiria obviar à dificuldade enunciada no n.º III do mesmo ofício, não sendo, obviamente, motivo aceitável o enunciado no n.º IV, já que as diferenças no regime fiscal são mínimas comparadas com as perdas hoje existentes na larga maioria dos casos (e gerando desigualdades com aqueles que gozam de pensões mais próximas dos vencimentos no activo), podendo ser vistas como constitucionalmente impostas pela própria situação de aposentado/reformado e condições que em geral lhe estarão ligadas (maior idade ou situação de doença ou incapacidade para o trabalho).

Face a tudo o que acima resulta exposto e ao abrigo do preceituado no art.º 20º, n.º 1, alínea a) da Lei n.º 9/91, de 09 de Abril,

Recomendo

a Vossa Excelência que seja aprovado um regime legal de indexação das pensões de aposentação às remunerações base dos funcionários no activo, de categoria e escalão correspondentes, a aplicar a todas as carreiras da função pública ainda não beneficiadas com uma solução legal desse tipo.

Mais recomendo que o regime de indexação seja acompanhado da necessária determinação legal da correspondência de categorias e carreiras, com tabelas de equivalências a formular pelo Executivo.

Recomendo finalmente que se preveja a aplicação dessa legislação a todos os funcionários públicos já aposentados ou a aposentar a partir da data da respectiva entrada em vigor.

Em todo o caso, recomendo que seja efectuado um estudo rigoroso por parte desse Ministério sobre o contexto orçamental que envolve a concepção do regime legal de indexação em causa, tendo designadamente em vista o apuramento das condições possíveis para a sua exequibilidade no que toca a taxas de indexação, faseamento do plano e correspondência de categorias e carreiras, e que os resultados desse trabalho venham a ser revelados publicamente pelo Governo.

Recomendação sem resposta conclusiva

A
Sua Excelência
o Ministro das Finanças

R-2518/99
Rec. n.º 27/B/99
1999.07.26

I) Artigo 32º-A do Código de Processo Tributário.

1. A Lei n.º 87-B/98, de 31 de Dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado para 1999, veio, através do respectivo art.º 51º, n.º 7, aditar ao Código de Processo Tributário, por seu turno aprovado pelo Decreto-Lei n.º 154/91, de 23 de Abril, o art.º 32º-A, o qual, sob a epígrafe "actos ineficazes", está redigido da seguinte forma: "São ineficazes os actos ou negócios jurídicos quando se demonstre que foram realizados com o único ou principal objectivo de redução ou eliminação dos impostos que seriam devidos em virtude de actos ou negócios jurídicos de resultado económico equivalente, caso em que a tributação recai sobre estes últimos".

Sendo certo que o teor do normativo mencionado apenas se justificará e fará sentido se a ineficácia dos actos ou negócios jurídicos no mesmo consignada for entendida em termos estritamente fiscais e nunca civis, a verdade é que o preceito está redigido de forma manifestamente infeliz, tendo tal facto originado já a apresentação de queixas a este Órgão do Estado.

2. Assim, e atendendo designadamente ao que a Lei Geral Tributária, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de Dezembro, e o próprio diploma que a autorizou, com tradução na Lei n.º 41/98, de 04 de Agosto, dispõem sobre matéria de certa forma conexa com a da norma em apreço, sempre se dirá que o sentido da interpretação a dar ao dispositivo do Código de Processo Tributário não poderá ser outro senão o de que a negação de efeitos aí prevista atingirá apenas os actos ou negócios jurídicos na sua dimensão fiscal.

Prescreve o art.º 38º da Lei Geral Tributária que "a ineficácia dos negócios jurídicos não obsta à tributação, no momento em que esta deva legalmente ocorrer, caso já se tenham produzido os efeitos económicos pretendidos pelas partes", adiantando ainda o n.º 1 do art.º 39º que "em caso de simulação de negócio jurídico, a tributação recai sobre o negócio jurídico real e não sobre o negócio jurídico simulado".

Por outro lado, o diploma que autorizou o Governo a aprovar a Lei Geral Tri-

butária - Lei n.º 41/98, de 04 de Agosto - habilita o Executivo a "definir a ineficácia em matéria tributária dos actos ou negócios que pretendam alterar os elementos constitutivos da obrigação tributária" (art.º 2º, alínea 9) e sublinhado nosso), a "regular a simulação tributária, consagrando a norma de que o facto tributário é aquele que foi efectivamente realizado pelas partes" [(art.º 2º, alínea 11)] e, ainda, a "regular a relevância tributária dos actos e negócios inválidos nos termos máximos de equivalência à dos negócios e actos válidos" [(art.º 2º, alínea 12)].

3. Não resulta, pois, do espírito do enquadramento legal apontado a intenção do legislador de regular os efeitos civis dos actos ou negócios efectivados com o intuito de reduzir ou eliminar os impostos devidos, mais concretamente sancionando-os com a cominação da respectiva ineficácia.

Assim sendo, a nova legislação tributária vem no fundo consignar três tipos de orientações. A primeira aponta para a tributação dos efeitos económicos já produzidos dos actos e negócios jurídicos, independentemente da respectiva eficácia ou validade, e está estabelecida no art.º 38º da Lei Geral Tributária, acima citado.

A segunda vai no sentido da tributação, em caso de simulação do negócio jurídico, do negócio jurídico real e não do negócio jurídico simulado, e encontra-se prevista no art.º 39º da mesma legislação, igualmente já referido.

Finalmente, o art.º 32º-A do Código de Processo Tributário vem permitir que actos ou negócios jurídicos que foram realizados com o único ou principal objectivo de não serem pagos os impostos decorrentes dos actos ou negócios jurídicos de resultado económico equivalente e que seriam afinal os actos ou negócios considerados "normais" para o objectivo visado, venham a ser tributados como estes últimos.

4. Não estando em causa a solução material que orientou o legislador na definição da matéria em apreço - atendendo a objectivos que visam designadamente atenuar a denominada elisão fiscal abusiva -, a verdade é que a redacção dada ao art.º 32º-A do Código de Processo Tributário é susceptível de ser, de resto desnecessariamente, interpretada de forma errónea no que toca aos efeitos civis do acto ou negócio jurídico concretizado, facto que seria perfeitamente ultrapassável mediante a efectivação de uma pequena alteração da mesma.

5. Deste modo, e ao abrigo do disposto no art.º 20º, n.º 1, alínea b) da Lei n.º 9/91, de 09 de Abril,

Recomendo

a Vossa Excelência a alteração da redacção da norma constante do art.º 32º-A do Código de Processo Tributário tendo em vista esclarecer que a ineficácia nela consignada se reporta apenas aos efeitos fiscais dos actos ou negócios jurídicos realizados naquelas circunstâncias, e não aos respectivos efeitos civis.

Sugere-se, sem prejuízo de outra que se tenha por mais conveniente, que o mesmo normativo seja aprovado com a seguinte redacção: "Quando se demonstre que os actos ou negócios jurídicos foram realizados com o único ou principal objectivo de redução ou eliminação dos impostos que seriam devidos em virtude de actos ou negócios jurídicos de resultado económico equivalente, a tributação recai sobre estes últimos".

Sugere-se igualmente que seja alterada a epígrafe do artigo em conformidade com o que fica recomendado.

II) Artigo 25º, n.º 3, alínea a) do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares - Deduções de montantes de quotizações devidas a ordens profissionais em sede de rendimentos do trabalho dependente.

1. O art.º 29º da Lei n.º 87-B/98, de 31 de Dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado para 1999, veio dar nova redacção ao art.º 25º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (CIRS), permitindo, no seu n.º 3, alínea a) e no que toca aos rendimentos do trabalho dependente, que a dedução prevista na alínea a) do n.º 1 do mesmo dispositivo - a dedução de 70% do valor do rendimento bruto da categoria A pelo titular que o tenha auferido, com o limite de 522.000$00 ou, se superior, de 72% de 12 vezes o salário mínimo nacional mais elevado - possa ser "elevada até 75% de 12 vezes o salário mínimo nacional mais elevado, desde que a diferença resulte de: (...) Quotizações para ordens profissionais suportadas pelo próprio sujeito passivo e indispensáveis ao exercício da respectiva actividade desenvolvida exclusivamente por conta de outrem".

2. A inscrição nas ordens profissionais é actualmente obrigatória para o exercício de um número já significativo e tendencialmente crescente de profissões, traduzindo desta feita uma condição "sine qua non" para o exercício das actividades por aquelas reguladas.

Acresce ao princípio da inscrição obrigatória de que beneficiam estas associações públicas que as mesmas podem impor - e impõem efectivamente - uma quotização a todos os seus membros, quer estes exerçam a respectiva actividade por conta própria

quer a actividade se processe por conta de outrem.

As diversas ordens profissionais, que têm assim o poder legal e o dever deontológico de controlar o acesso à profissão e disciplinar o respectivo exercício, não distinguem, no que toca ao pagamento devido pelos seus associados a título de quotizações, entre membros tributados em sede de rendimentos do trabalho dependente e membros inseridos na categoria B para efeitos da determinação do valor do imposto sobre o rendimento a pagar.

3. Tal distinção é no entanto injustamente permitida pela Lei fiscal, com prejuízo para os contribuintes tributados pela categoria A que, ao contrário dos independentes (cfr. art.º 26º, n.º 1, alínea n), do CIRS), não podem deduzir a totalidade dos encargos em causa em sede de deduções específicas da categoria respectiva, conforme fica estipulado pela conjugação, já acima referida, da alínea a) do n.º 3 e da alínea a) do n.º 1 do art.º 25º do CIRS.

Recorda-se, ainda, que não obstante algumas entidades por conta das quais é prestado o trabalho mediante contrato individual de trabalho ou equiparado procederem hoje em dia ao pagamento às ordens profissionais das quotizações devidas pelos respectivos trabalhadores, a verdade é que muitas vezes isso não acontece, correspondendo então tais montantes a um encargo permanente para estes últimos e legalmente imprescindível para a prática da sua profissão.

Se se atender, por um lado, ao montante que é possível deduzir ao rendimento bruto da categoria A no que se refere a quotizações para ordens profissionais e que decorre da conjugação das alíneas a) de cada um dos n.ºs 1 e 3 do art.º 25º do CIRS e, por outro, ao valor das quotas pagas às diversas associações em apreço - refere-se, a título ilustrativo, os 4.500$00 mensais a partir do terceiro ano de actividade devidos à Ordem dos Advogados para quem pretenda exercer a profissão regulada pela associação - e, ainda, ao facto de estas importâncias consideradas conjuntamente com as despesas mencionadas na alínea b) do mesmo n.º 3 do art.º 25º do CIRS não poderem exceder o valor fixado por sua vez no n.º 4 deste preceito, verifica-se que tais quantias consubstanciam um encargo real para os sujeitos passivos naquelas condições.

4. Não se vislumbra, deste modo, qualquer razão justificativa para o tratamento diferenciado que é imposto aos trabalhadores dependentes no âmbito da questão em análise, onerados que estão com um encargo real e permanente nos termos definidos, revelando-se tal distinção infundadamente discriminatória para estes sujeitos passivos

face designadamente ao regime definido para os contribuintes inseridos na categoria B.

5. Assim sendo, atendendo ao que acima fica exposto e ao abrigo do art.º 20º, n.º 1, alínea b) da Lei n.º 9/91, de 09 de Abril,

Recomendo

a Vossa Excelência

a) que seja legislado no sentido de os contribuintes inseridos na categoria correspondente aos rendimentos do trabalho dependente (categoria A) poderem deduzir em sede de deduções específicas da respectiva categoria a totalidade dos encargos decorrentes de quotizações devidas às ordens profissionais, à semelhança do que se encontra previsto para os trabalhadores independentes (cfr. art.º 26º, n.º 1, alínea n) do CIRS).

Para o efeito sugere-se, sem prejuízo de outra solução que se tenha por mais conveniente, que seja acrescentada uma alínea d) ao n.º 1 do art.º 25º do CIRS (praticamente do teor da actual alínea a) do n.º 3 do mesmo dispositivo, obviamente sem as limitações consignadas no corpo deste n.º 3), com a seguinte redacção: "Quotizações para ordens profissionais suportadas pelo sujeito passivo e indispensáveis ao exercício da respectiva actividade desenvolvida exclusivamente por conta de outrem".

Em alternativa,

b) Sugere-se que se possibilite legalmente que os montantes pagos pelos sujeitos passivos a título de quotas obrigatórias para as ordens profissionais possam ser deduzidos à colecta, numa percentagem a determinar, no âmbito do consignado nos artigos 80º e seguintes do Código do IRS.

III) Artigo 25º, n.º 3, alínea b) do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares - Deduções de despesas de formação profissional em sede de rendimentos do trabalho dependente.

1. A previsão feita pela conjugação das alínea a) de cada um dos n.ºs 1 e 3 do art.º 25º do CIRS, acima analisada, aplica-se igualmente às "importâncias comprovadamente pagas e não reembolsadas referentes a despesas de formação profissional, desde que a entidade formadora seja reconhecida como tendo competência no domínio da formação profissional pelo Ministério competente" (art.º 25º, n.º 3, alínea b) do CIRS, na sequência da alteração introduzida pelo art.º 29º da Lei n.º 87-B/98).

Acresce a também já mencionada limitação decorrente do n.º 4 do mesmo preceito.

As considerações tecidas a propósito do ponto anterior da presente recomendação, designadamente as que se prendem com as conclusões sobre a diferenciação de regimes prescritos para os trabalhadores dependentes e para os trabalhadores independentes, têm aqui total cabimento.

2. A valorização profissional é hoje em dia um elemento determinante para a evolução da pessoa humana na sua actividade profissional, revelando-se não raras vezes factor decisivo para a manutenção de um trabalhador no seu posto de trabalho.

Numa realidade associada a uma profunda e constante mutação ao nível laboral, o Estado deverá desempenhar o seu papel na promoção do desenvolvimento da pessoa humana nesta vertente, designadamente mediante o estabelecimento de incentivos de âmbito fiscal com tradução, por exemplo, na possibilidade concedida ao sujeito passivo de dedução dos valores em apreço ao seu rendimento para efeitos de tributação em sede de IRS, o que acontece actualmente com os trabalhadores independentes (cfr. art.º 26º, n.º 1, alínea j) do CIRS), mas não com os contribuintes inseridos na categoria A daquele imposto.

3. Também aqui se não encontra fundamento bastante que justifique a diferenciação operada.

Se muitas entidades empregadoras tenderão a pagar acções de diversos tipos tendo em vista a valorização profissional dos respectivos trabalhadores - sendo certo que valorização profissional não equivale a formação profissional, figura que é referida na actual alínea b) do n.º 3 do art.º 25º do CIRS, podendo entender-se que a primeira abrange a segunda - a verdade é que aquela não é manifestamente a prática comum, a que acrescem os elevados custos que uma acção de valorização razoável implica hoje em dia, funcionando também este dado, para muitos trabalhadores, como factor de inibição para a promoção do respectivo melhoramento profissional.

4. O art.º 58º da Constituição da República Portuguesa, sob a epígrafe "Direito ao trabalho", refere no seu art.º 2º, alínea c), que "para assegurar o direito ao trabalho, incumbe ao Estado promover: (...) A formação cultural e técnica e a valorização profissional dos trabalhadores". Em anotação ao referido preceito constitucional, adiantam J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira (in "Constituição da República Portuguesa Anotada", 3ª edição revista, 1993, pg. 316), que "as tarefas do Estado relativamente à formação profissional (...) têm em vista evitar que através da falta de formação cultural, técnica e profissional se restrinjam as possibilidades de emprego dos trabalhadores. Isto

num duplo sentido: primeiro, facilitar a obtenção de emprego; depois propiciar possibilidades de adaptação a novas técnicas de trabalho e permitir a progressão na carreira profissional".

De notar que as anotações destes autores são anteriores à última revisão constitucional, registando-se que a Lei Constitucional n.º 1/97 veio acrescentar ao preceito precisamente a expressão "valorização profissional". Ou seja, a promoção da valorização profissional dos trabalhadores é hoje tarefa essencial do nosso Estado de direito democrático na concretização dos direitos fundamentais dos seus cidadãos. A facilitação do acesso aos meios que proporcionam essa valorização mediante a solução fiscal adiantada na presente recomendação, revela-se como uma via possível e justa para a prossecução desse objectivo.

5. Atendendo ao que fica exposto e ao abrigo do art.º 20º, n.º 1, alínea b) da Lei n.º 9/91, de 09 de Abril,

Recomendo

a Vossa Excelência

a) que seja legislado no sentido de os contribuintes inseridos na categoria correspondente aos rendimentos do trabalho dependente (categoria A) poderem deduzir em sede de deduções específicas da respectiva categoria os encargos decorrentes de importâncias pagas a título de despesas de valorização profissional, que sejam obviamente suportadas pelo próprio sujeito passivo e não pela entidade a quem o trabalho é prestado mediante contrato individual de trabalho ou equiparado, à semelhança do que se encontra previsto para os trabalhadores independentes (cfr. art.º 26º, n.º 1, alínea j) do CIRS), para além do actualmente consignado na alínea b) do n.º 3 do art.º 25º do CIRS.

Sugere-se que seja acrescentada uma alínea e) ao n.º 1 do art.º 25º do CIRS, com a seguinte redacção, sem prejuízo de outra que se tenha por mais conveniente: "Importâncias decorrentes de encargos com a valorização profissional do sujeito passivo, desde que suportadas por este e desde que conexas com a respectiva actividade profissional, incluindo as importâncias pagas e não reembolsadas referentes a despesas de formação profissional, desde que a entidade formadora seja reconhecida como tendo competência no domínio da formação profissional pelo Ministério competente".

Em alternativa,

b) Sugere-se que se possibilite legalmente que os montantes pagos a título de despesas com a valorização profissional dos sujeitos passivos possam ser deduzidos à colecta,

numa percentagem a determinar, no âmbito do consignado nos artigos 80º e seguintes do Código do IRS.

Atendendo ao que fica recomendado nos pontos II) e III) do presente documento, o n.º 3 do art.º 25º do CIRS seria revogado, deixando de fazer sentido, inevitavelmente também, o teor do n.º 4 do mesmo dispositivo, face ao recomendado.

Nota: Tendo sido publicada em 26 de Julho de 1999 a Lei 100/99, alterando algumas normas da Lei Geral Tributária, foi dirigido a Sua Excelência o Ministro das Finanças o ofício que segue.

Assunto: Recomendação 27/B/99
Acabei de ter conhecimento da publicação da Lei n.º 100/99, de 26 de Julho, que aditou ao art.º 38.º da Lei Geral Tributária um novo n.º 2, transcrevendo o teor do art.º 32.º-A do Código de Processo Tributário.
Por a razão de ser da minha recomendação n.º 27/B/99, entregue a Vossa Excelência em 22 de Julho p. p., especificamente na parte relativa àquela norma do Código de Processo Tributário, não sofrer alteração, venho pelo presente esclarecer que a minha proposta de alteração legislativa se aplica de igual modo ao art.º 32.º-A do referido Código e ao novo art.º 38.º, n.º 2, da Lei Geral Tributária.
Reitero que, na minha opinião, a redacção que proponho cumpre os objectivos tributários visados sem introduzir desnecessária insegurança jurídica.

Recomendação não acatada

Ao
Exm.º Senhor
Presidente do Conselho de Administração
da TAP- Air Portugal, S.A.

P-4/98
Rec. n.º 29/B/99
1999.10.06

Introdução

Na sequência de um número significativo de queixas recebido por este Órgão do Estado a propósito do transporte aéreo regular de passageiros efectuado entre o continente e os arquipélagos dos Açores e da Madeira, entendeu-se útil proceder a uma análise da qualidade do serviço público em causa, com exclusão do que é efectivado entre as Regiões Autónomas e no interior destas, bem como a um levantamento da rede de balcões de atendimento existente nas ilhas, o que motivou a abertura do presente processo.

Como nota preliminar, regista-se que a TAP-Transportes Aéreos Portugueses,

S.A. (TAP) efectuava até há bem pouco tempo, mais precisamente até 31 de Dezembro de 1998, o transporte aéreo regular de passageiros entre o continente e as ilhas em total regime de exclusividade, facto que explica que apenas essa empresa tenha sido visada no trabalho realizado e seja, para já, a destinatária das recomendações que nesta sede se formularão, por tal razão unicamente reportadas às rotas que a mesma mantém actualmente.

Assim sendo, e após as modificações recentemente ocorridas, pode dizer-se que o objecto da análise a realizar está hoje juridicamente enquadrado pelo art.º 4º do Regulamento (CEE) n.º 2408/92 do Conselho, de 23 de Julho, pelo Decreto-Lei n.º 138/99, de 23 de Abril, que designadamente "regula as obrigações de serviço público e as ajudas do Estado aplicadas e prestadas no âmbito dos serviços aéreos regulares entre o continente e as Regiões Autónomas da Madeira e dos Açores" (cf. art.º 1º), pelo convénio de serviço público de 29 de Dezembro de 1995, celebrado entre o Estado e a TAP e relativo a serviços de transporte aéreo regular nas rotas entre o continente e as Regiões Autónomas, pela imposição de obrigações de serviço público e subsídio ao preço do bilhete nas rotas Lisboa-Funchal v. v., Porto-Funchal v. v., Lisboa-Porto Santo v. v., Terceira-Lisboa v. v. e Horta-Lisboa v. v., contidas em documentos comunitários, no caso nas Comunicações da Comissão n.ºs 98/C 267/04 e 98/C 267/05 publicadas no Jornal oficial das Comunidades Europeias de 26 de Agosto de 1998 e em vigor desde 01 de Janeiro do corrente ano e, ainda, pelos contratos de concessão de serviço público assinados em 26 de Dezembro de 1998 pelo Estado e pela TAP, que visam a exploração dos serviços aéreos regulares entre Lisboa e Terceira e entre Lisboa e Horta, vigentes desde 01 de Janeiro de 1999.

Enunciada a questão nos termos acima definidos, importa agora saber que aplicação concreta faz a TAP das obrigações a que está adstrita, ou melhor, que tipo de serviço público é prestado de facto pela empresa.

Serviço público de transporte aéreo regular de passageiros entre o continente e as Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira

1. Adianta o legislador no preâmbulo do já atrás mencionado Decreto-Lei n.º 138/99, de 23 de Abril, regulador, conforme referido, das obrigações de serviço público no âmbito dos serviços aéreos regulares efectivados entre o continente e os arquipélagos dos Açores e da Madeira, que se pretende, com tal diploma, "assegurar que as transportadoras aéreas garantam a regularidade e qualidade na exploração dessas rotas,

sem que tal dependa estritamente dos seus interesses comerciais" (sublinhado nosso), acrescentando estarem assim "criados os instrumentos aptos a diminuir o distanciamento, social e económico, que atinge as populações das Regiões Autónomas (...)".

De facto, e reproduzindo no essencial o teor da primeira parte do art.º 4º do também já citado Regulamento (CEE) n.º 2408/92 do Conselho, de 23 de Julho, define aquele decreto-lei os pressupostos e requisitos para a aplicação de obrigações de serviço público, nos mesmos incluindo a circunstância de as condições do mercado dos transportes aéreos nas rotas em causa não garantirem a "existência de serviços aéreos regulares satisfazendo padrões adequados de continuidade, regularidade, qualidade, quantidade ou preço" [cf. art.º 3º, alínea b)].

As obrigações de serviço público fixadas especificamente para as rotas em apreço, revestindo a forma de imposição ou contratação ao nível designadamente da continuidade, regularidade ou pontualidade dos serviços, requisitos mínimos operacionais e de equipamento, padrões mínimos de qualidade, frequência e horário de serviço, capacidade mínima de transporte, condições tarifárias ou preços máximos para determinadas categorias de tráfego, que essa empresa cumprirá nos termos da legislação em vigor e dos contratos de concessão assinados - cfr. art.º 6º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 138/99 e Comunicações da Comissão n.ºs 98/C 267/04 e 98/C 267/05 -, implicam obrigatoriamente o cumprimento por parte das empresas a elas sujeitas de determinadas exigências de qualidade no atendimento prestado aos utentes desse serviço.

A título ilustrativo, refira-se, por exemplo, o contrato de concessão de serviços aéreos regulares entre Lisboa e a Terceira que essa empresa celebrou com o Estado, onde se pode ler, na cláusula 1ª, que "a concessão tem por objecto a exploração de serviços aéreos regulares sujeitos a obrigações de serviço público, por forma a assegurar a satisfação de padrões adequados de continuidade, regularidade, qualidade, quantidade e preço nas rotas concessionadas (...)", vinculando a empresa concessionária a conceber e adoptar um sistema de garantia da qualidade, no qual deverão encontrar-se definidos uma política da qualidade, com menção designadamente das "características do serviço a prestar, a imagem da concessionária ao nível da prestação de serviços e o papel do pessoal para atingir os objectivos de qualidade" [cfr. cláusula 21ª, alínea a)], e os próprios objectivos de qualidade, "identificando as metas a atingir, nomeadamente ao nível da satisfação dos utentes e do melhoramento contínuo da eficiência na prestação de serviços e das inerentes condições sociais e ambientais" [cláusula citada, alínea c)].

Conforme resulta do preâmbulo de um diploma recente - o Decreto-Lei n.º 166-A/99, de 13 de Maio - que institui o Sistema de Qualidade em Serviços Públicos, "a qualidade é hoje universalmente reconhecida e aceite como a satisfação do cliente a custos adequados e tornou-se um imperativo para todas as organizações públicas e privadas, face à crescente consciencialização que os consumidores e utentes de bens ou serviços possuem dos direitos que lhes estão atribuídos. (...) Mais do que uma nova teoria, a qualidade é uma filosofia de gestão para qualquer organização que queira ser credível ou socialmente útil, tendo-se tornado num movimento irreversível e imparável".

São precisamente as deficiências encontradas no domínio do atendimento ao público - que, de resto, constitui o aspecto mais contestado por aqueles que regularmente utilizam o serviço prestado pela TAP no transporte aéreo entre o continente e as Regiões Autónomas - que motivarão o núcleo essencial das recomendações adiante dirigidas a V.ª Ex.ª, as quais se baseiam nas conclusões retiradas de contactos mantidos com responsáveis da TAP nas Regiões Autónomas e no continente, e em apreciações decorrentes das visitas efectuadas por colaboradores meus aos aeroportos dos arquipélagos e aos balcões de atendimento ao público que esta transportadora aérea mantém nas ilhas.

De todo o modo, mostram-se pertinentes algumas observações extraídas dos dados que me foram fornecidos pela própria empresa, tentando comparar os dados das rotas Continente-Arquipélagos, em regime de monopólio, e de algumas rotas europeias, como as de Paris, Londres e Bruxelas, isto em termos de prática de overbooking, atrasos e cancelamentos verificados e reclamações apresentadas.

Overbooking

A prática do overbooking, apesar de juridicamente conformada, pode ser fonte de quebra na qualidade do serviço. Com alguma variabilidade, foram declarados valores para os voos entre os Açores e o continente entre 3 e 5%, consoante o lugar de partida seja naqueles ou neste. No que diz respeito à Madeira, a prática declarada é de 3%, sendo de valor idêntico para os voos dos Açores para o continente e 5% no sentido inverso.

A política definida para os três destinos europeus já mencionados pauta-se entre 15%, caso máximo de Paris, a 5%, dependendo das contingências de época, existência de grupos e outros factores de ordem comercial.

De todo o modo, dada a taxa de ocupação média dos voos, não parece que a prática do overbooking tenha trazido perturbações notáveis na qualidade do serviço.

Voos Atrasados

No que diz respeito a voos atrasados, no período entre Abril de 1996 e Maio de 1998, de um total declarado de 13254 voos de e para os dois arquipélagos, 4588 sofreram atrasos (34,6%), com uma média de atraso por cada acontecimento de 68 minutos.

Quanto às rotas europeias tomadas como exemplo, a situação apresenta-se com média mais elevada em Londres, com 57 mn, Paris tem uma média praticamente idêntica com 56 mn e Bruxelas apresenta um valor de 47 mn. Todos estes valores são significativamente mais baixos do que os dos Açores e Madeira, oscilando entre 21 e 44% o cresci –mento do atraso para o valor médio das ilhas. Em percentagem de voos atrasados, estes destinos europeus apresentam no entanto valores superiores, desde 40% no caso de Londres a quase 60% no caso de Bruxelas.

Dir-se-ia, à primeira vista, que se há menos atrasos nos voos para as ilhas, eles tendem a ser de maior duração. A ausência de indicação das causas de cada um dos atrasos e sua duração impede a formulação de quaisquer comentários adicionais.

Voos Cancelados

Em termos de voos cancelados, nas rotas entre os dois arquipélagos e o continente temos 543 ocorrências entre Abril de 1996 e Maio de 1998, inclusive, correspondendo a 4,1% do total de voos planeados. Se colocarmos o termo a quo em Abril de 1997 para facilitar comparações com as restantes rotas indagadas, o número de ocorrências em termos absolutos é de 446, o que em termos relativos representa 6% do total de voos programados para o mesmo período.

Na rota de Paris, no período de Abril de 1997 a Maio de 1998 ocorreram 18 cancelamentos, ou seja, 2,3% do total de voos. Na de Londres, no mesmo período, ocorreram 7 casos, correspondendo a 1,3% e na rota de Bruxelas o valor absoluto é de 15 e o relativo de 3,8%.

Estes valores, para permitirem uma comparação ainda que grosseira, carecem de dois tipos de esclarecimento. Em primeiro lugar, um cancelamento num voo para algum dos arquipélagos é mais gravoso, em abstracto, do que no âmbito continental, não só pelo consumidor típico de umas e outras rotas como, principalmente, pela ausência de alternativa em voos de outras companhias. Em segundo lugar, para melhor percepção do quadro traçado, importa também averiguar os motivos dos vários cancelamentos.

Neste particular, mereceram especial atenção os cancelamentos por razões meteorológicas, não se distinguindo entre condições no destino e na partida, e os motivados por problemas ligados às tripulações de voo, neste último caso por serem sobejamente conhecidos os problemas que a conflitualidade laboral vivida na empresa provocou a este nível no período considerado.

Assim, por razões relacionadas com a tripulação de voo, foram cancelados no período em causa 171 voos de e para as ilhas, 7 na rota de Paris, 4 na de Londres e 6 na de Bruxelas. Mesmo atendendo à disparidade no universo dos voos para os vários destinos, parece que a perturbação sofrida pela TAP no período em causa se reflectiu mais nos destinos das ilhas, facto cuja verificação se lamenta dobradamente, atendendo à ausência de alternativas concorrenciais.

Convém especificar que estas perturbações laborais na empresa, com especial incidência na disponibilidade de tripulações de voo, decorreram entre 15 de Março de 1997 a 21 de Agosto de 1997. É de frisar que só 59% dos cancelamentos de voos continente/ilhas devidos a falhas nas tripulações ocorreram neste período. Os valores para os destinos europeus são muito variáveis, entre os 30 e os 50% mas são perfeitamente irrelevantes dados os valores inexpressivos que oferecem.

Apesar disso, e considerando a totalidade das falhas de tripulação como independentes da vontade da empresa, o que estará longe de corresponder à realidade, somando ainda os cancelamentos por razões meteorológicas, vemos que, pelas restantes causas possíveis ocorreram nas ilhas 2,2% de voos cancelados sobre o universo programado para o período, na rota de Paris 0,9%, em Londres 0,6% e em Bruxelas 1,3%.

Trata-se de mais um elemento que aponta para uma proporção desmedida de cancelamentos em relação a outros destinos da TAP, pelo que parece sugerível uma maior atenção às causas deste fenómeno.

Reclamações

A análise, se bem que superficial, do número de reclamações não acompanha as asserções acima. Superficial pela agregação do total dos voos para as ilhas, pelo desconhecimento do total de passageiros transportados no total dos voos e naqueles que sofreram atrasos, na distribuição necessariamente não uniforme de reclamações por voo atrasado, podendo um grande número incidir num atraso descomunal eventualmente verificado e por outras variáveis que ora se não podem controlar. De qualquer modo, com os dados disponíveis e tendo em conta que os mesmos para os voos continente/ilhas e para os três destinos europeus considerados estão em igualdade de circunstâncias face a todos esses factores, não será despiciendo verificar a relação entre o número de reclamações e o de voos atrasados. Assim, em relação a voos atrasados e em termos relativos, o conjunto das ilhas apresenta uma proporção de 8,50%, os voos para Londres um valor quase idêntico de 8,43%, aparecendo Paris no topo superior com 12,68% e Bruxelas com um valor de 3,97%.

Sendo difícil, pelas razões apontadas, afirmar muitas certezas, conjugando estes dados com os acima enunciados quanto ao número de voos com atraso e duração média deste, crê-se poder defender que os passageiros com destino às ilhas não têm uma propensão extraordinária para reclamar os seus direitos.

Atendimento ao Público

a) Atendimento ao público na Região Autónoma dos Açores:

1. Sublinha-se que no decurso da instrução do presente processo o serviço prestado pela TAP na Região Autónoma dos Açores sofreu uma profunda modificação decorrente das alterações introduzidas pelo resultado do concurso público para a adjudicação da exploração, em regime de concessão, dos serviços aéreos regulares entre o continente e o arquipélago. Assim sendo, as conclusões que a seguir se extraem reportam-se à prestação da TAP nos balcões da empresa localizados em Angra do Heroísmo, Horta e Ponta Delgada, e reflectem a análise da questão que envolve o atendimento ao público nos aeroportos da Terceira e do Faial e nas ilhas em que não há balcões da TAP, assegurado pela SATA Air Açores (SATA) - nos aeroportos com supervisão de

funcionários da TAP -, na sequência de um contrato de agência celebrado entre as duas empresas.

2. Como apontamento preliminar, não poderia deixar de transmitir a V.ª Ex.ª que é notória a percepção de uma atitude generalizada de desconfiança por parte do público açoreano relativamente ao serviço prestado pela TAP na região em causa. Ainda que se aceite haver uma certa dose de injustiça na posição assumida por alguns utentes - a título de exemplo, muitos dos atrasos verificados nas ligações aéreas resultam das difíceis condições atmosféricas do arquipélago -, o certo é que em diversos aspectos, adiante mencionados, do contacto da empresa com o destinatário da prestação, se está longe de alcançar um serviço global de qualidade. Este facto é tanto mais de realçar quanto se verifica que muitas vezes, conforme se demonstrará, o serviço de atendimento é ineficaz ou pura e simplesmente não existe.

No que respeita à organização da empresa, é evidente nos últimos anos a preocupação no sentido da contenção de despesas, em especial ao nível da contratação de pessoal. A título ilustrativo, refira-se que com o encerramento das escalas e com a extinção do quadro respectivo são os funcionários dos balcões da TAP de Angra do Heroísmo e da Horta que se deslocam aos aeroportos respectivamente da Terceira e do Faial para aí fazerem funcionar, sempre que aterra um avião da companhia, o serviço de escala, e para supervisionarem o serviço de assistência prestado no local pela SATA. Essa redução de custos, no entanto, tem que ter como limite a manutenção de um mínimo na qualidade do serviço prestado.

Sendo certo que não disponho de elementos que me possam levar à conclusão de que o número de funcionários da TAP nos Açores se revela insuficiente ao ponto de resultar por tal motivo prejudicada a qualidade da prestação da transportadora, já se mostra mais facilmente verificável a insatisfação que a propósito foi manifestada por utentes e pelos próprios funcionários. Torna-se evidente frisar que a deslocação destes funcionários aos aeroportos contribui para desguarnecer, caso em horário de abertura ao público, as possibilidades de atendimento presencial ou por via telefónica no balcão. Este facto leva-me a sugerir a V.ª Ex.ª que essa companhia aérea proceda a um reequacionamento da questão do pessoal que se encontra adstrito à região, no que respeita à eventual contratação de mais funcionários, à respectiva formação e à definição e distribuição de funções, numa perspectiva de rentabilização dos recursos humanos e financeiros disponíveis e tendo como pano de fundo as possibilidades e as necessidades da empresa no arquipélago.

3. Dito isto, há que referir que dos actos de inspecção realizados por esta Provedoria e acima mencionados foi possível concluir pela existência de deficiências ao nível da funcionalidade dos serviços da TAP na Região Autónoma dos Açores, com óbvias repercussões no atendimento que actualmente é prestado pela empresa aos utentes daquela área.

4. Por força do contrato celebrado entre a TAP e a SATA, já acima mencionado, a SATA é, na Região Autónoma dos Açores, agente geral da TAP, assegurando todo o atendimento nas ilhas em que não há balcões da TAP, incluindo obviamente a reserva e a venda de bilhetes, e funcionando nos aeroportos como companhia assistente dessa empresa, desenvolvendo os mecanismos de recepção e encaminhamento dos passageiros da TAP e actuando nessa medida como agente de handling desta transportadora.

Da situação contratual descrita resultam as deficiências e insuficiências de facto a que adiante se fará referência, e que de resto têm sido denunciadas pela comunicação social.

5. Por um lado, a incompatibilidade dos diferentes sistemas informáticos utilizados pela TAP (que trabalha actualmente com o sistema PARS, sendo que o problema a seguir exposto já existia na vigência do sistema entretanto substituído, denominado TAPMATIC) e pela SATA, constitui definitivamente - considerando mesmo a opinião de responsáveis dessa empresa na região - o maior impedimento para a melhoria da qualidade do serviço de atendimento prestado pela TAP no arquipélago.

Assim sendo, e dado que os dois sistemas informáticos não são compatíveis, as falhas na transferência de informações entre a empresa que em nome da outra procede à reserva e à venda dos bilhetes e a empresa em nome da qual as passagens são vendidas e que presta efectivamente o serviço de transporte aéreo são constantes, verificando-se amiúde situações em que as aquisições de bilhetes nos balcões da SATA são desconhecidas do sistema de reservas da TAP e vice-versa, resultando tudo na confrontação dos passageiros, apenas no momento da efectivação do check-in, com a impossibilidade de embarque em voos para os quais já tinham previamente obtido confirmação.

A agravar o circunstancialismo descrito regista-se o facto de a TAP não dispor de balcão de apoio aos clientes nos aeroportos do arquipélago para onde voa, obrigando muitas vezes os passageiros a deslocarem-se às cidades das ilhas onde tal serviço existe, a vários quilómetros de distância, para resolução designadamente dos problemas relata-

dos (já que a SATA não pode aceder aos dados da TAP), e mesmo para efeitos de reclamação, implicando para o utente necessariamente a perda do voo em causa, possivelmente a impossibilidade de viajar no próprio dia para o continente e, naturalmente, o pagamento de despesas não previstas.

Parece-me inadmissível que, face às consequências nefastas que o conjunto das circunstâncias referidas acarreta para o público que regularmente voa entre a região e o continente, as duas companhias - e especialmente a TAP, tendo em conta que é esta empresa que responde perante os utentes - não tenham ainda encontrado uma solução conjunta para a invocada incompatibilidade dos sistemas informáticos, alegadamente causadora das constantes falhas na transferência de informações entre as transportadoras.

6. Um outro aspecto a ter em consideração é o que diz respeito às informações que, nos aeroportos dos Açores, são prestadas aos passageiros, designadamente sobre o atraso dos voos. É injustificável que os utentes sejam obrigados a aguardar horas pelo embarque sem serem informados das causas da demora nem tão pouco da hora previsível para a regularização da situação.

Esta questão está mais uma vez directamente relacionada com o contrato de assistência celebrado entre a TAP e a SATA, que disciplina o atendimento dos utentes.

É certamente verdade que a apreciação global do atendimento prestado pelos serviços da TAP está condicionada pela circunstância de a SATA ser agente geral daquela companhia aérea uma vez que, na prática, a TAP pode ser responsabilizada em primeira linha pelo deficiente atendimento prestado por funcionários da SATA. Mas o que não deixa de ser também evidente é que a TAP não cuidou de divulgar, designadamente junto dos passageiros que transporta para e dos Açores, que as informações e demais serviços que em condições normais seriam prestados pelos seus funcionários, estão, na região, a cargo do pessoal da SATA. Nos aeroportos dos Açores, nenhum utente sabe que o "serviço TAP" é aí prestado pelos funcionários da SATA.

Também neste aspecto particular a colocação do logotipo TAP nos balcões de atendimento/informações (a par do da SATA) corresponderia a uma medida tão simples quanto eficaz, assim como a inclusão dos números de telefone das informações da SATA na parte da lista telefónica respeitante à TAP.

Acresce o facto de a SATA apenas poder prestar aos passageiros certo tipo de informações como as respeitantes a pequenos atrasos nas chegadas ou partidas dos voos e a alterações das horas de embarque, já que não acedendo, conforme referido, ao sis-

tema informático da TAP, encontra-se impossibilitada de divulgar os dados aí existentes - note-se que todas as informações relevantes que podem ser prestadas ao público constam do PARS, o sistema informático utilizado pela TAP -, relativos designadamente aos cancelamentos e atrasos maiores de voos.

7. De outra banda, não pode deixar de considerar-se absolutamente intolerável que não exista conhecimento - ao que parece nem na Delegação, nem nas escalas, nem nos balcões - dos termos do contrato de assistência celebrado entre a TAP e a SATA. Há uma ideia genérica sobre as obrigações dos funcionários da escala e uma repetição dos procedimentos usuais. Mas não existe - ou não está divulgada - regulamentação interna que oriente os funcionários. A título meramente ilustrativo, refira-se que a SATA terá em determinado momento exigido à TAP o pagamento de um serviço - colocação de uma maca numa aeronave - justificando que a TAP (que faz o handling da SATA Internacional) também o cobrara à SATA em Lisboa. Segundo foi possível apurar, na altura do acontecimento o funcionário da escala desconhecia se o pagamento deveria ou não ser feito.

8. A colocação de um único funcionário dessa empresa a efectuar o serviço de escala nos aeroportos dos Açores tem implicado que não sejam devidamente assegurados nem a supervisão do serviço SATA nem, tão pouco, o atendimento aos utentes, sendo que o sentimento colhido aponta no sentido da impossibilidade do cumprimento cabal das duas funções ao mesmo tempo.

Revela-se ainda absolutamente necessário delimitar com rigor a actuação da SATA, enquanto companhia assistente, e o papel da escala, assegurado por elementos da companhia (sem no entanto existir um chefe de escala, o que pressupõe uma eventual descontinuidade no trabalho realizado e uma possível descoordenação entre os funcionários pela mesma em cada momento responsáveis).

9. Em função das características geográficas dos Açores, e atendendo à divisão do serviço de transporte aéreo entre as duas companhias, importa também no interesse dos utentes que seja realizado um esforço no sentido da promoção de uma melhor coordenação dos horários dos voos da TAP e da SATA.

Melhor coordenação na prestação de informações ao público seria aconselhável em outros domínios. Não se enquadrando propriamente no âmbito do presente documento mas servindo para sustentar a afirmação feita, dá-se como exemplo a seguinte situação: o voo TAP proveniente dos EUA e com destino à Terceira permite ao passa-

geiro trazer consigo 40 kg de bagagem. O utente que nestas condições efectiva posteriormente um voo de ligação entre as ilhas através da SATA, não podendo transportar esse peso nos aviões desta companhia e desconhecendo tal situação por falta de informação sobre a mesma, ver-se-á obrigado a pagar o excesso.

10. A questão da existência de um balcão de atendimento TAP no aeroporto das Lajes deve ser ponderada. Não obstante reconhecer-se que não faz sentido a TAP abrir um balcão ao mesmo tempo que paga à SATA para que assegure esse mesmo serviço no mesmo local, verifica-se que na prática o atendimento não é cabalmente prestado. Assim sendo, o argumento avançado (de que não compete à TAP fazer a assistência aos utentes) só pode colher se e quando a SATA assegurar todo o atendimento (incluindo alteração de reservas, informações sobre voos, horários, ligações, etc.), o que não acontece hoje em dia, pelas razões já apresentadas.

O que é visível é que o serviço prestado pelos funcionários da SATA em nome da TAP - por culpa dos respectivos sistemas informáticos ou por outra qualquer razão - não satisfaz.

Acrescenta-se que o atendimento no aeroporto de Lisboa, designadamente o relativo a informações prestadas sobre os atrasos dos voos para a Região Autónoma dos Açores (que de resto são constantes), é considerado pelos utentes igualmente muito deficiente, sendo que aí tal serviço é da responsabilidade directa da TAP.

11. Merece ainda uma referência negativa o contacto telefónico com o balcão da TAP em Angra do Heroísmo, o qual é quase impossível de concretizar. Simplesmente ninguém atende no número indicado na lista telefónica.

A este propósito - e se outros exemplos não houvesse - é suficientemente elucidativa a experiência colhida no âmbito da instrução deste processo. O contacto dos serviços desta Provedoria com funcionários da delegação/balcão da TAP em Angra do Heroísmo apenas aconteceu ao fim de mais de uma semana de tentativas, ou seja, entre os dias 02.08.99 e 10.08.99 apenas foram atendidas duas (2) das mais de cem (100) chamadas efectivadas.

Para os habitantes da ilha Terceira poderem obter informações telefónicas sobre algo tão básico (no que diz respeito a uma companhia aérea) como os horários dos voos e os respectivos atrasos, é necessária quase sempre a deslocação ao balcão da TAP. Para além de representar uma evidente sobrecarga do serviço de atendimento pessoal, este expediente só é viável para os residentes em Angra do Heroísmo, representando um desproporcionado ónus para os restantes habitantes da ilha. E o que dizer de

quem mora em São Jorge ou na Graciosa?

É portanto inquestionável a urgência em assegurar o funcionamento de um serviço que, na prática, não existe: o atendimento telefónico. Não é aceitável que uma companhia aérea não disponha, para uma população de mais de 50.000 habitantes, e quando opera em regime de exclusividade, de um funcionário adstrito ao atendimento telefónico, o que não acontece actualmente.

12. Tendo por base as considerações expostas que apontam para a existência de deficiências e insuficiências significativas no serviço público que é efectivamente prestado pela TAP na Região Autónoma dos Açores, entendi dirigir a V.ª Ex.ª, ao abrigo do disposto no art.º 20º, n.º 1, alínea a) da Lei n.º 9/91, de 09 de Abril, as seguintes

Recomendações

I) Recomendo a V.ª Ex.ª que a TAP proceda a um reequacionamento do teor das cláusulas que envolvem o contrato de agência celebrado entre a empresa e a SATA, aferindo designadamente da sua utilidade e adaptação à nova estrutura da TAP na Região Autónoma dos Açores.

II) De qualquer forma, e independentemente de se entender como oportuno ou não o reequacionamento recomendado, deve sempre ser verificada pela companhia a prestação de facto da SATA no cumprimento das cláusulas a que está adstrita por força do contrato actualmente em vigor.

III) Deve ainda proceder-se internamente, e no âmbito da situação contratual existente, a uma delimitação concreta entre por um lado as funções enquadradas no serviço de assistência prestado pela SATA nos aeroportos da Terceira e do Faial e, por outro, o serviço de escala da TAP, assegurado por funcionários da empresa adstritos aos balcões de atendimento respectivamente de Angra do Heroísmo e da Horta e que aí se deslocam para o efeito.

IV) Os termos do contrato celebrado com a SATA devem igualmente ser divulgados de forma precisa a todos os funcionários da TAP na Região Autónoma dos Açores, quer estes exerçam as respectivas funções na Delegação, nos balcões de atendimento ou nas escalas, com instruções rigorosas sobre a actuação a desenvolver no âmbito da coordenação das actividades das duas transportadoras naquele arquipélago.

V) Recomendo a V.ª Ex.ª que se promovam imediatamente esforços no sentido da compatibilização dos sistemas informáticos da TAP e da SATA, tendo em vista a transmis-

são das informações relevantes entre as duas companhias, designadamente as que se prendem com a venda de bilhetes, reservas e respectivas alterações, atrasos e cancelamentos de voos.

VI) Da mesma forma, deverão os responsáveis das transportadoras que dividem entre si a actividade de transporte aéreo entre a região e o continente, analisar e estudar em conjunto um plano de coordenação que considere por um lado as horas dos voos efectivados entre o continente e o arquipélago e os horários das ligações entre as diversas ilhas e, por outro, um conjunto de informações úteis no âmbito de tal coordenação a serem prestadas aos respectivos clientes.

VII) Recomendo igualmente que a TAP proceda a um reequacionamento da questão do pessoal que se encontra adstrito à região, ponderando designadamente a contratação de mais funcionários, reflectindo sobre a respectiva formação, definição e distribuição de funções, numa perspectiva de rentabilização dos recursos humanos e financeiros disponíveis, e tendo como pano de fundo as possibilidades e as necessidades da empresa no arquipélago.

VIII) Concretamente, recomendo que a TAP coloque um ou mais funcionários no atendimento telefónico prestado nos balcões de informações ao público que a empresa mantém na região, sublinhando-se a urgência da medida no que respeita ao balcão de Angra do Heroísmo.

IX) Tendo em conta as especificidades que envolvem o atendimento que é prestado aos clientes da TAP na Região Autónoma dos Açores, seria recomendável que a companhia colocasse o respectivo logotipo nos balcões de atendimento/informações da SATA (a par do desta) nos aeroportos da Terceira e do Faial, bem como incluísse os números de telefone desta transportadora na parte da lista telefónica respeitante à TAP.

b) Atendimento ao público na Região Autónoma da Madeira:

1. O serviço de atendimento que a TAP presta ao público na Região Autónoma da Madeira reveste contornos bem distintos dos acima traçados para a Região Autónoma dos Açores, começando pelo facto de ser assegurado pela própria empresa, através dos balcões que a transportadora mantém no Funchal e nos aeroportos desta cidade e da ilha de Porto Santo.

2. Há que referir, antes de mais, que o atendimento que a companhia propicia aos respectivos utentes no aeroporto do Funchal se revela manifestamente limitado pelas más condições daquele aeroporto, no que respeita à pista e à aerogare.

Por um lado, o aeroporto debate-se com a sua própria situação geográfica, sendo insistentemente fustigado por ventos cruzados que amiúde inviabilizam a aterragem dos aviões.

Os condicionalismos de ordem climatérica mencionados, na origem do atraso e do cancelamento de um número significativo de voos, obrigam necessariamente a um esforço suplementar da TAP no apoio aos seus passageiros. Não obstante ser notório o empenhamento da empresa em diminuir pontualmente as consequências nefastas que resultam para os utentes da repetição do cenário descrito, a verdade é que não é visível uma acção estruturada da transportadora naquelas circunstâncias.

Eventualmente não disporá a companhia dos meios humanos suficientes para fazer face às situações de irregularidades registadas no aeroporto, com reflexos na insuficiência das informações que sobre as mesmas são facultadas aos utentes.

Da recolha de alguns testemunhos junto de residentes-utentes da TAP nas rotas em apreço, resulta a queixa comum de que a informação que a transportadora presta ao público em situações de atrasos e cancelamentos de voos é insuficiente e pouco concreta, não sendo, na maior parte dos casos, explicitadas as razões que estiveram na origem das irregularidades nem facultadas informações sobre a evolução dessas situações. Os utentes afirmam que permanecem nas gares dos aeroportos - também de Porto Santo - sem dados concretos sobre o que está a acontecer e sobre o que irá acontecer no que respeita aos respectivos voos.

Acrescem as deficientes condições da gare do Funchal, incapaz de acolher devidamente as sucessivas acumulações de passageiros provocadas pelos atrasos e cancelamentos dos voos naquele aeroporto.

Resultou, porém, dos testemunhos recolhidos, que se tem vindo a assistir a um esforço crescente da transportadora aérea nacional no sentido de melhorar a prestação em causa. De qualquer forma, as obras actualmente a decorrer na pista e as que estão planeadas para a aerogare, permitirão decerto que a TAP venha a operar em melhores condições no aeroporto do Funchal em termos de atendimento ao público.

3. A conclusão geral que resulta da apreciação da situação descrita é a de que a TAP na Região Autónoma da Madeira - com especial ênfase para o balcão do aeroporto do Funchal - tem necessariamente que assegurar meios de atendimento e apoio aos utentes adequados aos condicionalismos em que se movimenta, e que se prendem com o mau tempo que envolve as localização da pista e com as más condições da gare da-

quele aeroporto. Os referidos factores comprometem significativamente o atendimento da TAP no arquipélago - a gare da ilha de Porto Santo conhece muitas vezes acumulações de passageiros provenientes de aviões que aí aterram por estarem impossibilitados de o fazer na ilha da Madeira -, obrigando a transportadora a reunir esforços suplementares para obviar às situações descritas.

4. Deste modo, considerando as mudanças em curso no que respeita às estruturas físicas do aeroporto do Funchal - afinal o pólo de maiores dificuldades ao nível do atendimento prestado por essa empresa na região -, que deverão contribuir para uma melhoria da qualidade do atendimento que a TAP aí presta ao público, e atendendo igualmente às circunstâncias particulares que condicionam hoje em dia a actuação da transportadora naquele local, apenas sugeria a V.ª Ex.ª, no âmbito do presente processo, que sejam ponderadas soluções tendo em vista reforçar o apoio aos passageiros da TAP naquele aeroporto.

Se por um lado há a realçar a preocupação da empresa na concretização de acções pontuais de reforço da sua prestação designadamente no aeroporto de Santa Catarina - com a colocação, por exemplo, de mais funcionários no balcão tanto nas situações de irregularidades como nas épocas altas -, por outro tem necessariamente de concluir-se que das mesmas não decorrem soluções de fundo capazes de uma resposta estrutural da transportadora aos problemas apontados.

5. Tendo por base as considerações expostas que apontam para a necessidade do reforço da prestação da TAP ao nível do atendimento ao público, na Região Autónoma da Madeira, entendi dirigir a V.ª Ex.ª, ao abrigo do disposto no art.º 20º, n.º 1, alínea a) da Lei n.º 9/91, de 09 de Abril, as seguintes

Recomendações

I) Recomendo a V.ª Ex.ª que a TAP proceda a um reequacionamento da questão do pessoal que se encontra adstrito à região, ponderando a contratação de mais funcionários - designadamente para o balcão do aeroporto do Funchal -, reflectindo sobre a respectiva formação, definição e distribuição de funções, numa perspectiva de rentabilização dos recursos humanos e financeiros disponíveis e considerando as possibilidades e as necessidades da empresa no arquipélago.

II) Mais recomendo que a companhia assegure, no aeroporto do Funchal, um atendimento mais personalizado junto do público, permitindo que as informações relevantes e susceptíveis de serem transmitidas sobre as irregularidades nos voos entre a região e o

continente sejam prontamente facultadas aos funcionários colocados naquele balcão de atendimento, que as divulgarão aos passageiros.
III) Tendo em vista uma melhoria na prontidão da informação concreta prestada ao público sobre as irregularidades ocorridas nos voos entre o continente e o arquipélago, deverá a companhia colocar e manter nos aeroportos do Funchal e do Porto Santo um placard permanentemente actualizado com os dados relevantes para os utentes, designadamente sobre os atrasos dos voos - tempo de atraso, horário previsto para a chegada ou para a partida - e sobre os cancelamentos, neste caso encaminhando os passageiros para o pessoal da empresa apto a acompanhar a situação. Até ao momento em que não seja de todo possível adiantar qualquer informação sobre o que se passa a propósito de um determinado voo que regista irregularidades, a TAP deverá comunicar, através desse mesmo placard, a impossibilidade temporária de divulgação de dados, que serão prestados logo que disponíveis, informando sempre sobre a evolução da situação.
IV) Recomendo finalmente que a TAP elabore um plano de atendimento ao público para o aeroporto do Funchal, tendo presente o resultado - que a empresa certamente conhecerá - das obras a efectuar na respectiva aerogare, e as possibilidades daí advenientes para a concretização de uma prestação de melhor qualidade da transportadora no domínio do atendimento aos respectivos utentes.

Conclusões

A qualidade do transporte aéreo regular de passageiros efectuado pela TAP entre o continente e as Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira está necessariamente condicionada pelas razões de ordem climatérica que afectam os dois arquipélagos e que estão na origem da maior parte das irregularidades verificadas nos voos praticados naquelas rotas, conforme fica exposto.

Tal facto não poderá no entanto desculpabilizar as deficiências e insuficiências registadas designadamente ao nível do atendimento ao público, devendo antes as dificuldades existentes e reconhecidas no presente relatório representar para a transportadora um verdadeiro desafio na concretização de um serviço público mais consentâneo com as necessidades dos respectivos utilizadores.

De resto, tais deficiências e insuficiências foram igualmente verificadas no atendimento de passageiros de voos para aqueles arquipélagos no próprio aeroporto de Lisboa, onde se tornou habitual ver os utentes esperarem horas a fio por informações

sobre atrasos e cancelamentos, muitas vezes já junto à porta de embarque sem que os funcionários da companhia adiantem qualquer dado sobre a situação. Tal postura não é certamente abonatória de uma empresa que tem a seu cargo uma missão de tão elevado interesse público.

Tenho a certeza que a TAP - que conheceu recentemente modificações a vários níveis, incluindo as que se prendem com o objecto do presente processo e que aqui foram devidamente consideradas - reunirá esforços no sentido da promoção de um serviço público de qualidade no domínio em apreço, respeitador dos interesses de quem não raras vezes vive dependente do mesmo. As recomendações que dirijo a V.ª Ex.ª no âmbito do presente processo visam dar um contributo para isso.

Recomendação acatada

Ao
Exm.º Senhor
Chefe do Estado Maior do Exército

R-3196/99
Rec. n.º 32/B/99
1999.11.05

Um militar do Exército, a exercer funções no Quartel General do Governo Militar de Lisboa solicitou a minha intervenção por alegadamente ter sido alvo de atitudes discriminatórias face à sua seropositividade ao vírus VIH.

Afirmou o militar em causa que o resultado da análise para despistagem do vírus VIH lhe teria sido comunicado na presença de um enfermeiro, o qual informou posteriormente o Comandante da Unidade, violando assim o direito à reserva da sua vida privada.

Em consequência deste facto, o militar foi mandado para casa até ao seu internamento no hospital militar, tendo sido dispensado do serviço que prestava à cozinha.

Estes factos foram confirmados pelo ofício n.º 7064, de 8 de Outubro, subscrito pelo Exm.º Chefe de Gabinete de Vossa Excelência. Analisada a situação, cumpre dizer o seguinte.

A intimidade da vida privada de outrem é um valor protegido pelo nosso ordenamento jurídico, merecendo, aliás, consagração constitucional. O Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República várias vezes se pronunciou sobre as questões relativas à privacidade, considerando que a mesma "compreende aqueles actos, que não

sendo secretos em si mesmos, devem subtrair-se à curiosidade pública por naturais razões de resguardo e melindre , como os sentimentos e afectos familiares, os costumes da vida e as vulgares práticas quotidianas, a vergonha da pobreza e as renúncias que ela impõe".

J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira salientam que o direito à intimidade da vida privada se analisa em dois aspectos distintos: "(a) o direito a impedir o acesso de estranhos a informação sobre a vida privada e familiar e (b) o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a sua vida privada e familiar de outrem."

Conforme os autores acima citados, o art.º 26.º, n.º 2 da CRP visa reforçar a ideia de que certas informações relativas às pessoas podem despersonalizar, degradar, desindividualizar os seres humanos, como por exemplo a revelação da identidade de pessoa infectada com o vírus da SIDA.

Obviamente que o facto de o militar em causa ter sido imediatamente retirado do exercício das suas funções e enviado para casa suscita a curiosidade do restante pessoal, mormente o que mais directamente com ele lidava. Num ambiente militar o conhecimento de uma doença deste foro não será eventualmente bem acolhido, com potenciais consequências psicológicas nefastas para o portador do vírus.

Esta problemática tem assumido especial eco no âmbito das instituições internacionais. A Organização Mundial de Saúde, na 41ª Assembleia Mundial de Saúde, adoptou em 13 de Maio de 1988, a resolução intitulada "non discrimination à l'égard des personnes infectées par le VIH et les sidéens". Solicitou aos 167 Estados membros a protecção dos direitos do homem e da dignidade das pessoas infectadas pelo VIH ou pela SIDA, concluindo que a estigmatização e discriminação relativamente aos portadores do VIH e ou afectados pela SIDA os estimula à clandestinidade e à ocultação da doença e consequentemente à afectação negativa da saúde pública.

O Tribunal de Justiça da União Europeia tem entendido, por um lado, que o respeito pela vida privada consagrado no art.º 8.º da CEDH e que resulta das tradições constitucionais comuns aos Estados membros é um dos direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica comunitária, que comporta o direito das pessoas a manterem secreto o estado de saúde, e por outro, que podem ser impostas restrições aos direitos fundamentais por ela protegidos, desde que correspondam efectivamente a objectivos de interesse geral e não constituam, relativamente ao fim prosseguido, uma intervenção desproporcionada e intolerável que atente contra a própria essência do direito protegido.

A Comissão Nacional de Protecção de Dados (CNPD), na deliberação n.º 86/98, considerou que o acesso aos dados sobre a vida sexual, a toxicodependência, VIH e outros com o mesmo grau de sensibilidade, deve ser extremamente limitado, normalmente ao médico assistente.

O tratamento dos dados acima enunciados bem como a sua divulgação só poderá ocorrer quando houver consentimento expresso do seu titular ou autorização prevista na Lei, com garantias de não discriminação. A informação relativa ao diagnóstico só deve ser fornecida aos profissionais de saúde que, por força das funções que desempenham, dela necessitam para a realização das prestações de saúde.

No caso em apreço, o médico da unidade deveria ter comunicado apenas ao militar o resultado da análise. Conforme a deliberação n.º 23/99 da CNPD, a informação sujeita a sigilo médico só deveria ser partilhada quando, no caso concreto, o interesse de cada doente o exija (v. g. para efeitos terapêuticos inter-disciplinares), não devendo ser generalizada ou banalizada no seio da instituição a partilha de informação sobre os doentes.

Em conformidade com o disposto nos art.ºs 63.º n.º 2, e 65.º, n.º 1, alínea b, do Regulamento Geral de Serviço nas unidades do Exército, o oficial médico, se entendesse necessário, podia e devia promover a baixa do soldado ao hospital.

Embora, nos termos do art.º 65.º, n.º 2, alínea b), o oficial médico deva fornecer ao comandante todas as indicações que digam respeito à saúde e higiene das tropas, não está previsto em nenhuma norma do RGSUE nem de qualquer outro diploma, que o médico tenha obrigatoriamente de especificar um diagnóstico, designadamente que um militar é portador do VIH.

É de salientar que a nossa Lei ordinária não inclui nem a seropositividade VIH nem a SIDA no elenco de doenças de comunicação obrigatória para o exercício de quaisquer actividades profissionais. O que aliás faz todo o sentido, na medida em que, por um lado o VIH só em excepcionais condições ambientais sobrevive fora das células que atinge, que a sua transmissão ocorre no quadro de uma particular especificidade em relação às doenças indiscriminadamente contagiantes e que, em regra, o perigo de contágio nas situações laborais é assaz remoto, e, por outro lado, que os portadores assintomáticos do vírus têm geralmente robustez física e perfil psíquico adequado para o desempenho de variadas actividades profissionais.

O VIH não se transmite através do ar, tosse ou espirros, suor, aperto de mão ou abraços, saliva ou beijos, roupas, louças, talheres ou restos de comida, nem em sanitári-

os, piscinas ou transportes públicos, por picadas de insectos ou através de animais. Neste contexto e em concreto o militar em causa, portador do VIH, nunca poderia ser considerado uma ameaça para a saúde pública no exercício das suas funções, que à altura eram de reforço na cozinha.

Não se diga, aliás, que a informação prestada ao comandante ou a qualquer entidade não-médica pretendia proteger terceiros. Essa protecção pode ser estabelecida por critério médico sem divulgação de diagnósticos, devendo, por outro lado, toda a política de prevenção de riscos ser construída com base na regra da presunção de seropositividade.

A infecção por VIH1 ou VIH2, em conformidade com o disposto no art.º 2.º, alíneas c) e d), e anexo A da Portaria 790/99 de 7 de Setembro, poderá constituir uma incapacidade dependente do grau de lesão e do critério da junta médica, podendo ser tido como causa de incapacidade total ou inaptidão parcial. Assim, é à junta médica que compete aferir sobre a aptidão e capacidade para a prestação de serviço por militares e não a qualquer outra entidade.

O mesmo entendimento resulta do disposto no art.º 204, número 1, alínea c) do Decreto-Lei 236/99, de 25 de Junho (EMFAR), segundo o qual o militar deve comparecer perante a junta médica quando houver dúvidas acerca da sua aptidão física.

Assim, e em conclusão:

a) Não é lícita, por contrário ao direito de intimidade da vida privada (Constituição, art.º 26.º, n.º 1) e não se justificar dentro do actual conhecimento de saúde pública, a divulgação dos resultados individualizados dos testes;

b) Não é lícito, por violar pelo menos o direito à liberdade (CRP, art.º 27.º, n.º 1), realizar análises, tratamentos, hospitalizações ou isolamentos compulsivos;

c) Não é lícito, por contrário ao direito ao trabalho e à segurança no emprego (CRP, artigos 53.º e 58.º), estabelecer limites à relação de trabalho por força de afecção detectada, não objectivamente justificadas;

d) A Constituição da República Portuguesa e os textos de direito internacional a que o Estado Português está vinculado não admitem a discriminação baseada no estado de saúde dos cidadãos que não seja necessária e razoavelmente fundada em interesses e valores legítimos, como é o caso de defesa de saúde pública;

e) Releva da apreciação médica avaliar se os indivíduos portadores do VIH dispõem ou não de robustez físico psíquica necessária ao exercício das funções que exercem;

f) Nenhum diploma legal, incluindo o Decreto-Lei 236/99 de 25 de Junho (EMFAR), e o Regulamento Geral do Serviço nas Unidades do Exército, define o VIH como doença de comunicação obrigatória, não estando consequentemente o oficial médico obrigado a divulgar o diagnóstico dos militares;

g) Em conformidade com a Portaria n.º 790/99, é apenas à junta médica que cabe determinar em concreto a capacidade do militar para o exercício das funções.

Por assim ser, ao abrigo do art.º 20.º, n.º 1, a), da Lei 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

a Vossa Excelência que:

1. as análises para despistagem do VIH apenas sejam feitas com o consentimento informado e escrito do interessado;
2. o resultado das mesmas só seja comunicado ao próprio , excluindo-se a presença de outras pessoas que não seja estritamente necessária;
3. em nenhum caso seja comunicado o diagnóstico a pessoal não médico, como ao comandante da respectiva unidade, devendo o oficial médico, caso assim o entenda, informar da necessidade de apresentação no Hospital Militar;
4. não seja automaticamente dispensado das suas funções nenhum militar que se verifique ser portador do VIH, recorrendo-se antes à determinação do que uma junta médica houver por conveniente.
5. Em relação ao caso concreto, seja o militar em causa colocado em funções compatíveis com o seu posto, habilitações e estado de saúde, minimizando as consequências da quebra de sigilo de que foi vítima.

Recomendação sem resposta

A
Sua Excelência
o Presidente da Assembleia da República

R - 2677/99
Rec. n.º 33/B/99
1999.11.11

Diversos cidadãos brasileiros, detentores do título académico de cirurgião dentista concedido por escolas superiores do Brasil, solicitaram a intervenção do Provedor de Justiça a propósito da norma contida no art.º 100.º da Lei 82/98, de 10 de Dezembro, diploma que alterou o estatuto da Associação Profissional dos Médicos Dentistas, aprovado pela Lei 110/91, de 29 de Agosto, constituindo-a como ordem profissional.

Contestam os reclamantes os requisitos a que aquele preceito submete os cirurgiões dentistas, aduzindo que, em obediência ao Acordo Cultural luso-brasileiro de 1966, "sempre se entendeu em ambos os países que a equivalência de cursos e diplomas se faria automaticamente, por via administrativa, através da mera constatação de que tais documentos eram provenientes da autoridade legítima para os emitir".

O regime onde o normativo ora contestado se inscreve constitui a solução legal encontrada por esse Órgão de Soberania no sentido de permitir a integração profissional dos cirurgiões dentistas diplomados por escolas superiores brasileiras, no âmbito da sobejamente conhecida questão do reconhecimento de diplomas brasileiros, ao abrigo do supra mencionado Acordo Cultural.

A norma contida no art.º 100.º da Lei 82/98, delimita como candidatos ao título de médico dentista e à consequente inscrição na respectiva ordem profissional os cirurgiões dentistas constantes da Portaria 180-A/92, de 4 de Junho, e do memorando de entendimento de 9 de Fevereiro de 1994, desde que tenham concluído o curso de Odontologia até ao ano de 1993 (n.º 1, al. a), façam prova da sua entrada em Portugal em data anterior a 31 de Dezembro de mesmo ano (n.º 1, al. b) e possuam inscrição ou capacidade legal para inscrição no Conselho Federal de Odontologia do Brasil (n.º 1, al. c).

Mais dispõe que a inscrição destes profissionais na Ordem dos Médicos Dentistas e a obtenção do correspondente título profissional depende, sempre, da realização

de um curso de formação a ministrar por aquela ordem profissional, versando os aspectos éticos, deontológicos e legais aplicáveis em Portugal a esta disciplina médica (n.º 2).

Como acima já referi, a génese deste regime é o diferendo existente em torno do art.º XIV do Acordo Cultural celebrado entre Portugal e o Brasil, em 7 de Setembro de 1966, aprovado pelo Decreto-Lei 47.863, de 26.08.67, ratificado por Portugal em 10 de Março de 1968 e pelo Brasil em 4 de Setembro de 1969 e entrado em vigor nesta última data. Segundo o art.º XIV, "cada Parte Contratante reconhecerá, para efeito de exercício da profissão em seu território, os diplomas e títulos profissionais idóneos expedidos por institutos de ensino da outra Parte e desde que devidamente legalizados e emitidos em favor de nacionais de uma ou outra Parte, favorecendo em caso de inexistência ou diferença de curso, as necessárias adaptações para o mais próximo."

É curial observar que, ao contrário do que, por vezes, é veiculado através de abordagens menos atentas, o art.º XVI do Acordo Cultural reporta-se ao reconhecimento de títulos académicos obtidos em escolas superiores brasileiras e não ao reconhecimento de títulos de profissionais brasileiros. Por outras palavras, a controvérsia em torno do Acordo consiste numa questão de aceitação de títulos académicos em si mesmos, o que significa que qualquer cidadão português com formação universitária em faculdades brasileiras será confrontado com a questão do reconhecimento do seu diploma em Portugal.

As pretensões das partes neste processo podem sintetizar-se como bem fez Diogo de Freitas do Amaral: "Enquanto os cirurgiões dentistas brasileiros alegam poderem trabalhar em Portugal por, ao abrigo do Acordo Cultural (...), o reconhecimento ser automático, segundo as autoridades portuguesas o problema é entendido noutro prisma: existe uma grande discrepância entre a generalidade dos curricula dos cursos de cirurgião dentista brasileiros e os curricula dos cursos de médico dentista e médico odontologista em Portugal; por essa razão, o reconhecimento deve assentar em apreciações de mérito."

Com particular incidência no que aos dentistas diz respeito, este diferendo tem continuado o seu arrastado percurso entre tentativas de harmonização de interesses, negociações bilaterais e declarações de intenção, sem que se consiga vislumbrar uma solução definitiva para a questão.

De facto, já em 8.10.1985 o memorando de entendimento assinado pelos Ministros da Educação de Portugal e do Brasil exprimia a necessidade de proceder ao

"exame das medidas pertinentes no sentido de que sejam agilizados, nos dois países, os trâmites administrativos para o reconhecimento dos diplomas de licenciatura e pós graduação, bem como a aplicação dos critérios de equivalência de cursos, conforme previsto no Acordo Cultural Brasil-Portugal", assim indiciando o reconhecimento do diferendo.

Sete anos mais tarde, após detalhadas negociações bilaterais, "afim de não protelar por mais tempo a indefinição do regime legal aplicável", a Portaria 180-A/92 veio habilitar "a exercer legalmente a actividade de odontologia em território nacional" os cirurgiões dentistas diplomados por escolas brasileiras reconhecidas pelo Ministério da Educação do Brasil, registados no Conselho Federal de Odontologia e elencados na lista de profissionais identificados pela Embaixada daquele país em Lisboa, até 15.11.91, anexa ao despacho do Ministro da Saúde, de 18.05.92. Nos termos da Portaria, esta habilitação verificava-se "a título rigorosamente excepcional e dados os laços históricos que unem os dois países".

Não obstante, em 09.02.94, o memorando de entendimento assinado pelos Ministros dos Negócios Estrangeiros dos dois países constata "a persistência de dificuldades de ordem prática na aplicação do regime definido pela Portaria 180-A/92, que disciplina a actividade dos cirurgiões dentistas em Portugal"(n.º 2), que se prendiam com as reservas colocadas pela então Associação Profissional dos Médicos Dentistas à admissão daqueles profissionais. Assim, por via deste instrumento diplomático foi acordado que as partes trocariam listas identificadoras das ordens ou associações profissionais idóneas para procederem ao reconhecimento profissional dos respectivos candidatos e dos casos pendentes referentes a profissões cujo exercício dependesse de inscrição em ordens profissionais e que se encontrassem nestas inscritos até 31.12.93.

Seis anos depois da supra identificada Portaria, culminado este processo, é instituído o regime transitório contido no art.º 100.º e seguintes da Lei 82/98, ora posto em crise.

Naturalmente que este diploma não constitui, nem seria de esperar que constituísse, uma solução definitiva quanto ao reconhecimento de diplomas de odontologia expedidos por escolas superiores do Brasil, que só será conseguida através da revisão do Acordo Cultural, designadamente do seu art.º XIV.

É incontornável que a profunda evolução verificada na realidade universitária que esteve subjacente à assinatura do Acordo Cultural luso-brasileiro de 1966 torna al-

tamente aconselhável a revisão deste tratado internacional. De facto, o mecanismo de reconhecimento de diplomas numa base protocolar, como inequivocamente resulta da interpretação do art.º XIV do Acordo, assentava num sistema de ensino superior uniforme, exclusiva ou eminentemente público e centralizado, modelo que, em ambos os países, há muito se esgotou. Subjacentes ao fenómeno da proliferação de escolas superiores, surgiram também novas problemáticas relacionadas com o nível de formação universitária, matéria que, salvaguardadas questões de escala, deve ser desassombradamente ponderada nos dois países.

Foi a este cenário que se reportou a Portaria 180-A/92 ao enunciar que "as alterações ocorridas desde 1966 nos sistemas de ensino e na regulamentação profissional complementar de ambos os países torna indispensável a revisão parcial do Acordo Cultural (...), designadamente nos artigos XIII a XVI". No mesmo sentido apontou o memorando de entendimento de 1994, onde os Ministros dos Negócios Estrangeiros dos dois países expressam "a necessidade de ultimar rapidamente a revisão do Acordo" (n.º 4), cujo "protocolo modificativo conterá nova redacção dos art.ºs XII, XIV e XV do Acordo Cultural" (n.º 5).

Resta dizer que o regime de integração dos cirurgiões dentistas na Ordem dos médicos dentistas, contido no art.º 100.º a 109.º, da Lei 82/98, dá cumprimento ao compromisso assumido no memorando de entendimento de 09.02.94 de promover legislação específica para ultrapassar as dificuldades surgidas com o reconhecimento profissional por parte das ordens profissionais.

Como desde logo resulta da epígrafe do capítulo onde se insere, trata-se de um regime transitório, que supostamente configuraria a solução legislativa que iria permitir aos médicos dentistas formados em universidades brasileiras o exercício da odontologia em Portugal até à planeada revisão do Acordo Cultural. Tanto mais que o supra citado memorando de entendimento explicita que a nova redacção do art.º XIV do Acordo "apenas se aplicará a situações futuras" (n.º 5).

No entanto, verifica-se que o art.º 100.º da Lei 82/98 circunscreve a aplicação deste regime aos cirurgiões dentistas identificados pela Portaria 180-A/92 e pelo memorando de 4.02.94, cujo curso de Odontologia tivesse sido concluído até ao ano de 1993 e com prova da sua entrada em território nacional antes de 31 de Dezembro do mesmo ano.

Ou seja, em estrita obediência aos termos acordados no memorando de entendimento , o legislador limitou-se a dar solução aos casos que se encontravam pendentes

até ao final do ano de 1993, eximindo-se a resolver as situações pendentes verificadas posteriormente àquele ano, fixando o regime transitório aplicável até à entrada em vigor do protocolo modificativo do Acordo Cultural luso-brasileiro.

Se ao tempo da assinatura do memorando a adopção aquele critério temporal fazia sentido em face da expectativa então existente de "ultimar rapidamente a revisão do Acordo" (cf. o seu número 4), a sua transposição para a Lei 82/98 resulta totalmente desajustada devido ao desfasamento temporal deste diploma relativamente ao memorando de 1994 e à incerteza quanto ao termo do processo de revisão do Acordo.

Era legítimo que, atendendo à bizarra situação jurídica gerada pela inaplicação do Acordo Cultural, a Lei em apreço instituísse um regime de acesso ao exercício da odontologia por parte dos titulares de diplomas universitários brasileiros cujo âmbito temporal de aplicação se estendesse até à revisão deste instrumento. De igual forma também razões de certeza e segurança exigiam a criação de regras transitórias com o alcance acima enunciado, em alternativa ao âmbito meramente retroactivo do actual regime cujo único contributo para esta vertente do diferendo parece ser o de reduzir a sua dimensão quantitativa, sem contudo o resolver.

Temos assim actualmente um acordo internacional que, não obstante se encontrar em vigor, constitui letra morta e uma Lei transitória que se limita a solucionar situações velhas de cinco anos, ignorando, pura e simplesmente, os cirurgiões dentistas formados e entrados em Portugal após 31.12.93 com o objectivo de aqui exercerem a sua actividade profissional. Ou seja, subsiste a indefinição do regime legal aplicável a estes profissionais, vicissitude que a Portaria 180-A/92 se propunha superar.

Por outro lado, tendo em atenção que estes requisitos temporais se encontram desenquadrados do processo negocial para o qual foram definidos e não lhes sendo reconhecida qualquer conexão com a ordem de razões que sustenta as reservas colocadas por Portugal à aplicação do Acordo Cultural, tão-pouco se alcança uma justificação objectiva para a sua actual inclusão como critério legal de integração dos cirurgiões dentistas.

Por todas estas razões, concluo que o regime em apreço não pode ser qualificado como um passo positivo para a resolução da problemática suscitada em torno do art.º XIV do Acordo Cultural. Diria mesmo que a presente Lei constitui um retrocesso relativamente às condições geradas pelo supra mencionado memorando de entendimento, também elas, lamentavelmente, desperdiçadas. Na verdade, não me parece cre-

dível que se possa atingir uma plataforma de acordo entre as partes, com vista à revisão daquele tratado internacional, sem que sejam prévia e efectivamente solucionadas as situações pendentes.

Assim, nos termos e pelos fundamentos que acima enunciei, com o objectivo de que sejam propiciadas as condições adequadas à célere revisão do Acordo Cultural luso brasileiro de 1966, ao abrigo do art.º 20.º, n.º 1, al. b), da Lei 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

à Assembleia da República que proceda à alteração do art.º 100.º da Lei 82/98, no sentido de instituir um regime transitório que regule a admissão à Ordem dos Médicos Dentistas dos cirurgiões dentistas formados em escolas superiores brasileiras e entrados em Portugal em data posterior a 31.12.93, até à revisão do mencionado acordo.

Recomendação sem resposta

A
Sua Excelência
o Ministro dos Negócios Estrangeiros

R - 2677/99
Rec. n.º 34/B/99
1999.11.11

Foi recebida neste Órgão de Estado um petição subscrita por um grupo de cirurgiões dentistas brasileiros, diplomados por escolas superiores do Brasil, onde era contestado o regime contido no art.º 100.º da Lei 82/98, de 10 de Setembro, diploma que alterou o estatuto da Associação Profissional dos Médicos Dentistas, aprovado pela Lei 110/91, de 29 de Agosto, constituindo-a como ordem profissional, em conexão com a questão do reconhecimento dos diplomas exarados por universidades brasileiras, ao abrigo do Acordo Cultural celebrado entre Portugal e o Brasil em 1966.

Alegam aqueles reclamantes que os pressupostos a que este regime submete os cirurgiões dentistas diplomados por escolas dentárias brasileiras contendem com o preceituado no art.º XIV, daquele Acordo Cultural, invocando que "sempre se entendeu em ambos os países que a equivalência de cursos e diplomas se faria automaticamente, por via administrativa, através da mera constatação de que tais documentos eram provenientes da autoridade legítima para os emitir".

O supra enunciado art.º 100.º estabeleceu os pressupostos de aplicação do regime transitório de integração dos cirurgiões dentistas na Ordem dos Médicos Dentistas

com vista ao exercício da sua actividade profissional no nosso país, circunscrevendo a sua aplicação aos profissionais "constantes da Portaria 180-A/92, de 4 Junho, e do memorando de entendimento de 9 de Fevereiro de 1994", desde que tivessem concluído o curso de odontologia até ao ano de 1993, entrado em Portugal até 31 de Dezembro do mesmo ano e estivessem inscritos ou possuíssem capacidade legal para inscrição no Conselho Federal de Odontologia (n.º 1). A atribuição do título de médico dentista a estes profissionais, assim como a sua inscrição na Ordem, depende da realização de um curso de formação sobre os aspectos éticos, deontológicos e legais em vigor em Portugal (n.º 2).

Embora a avaliação da eficácia do art.º 100.º da Lei 82/98 na resolução deste diferendo não seja o objectivo a que me proponho na missiva que ora endereço a Vossa Excelência, esta questão interliga-se de forma determinante na problemática originada pelo Acordo Cultural, razão pela qual me permito tecer algumas considerações sobre ela.

Sou de opinião que este regime não constitui uma resposta eficaz para a resolução da situação dos cirurgiões dentistas que em território nacional pretendem exercer a sua actividade profissional porque se limita a regulamentar os casos anteriores ao final do ano de 1993, de harmonia com o memorando de entendimento de 09.02.94, ignorando as situações surgidas após essa data.

O regime ora contestado constitui a mais recente tentativa legislativa de solucionar a dimensão mais controvertida da longa controvérsia que opõe Portugal e o Brasil a propósito do reconhecimento de diplomas e títulos profissionais brasileiros, matéria regulada pelo Acordo Cultural celebrado entre Portugal e o Brasil, em 7 de Setembro de 1966, aprovado pelo Decreto-Lei 47.863, de 26.08.67, ratificado por Portugal em 10 de Março de 1968 e pelo Brasil em 4 de Setembro de 1969, e em vigor desde esta última data.

Segundo o seu art.º XIV, "cada Parte Contratante reconhecerá, para efeito de exercício da profissão em seu território, os diplomas e títulos profissionais idóneos expedidos por institutos de ensino da outra Parte e desde que devidamente legalizados e emitidos em favor de nacionais de uma ou outra Parte, favorecendo em caso de inexistência ou diferença de curso, as necessárias adaptações para o mais próximo."

Um aspecto que não é despiciendo frisar é que este preceito incide sobre o reconhecimento de diplomas brasileiros, questão não coincidente com a nacionalidade

dos seus portadores, porquanto submete indiferenciadamente ao mesmo regime cidadãos portugueses e brasileiros, desde que detentores de formação escolar no Brasil.

Em devido tempo tive ocasião de expressar o meu entendimento relativamente a esta matéria, nomeadamente através da formulação de recomendações dirigidas a diversos organismos da Administração Pública. Refiro aqui, a título de exemplo, a minha recomendação n.º 127/A/95 onde, a propósito do art.º XIV do Acordo, mencionei que a idoneidade do título profissional brasileiro resulta tão só da sua concessão por entidades reconhecidas e habilitadas para licenciar naquele país o exercício da profissão em causa. Não é concedida a qualquer das partes a possibilidade de apreciar o mérito dos títulos profissionais concedidos por institutos de ensino da outra parte. Apenas há que reconhecer a validade dos títulos profissionais em causa, os quais caso estejam devidamente legalizados, valem em Portugal nos mesmos termos que valem no Brasil.

Há que admitir que o irrazoável desenrolar deste processo ao longo dos anos, por entre negociações e gestão de compromissos não poucas vezes objecto da atenção da comunicação social, desembocou numa complexa situação jurídica que somente a revisão do Acordo pode vir a resolver. Trata-se de uma tarefa que, reconheço, não se afigura fácil e que exige a conjugação de esforços e vontades dos órgãos titulares do poder político envolvidos.

Certamente que será um propósito temerário levar a bom porto o processo de revisão deste acordo internacional sem, antecipadamente, solucionar a situação dos profissionais que actualmente em Portugal são titulares de diplomas exarados por escolas superiores brasileiras. Sem prejuízo de outra ordem de factores em jogo, o processo de revisão do Acordo está enredado numa lógica circular, segundo a qual não é plausível que seja alcançado o consenso entre as partes porque não se resolvem as situações pendentes, e estas não se definem porque o Acordo não é cumprido nem revisto. A estreiteza do âmbito temporal do regime provisório contido na recente Lei 82/98, nos termos que acima referi, demonstra à saciedade os riscos para o processo negocial que decorrem da actual situação legal.

Neste sentido, recomendei à Assembleia da República que altere aquela Lei com o objectivo de instituir um regime que contemple formas de reconhecimento dos cirurgiões dentistas diplomados por escolas superiores do Brasil até à assinatura do desejado protocolo modificativo do Acordo Cultural, única forma de ultrapassar o impasse gerado.

Consensual é o reconhecimento de que a realidade universitária dos nossos di-

as pouco se assemelhar ao modelo centralizado e estadual que esteve na base da modalidade de reconhecimento normativo consagrada pelo art.º XIV do Acordo Cultural.

Também este aspecto está longe de constituir um facto novo no processo, como se comprova pelo preâmbulo da Portaria 180-A/92, que explicitava que "as alterações ocorridas desde 1966 nos sistemas de ensino e na regulamentação profissional complementar de ambos os países torna indispensável a revisão parcial do Acordo Cultural (...), designadamente nos artigos XIII a XVI".

Por outro lado, através do memorando de entendimento, de 09.02.94, os Ministros dos Estrangeiros de Portugal e do Brasil, após acordarem diversas medidas a adoptar para a resolução dos casos pendentes, com particular incidência para a situação dos cirurgiões dentistas, reconheceram a necessidade de ultimar rapidamente a revisão do Acordo Cultural (n.º 4), acordando que o respectivo protocolo modificativo conteria a nova redacção dos art.ºs XIII, XIV e XV deste tratado internacional.

Não obstante este acordo de princípio, é com enorme perplexidade que se assiste ao interminável arrastamento do processo de revisão do Acordo Cultural luso-brasileiro e ao perpetuar da inusitada situação jurídica gerada pela inaplicação deste Acordo internacional em vigor e, portanto, vinculativo para as partes que o subscreveram, de harmonia com as regras aplicáveis da Convenção de Viena sobre o Direitos dos Tratados entre os Estados, e que a reconhecida complexidade das negociações bilaterais não permitem por si só justificar.

Urge, pois, ultrapassar rapidamente este longo diferendo e proceder à revisão do Acordo Cultural em tempo útil, como já foi oficialmente reconhecido por ambos os países, nada podendo justificar o arrastamento desta questão por mais tempo para além daquele que for estritamente necessário para o regular desenvolvimento do processo negocial.

E Vossa Excelência, Senhor Ministro, não deixará de concordar que a resolução desta diferença entre Portugal e o Brasil, que tantos constrangimentos tem causado nas relações bilaterais, constituiria um auspicioso e digno contributo para a celebração dos quinhentos anos do descobrimento do Brasil.

Assim, nos termos e pelas razões que acima enunciei, ao abrigo do art.º 20.º, n.º 1, al. b), da Lei 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

a Vossa Excelência que sejam envidados todos os esforços diplomáticos necessários

para a revisão do Acordo Cultural entre Portugal e o Brasil, de 1966, nos termos acordados nos pontos 4 e 5 do memorando de entendimento entre o Ministro dos Negócios Estrangeiros de Portugal e o Ministro das Relações Exteriores do Brasil, assinado em 9 de Fevereiro de 1994.

Recomendação sem resposta

A
Sua Excelência
o Ministro da Justiça

R-4420/99
Rec. n.º 36/B/99
1999.12.22

Foi apresentada nesta Provedoria de Justiça uma reclamação relativa à configuração legal do prazo de propositura da acção de investigação de paternidade, previsto no art.º 1817º, n.º 4, do Código Civil, aplicável por remissão do art.º 1873 do mesmo diploma.

O reclamante entende que os prazos fixados na Lei para a propositura deste tipo de acção não se conformam com os princípios e regras ínsitos nos artigos 13º, n.º 2, 25º, n.º 1, 26º, n.º 1, e 36º, n.º 4, todos da Constituição. No caso concreto, o reclamante intentou uma acção de investigação de paternidade, apenas para produzir efeitos de natureza pessoal, não pretendendo obter por via dela, quaisquer direitos ou vantagens de natureza pessoal.

O prazo previsto no art.1817.º, n.º 4, do Código Civil, havia decorrido há muito aquando da propositura da acção pelo reclamante. Porém, entendeu o mesmo que aquele deveria ser preterido na medida em que a procedência da acção não contendia nem afectava as relações jurídicas patrimoniais de terceiros, efeitos a que expressamente pretendia renunciar.

Estabelece o art.º 1817º, n.º 4, do CC, aplicável por força do disposto no art.º 1873º do mesmo diploma, que a acção de investigação de paternidade, se o investigante for tratado como filho pelo pretenso pai, pode ser proposta dentro do prazo de um ano a contar da cessação daquele tratamento.

A questão não é nova e já foi analisada por diversas vezes pelo Tribunal Constitucional, designadamente nos Acórdãos 99/88, de 28.04.98, 413/89, de 31.05.89, 451/89, de 21.06.89, e 370/91, de 25.09.91.O Tribunal Constitucional sempre decidiu

que a aplicação às acções de investigação de paternidade, ex vi do art.º 1873º, do prazo estabelecido no n.º 4, do art.º 1817, não viola a Constituição.

Porém, o caso em apreço difere de alguma forma da matéria analisada pelo Tribunal Constitucional, na medida em que o que se pretende é apenas aferir da legitimidade constitucional do prazo (ou prazos) para a propositura das acções de investigação de paternidade, quando os efeitos pretendidos são de natureza estritamente pessoal, isto é, quando se não pretende obter por via judicial quaisquer direitos ou vantagens de natureza patrimonial. A doutrina e a jurisprudência nunca foram unânimes face a esta questão.

As Ordenações estabeleciam a caducidade dos direitos de crédito no prazo de 30 anos. O mesmo prazo era considerado para as acções de investigação de paternidade, afirmando todavia outros, como Simões Correia e Virgolino Carneiro, que o regime anterior ao Código de Seabra era o da imprescritibilidade.

O Código de 1966 modificou o regime português sobre o tempo de propositura de acções de investigação. A nova solução traduziu-se praticamente num encurtamento do prazo de proposição da acção.

Segundo o Prof. Antunes Varela, a principal razão que determinou, entre nós, a nova solução de 1966, foi " a consideração ético programática de combate à investigação como puro instrumento de caça à herança paterna."

Alguns países, como a Itália, a Espanha, a Áustria e os escandinavos, optaram pela imprescritibilidade relativamente às acções de investigação de paternidade. Isto por entenderem que a procura do vínculo omisso do ascendente biológico é um valor que prevalece sobre quaisquer outros relativos ao pretenso progenitor.

Expostas as considerações gerais, cumpre dizer que dos artigos 25º e 26º da Constituição, extrai-se um verdadeiro direito fundamental ao conhecimento e reconhecimento da paternidade.

Segundo o Prof. Guilherme de Oliveira, o sentido do direito à identidade pessoal, traduz-se na garantia da identificação de cada pessoa, como indivíduo, singular e irredutível, abrangendo seguramente, além do direito ao nome, um direito à "historicidade pessoal". O direito à "historicidade pessoal" consigna o direito ao conhecimento da identidade dos progenitores.

Nestes termos se pronunciou também o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 99/88, de 28/04/88, considerando inquestionável que os artigos 25º e 26º da Constitui-

ção impõem a mesma conclusão. "De facto", como reza este acórdão, "a "paternidade" representa uma referência essencial da pessoa (de cada pessoa), enquanto suporte extrínseco da sua mesma "individualidade" (quer ao nível biológico, e aí, absolutamente infungível, quer ao nível social), e elemento ou condição determinante da própria capacidade de auto-identificação de cada um como "indivíduo" ... e sendo assim, não se vê como possa deixar de pensar-se o direito a conhecer e ver reconhecido o pai - o direito de conhecer e "pertencer ao pai cujo é" ... como uma das dimensões dos direitos constitucionais referidos, em especial do direito à identidade pessoal, ou uma das faculdades que nele vai implicada".

O conhecimento da ascendência verdadeira é um aspecto relevante da personalidade individual e uma condição de gozo pleno daqueles direitos fundamentais. Nisto, residirá afinal a motivação profunda da legitimidade que as leis conferem ao filho para investigar a sua maternidade/paternidade, e daí que a evolução do direito da filiação tem sido pela prevalência do critério biologista da paternidade.

O direito português não foi alheio a esta evolução. E, tendo em consideração o art.º 36º, n.º 4 da CRP, que abolia a distinção legal entre filhos legítimos e ilegítimos, reformulou-se profundamente todo o título do Código Civil, relativo à filiação e em particular ao regime nele consagrado para o estabelecimento da filiação quanto ao pai.

Não obstante tudo isto, não se eliminou com a revisão do Código Civil de 1977 a regra da caducidade do direito de acção de investigação da paternidade, nem se eliminaram, em especial, os prazos estabelecidos, para essa acção, ex vi, do art.º 1873, do prazo do n.º 4 do art.º 1817º do CC.

Como já disse acima, segundo informação abalizada, a principal razão que determinou a limitação do prazo para a instauração das acções de investigação de paternidade, foi o "combate à acção da determinação legal do pai, como puro instrumento de caça à herança paterna, quando o pai fosse rico." A verdade é que o decurso do prazo cala a revelação da progenitura e a relevância jurídica do parentesco, ainda que nenhuma herança exista ou se pretenda.

A jurisprudência constitucional tem entendido que as normas ora em apreço devem ver-se não como "restrições" ao direito fundamental ao conhecimento e reconhecimento da paternidade, mas antes, como "condicionamentos" a que tem de obedecer o seu exercício.

Com o devido respeito pela douta jurisprudência constitucional, e refira-se mais uma vez que no caso concreto não está em causa a apreciação da constitucionali-

dade dos artigos supracitados, não posso concordar qua tale com tal afirmação.

Conforme o voto de vencido do Conselheiro Luís Nunes de Almeida, no citado acórdão 99/88, entendo que o art.º 1817º, n.º 4, sendo vivo o investigado, não é simplesmente condicionante mas restritivo do direito à identidade pessoal. É que, em muitos casos a cessação do tratamento será fundamentada em motivos ocasionais, que, no domínio das relações familiares, têm normalmente tendência a resolver-se com o mero decurso do tempo.

A mera instauração da acção de investigação, no tipo de situações acima mencionadas, teria provavelmente como efeito impedir que o investigado voltasse a ter com o investigante o tipo de relação que com ele tivera anteriormente. O curto prazo de um ano a contar da data da cessação do tratamento como filho, pelo pretenso pai, obriga o investigante a obter por via litigiosa, o que provavelmente conseguiria obter por comum acordo. Consequentemente o direito à identidade pessoal seria efectivamente restringido na medida em que afecta a possibilidade do investigante ver reconhecida a paternidade biológica.

A este propósito, refira-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de Novembro de 1989, do qual, aliás, fui relator. Entendi, e comigo o STJ, que "a norma do artigo 1817, n.º 4, é inconstitucional, por violar o disposto no art.º 26º, n.º 1 da CRP, que consagra o direito à identidade pessoal, conjugado com o art.º 25º, n.º 1, da Lei Fundamental, referente à garantia da integridade moral, na medida em que não exceptua da sua previsão a cessação do tratamento por parte do investigado quando este ainda está vivo, durante mais de um ano a partir daquele evento". Acrescentou-se, ainda, por fim, que aquela violação se verifica "por não terem sido respeitados os limites impostos pelo princípio de adequação e proporcionalidade", inscritos no art.º 18º, n.º 2 e 3 da CRP.

Os defensores da limitação do prazo para a instauração da acção judicial de reconhecimento da paternidade baseiam-se no facto de, face ao direito do filho, se perfilarem outros interesses, ou direitos, igualmente merecedores de tutela jurídica, a saber, o interesse do pretenso progenitor em não ver indefinidamente ou excessivamente protelada uma situação de incerteza e em não ter que contestar a respectiva acção quando a prova se haja tornado demasiado aleatória, um interesse da mesma ordem por parte dos herdeiros do investigado, e com redobrada justificação no tocante à área da prova e às dificuldades eventuais da contraprova com que podem vir a confrontar-se, a paz e a

harmonia conjugal do pretenso pai, e a situação de incerteza que este pretenso progenitor suportaria.

Estes argumentos são obviamente refutáveis. Não se diga que as investigações demasiadamente proteladas conduzem à dificuldade da prova suportada pelo pretenso progenitor. Tal posição é pouco convincente no que respeita à investigação da paternidade. Sempre se poderá dizer que, se a prova se vai tornando mais difícil com o decorrer do tempo, é o próprio investigante retardatário que mais suporta essa desvantagem, e não parece curial limitar-lhe o direito de investigar para lhe garantir o êxito da prova.

Relativamente ao argumento da onerosa incerteza para o suposto progenitor, a imprescritibilidade experimentada a partir de 1865, no contexto do direito italiano, cuja evolução foi parecida com a nossa até certa altura, não gerou inconvenientes.

Consagrando a CRP, no art.º 36º, n.º 4 que os filhos nascidos do casamento e os fora dele, se encontram em idêntica situação, é manifesto que o regime legal consagrado no art.º1817 n.º 4, do CC, constitui uma restrição ao exercício daquele direito fundamental, e uma discriminação relativamente às pessoas em tais condições.

Face à sociedade de hoje, em que o conceito de família/casamento, se tem vindo a alterar radicalmente, parece-me verdadeiramente "desadaptado" ou mesmo preconceituoso o argumento de que o regime legal em análise "decorre, pela própria natureza das coisas do reconhecimento constitucional e legal do casamento (do casamento formalmente celebrado) como instituição social e jurídica".

A reforma introduzida no CC, pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, adaptando o referido Código ao preceito constitucional (36º, n.º 4), pretendeu não só terminar com toda a discriminação entre filhos legítimos e ilegítimos como também, terminar com tais adjectivações, passando a haver, unicamente filhos "tout court", pelo que não se compreende nem se aceita que os direitos dos filhos nascidos fora do casamento não sejam os mesmos dos nascidos dentro dele. Não se entende ainda por que motivo o bem estar social e conjugal do pretenso progenitor deve prevalecer sobre a descoberta da verdade biológica.

Parece-nos que o dever de assumir a responsabilidade pelos actos cometidos, constitui sim, um princípio louvável, intrínseco a todos os indivíduos e por cuja vivência em sociedade se deve pautar.

Face ao exposto, não posso concordar com a opção do legislador, no sentido de que a norma do art.º 1817, n.º 4, assegura um equilíbrio de interesses entre as partes.

Não podemos ignorar, e como tal voltamos a sublinhar, que a principal razão

de ser da limitação do prazo para as acções de investigação de paternidade é a tutela de interesses patrimoniais do pretenso progenitor e de terceiros. Além do Prof. Antunes Varela, utiliza esta justificação o já citado acórdão 99/88 do Tribunal Constitucional, ao escrever que "De resto, não será descabido lembrar, no contexto do que vem sendo referido, que a investigação da paternidade não se destina a tutelar apenas um interesse "moral" do investigado, mas também um seu interesse "patrimonial"(....).Tais interesses (patrimonial), não raro sobrelevam aquele outro, chegando a adquirir (em especial quando a acção é proposta após a morte do investigado) uma importância quase exclusiva, assim melhor se poderá compreender o equilíbrio que a solução legislativa representa"

Embora concorde que na acção de investigação de paternidade a tutela do interesse patrimonial do investigante é mais que legítima, não vendo por que razão os seus direitos nesta matéria devam ser distintos de quaisquer outros herdeiros, a verdade é que nem todos os filhos de pais incógnitos têm por fim a obtenção de um herança.

Escreveu sobre este assunto o Prof. Moitinho de Almeida um texto que revela que na maior parte das vezes o que o investigante pretende não são bens patrimoniais, mas tão só alguma dignidade social e moral: "...Continuam a existir filhos de pai incógnito, porque não se ousou permitir que os filhos que, mercê das circunstâncias várias entre as quais avulta a ignorância, já deixaram passar o prazo para investigarem a sua paternidade, pudessem ainda fazê-lo, embora sem efeitos sucessórios. O que sobretudo lhes interessa, não é qualquer herança, na maior parte dos casos inexistente, mas sim a atribuição de um pai conhecido para se poderem apresentar perante as repartições públicas, onde têm de declinar a sua filiação, sem exibirem o ferrete da sua inferioridade de filhos de pai incógnito."

Tendo presentes todos os valores em conflito, julgo que a solução menos lesiva para todos é a previsão de prazo de caducidade exclusivamente para os efeitos patrimoniais, na generalidade dos casos.

Noto ainda que, embora de ocorrência menos frequente, nada permite prever solução diversa para os casos de investigação de maternidade.

Face ao exposto e às razões aludidas, nos termos do art.º 20.º, n.º 1, b), da Lei 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

a alteração da legislação no sentido de,

1. a par da existência de prazo para propositura de acções com fins patrimoniais, ser consagrada a imprescritibilidade para a propositura das acções de investigação de paternidade/maternidade, desde que os efeitos pretendidos sejam de natureza meramente pessoal;
2. ser modificado o n.º 4 do art.º 1817.º, de maneira a nunca excluir a possibilidade de investigação de paternidade/maternidade com fundamento na posse de estado enquanto for vivo o pretenso progenitor.

Recomendação sem resposta

A
Sua Excelência
o Ministro da Justiça

R-4528/99
Rec. n.º 40/B/99
1999.12.22

Informo Vossa Excelência que nesta data solicitei ao Tribunal Constitucional, na sequência de queixas recebidas ao abrigo do art.º 23.º da Constituição e da jurisprudência deste Tribunal em sede de fiscalização concreta, a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral das normas previstas no art.º 25.º, 2, c), do decreto–Lei 244/98, de 8 de Agosto, por violação do art.º 30.º, n.º 4, da Constituição e dos arts.º 101.º, n.º 1, a), b) e c), e n.º 2, 125.º, n.º 2, do mesmo decreto–Lei, do art.º 97.º do Código Penal, e do art.º 34.º, n.º 1, do Decreto-Lei 15/93, de 22 de Janeiro, na parte em que permitem a expulsão de cidadãos estrangeiros que tenham a seu cargo filhos menores de nacionalidade portuguesa, por violação conjugada dos art.ºs 33.º, n.º 1, e 36.º, n.º 6, da Constituição. Junto cópia do pedido para melhor elucidação de Vossa Excelência.

A situação parece-me clara, devendo, aliás, o Estado português prestar uma atenção especial aos problemas causados pela aplicação de uma pena de expulsão, não só pelo facto de a grande maioria dos expulsos nesta situação ser nacional de países lusófonos, como também a sensibilidade particular que um país tradicional de emigração deve ter, como os casos de repatriamento ocorridos nos últimos anos de cidadãos de origem açoriana expulsos dos Estados Unidos da América ou do Canadá aí estão para demonstrar.

Mesmo não tendo em conta as questões de direito constitucional que se levantam, sempre se dirá ser pouco ajustado à perspectiva humanista e universalista do nosso quadro de direitos fundamentais a aplicação da pena de expulsão quando dela resulte a desinserção de uma pessoa do meio em que tem estabilizada a sua vida social, familiar e profissional com a deportação para um país que, apesar de ser o da sua nacionalidade, nenhuma possibilidade de inserção lhe pode proporcionar. A título de exemplo, junto remeto um quadro que me foi entregue por reclusos actualmente no Estabelecimento Prisional do Linhó e que podem ilustrar a situação.

Embora esteja confiante no Tribunal Constitucional e na sua decisão, uma alteração legislativa, embora não surtindo os mesmos efeitos, designadamente para casos passados, teria a virtualidade de ser possivelmente mais célere, impedindo a verificação de outros tantos dramas humanos manifestamente não queridos pela Lei Fundamental.

Deste modo, atendendo aos valores em presença,

Recomendo

a) seja revogado o art.º 25.º, 2, c), do decreto–Lei 244/98, de 8 de Agosto;

b) seja aditada uma norma ao decreto–Lei 244/98, de 8 de Agosto, prevendo a impossibilidade de ser aplicada ou executada pena de expulsão, designadamente nos casos previstos nos arts.º 101.º, n.º 1, a), b) e c), e n.º 2, e 125.º, n.º 2, quando os arguidos tiverem a seu cargo filhos menores de nacionalidade portuguesa, desde que essa menoridade seja actual no momento previsível de execução da pena.

c) a introdução de ressalva semelhante ao regime do art.º 97.º do Código Penal e do artigo 34.º, n.º 1, do Decreto-Lei 15/93, de 22 de Janeiro.

Recomendação sem resposta

2.6.2. Pedidos de fiscalização da constitucionalidade

Ao
Meritíssimo Conselheiro
Presidente do Tribunal Constitucional

R-2945/91
1999.09.02

O Provedor de Justiça, no uso da sua competência prevista no art.º 281.º, n.º 2, al. d) da Constituição da República Portuguesa, vem requerer ao Tribunal Constitucional a fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade da normas contida no art.º 22.º, em conjugação com a do art.º 21, do Regulamento da Carteira Profissional dos Empregados de Banca nos 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, por violação do art. 55.º n.º 1, n.º 2, alínea b) e n.º 4 da Constituição da República Portuguesa, e, consequencialmente, das demais normas dos capítulos III e IV do mesmo Regulamento, na parte em que prevêem a intervenção de uma organização sindical no processo de concessão de título profissional obrigatório.

1.º O Regulamento da Carteira Profissional dos Empregados de Banca nos Casinos define um conjunto de regras aplicáveis às profissões dos empregados de banca nos casinos (cfr. art.º 2.º do Regulamento).

2.º Os capítulos III e IV do Regulamento dizem respeito respectivamente às regras relativas aos exames para pagador de banca nos casinos e à atribuição da carteira profissional.

3.º De acordo com o art.º 22.º do Regulamento "A carteira profissional de modelo a aprovar pelo Instituto Nacional do Trabalho e Previdência, será passada pelo Sindicato Nacional dos Empregados da Banca nos Casinos", carteira essa que é obrigatória para o exercício da profissão, de acordo com o art.º 21.º

4.º Este poder sindical em matéria de atribuição de carteiras profissionais decorria do disposto no parágrafo 1.º do art.º 3.º do Decreto-Lei n.º 29.931 de 15.09.39, que estipulava que "as carteiras profissionais são passadas pelos sindicatos nacionais e visadas pelo Instituto Nacional do Trabalho e Previdência (...)".

5.º De facto, no contexto jurídico-político existente à data e no quadro da Constituição de 1933, os sindicatos eram figuras de direito público, sendo portanto compreensível que os mesmos dispusessem de prerrogativas de autoridade como as de passar carteiras profissionais.

6.º No entanto, o Acórdão n.º 91/85 desse Tribunal, proferido no processo n.º 4/84, considerando que "a norma do art.º 3.º e § 1.º do DL n.º 29.931, de 15.09.39, viola os princípios da liberdade sindical e da independência consagrados no art.º 56.º, n.º 1, 2, al. b) e 4 da CRP, ao impor que o pedido de passagem de carteiras profissionais seja feito obrigatoriamente aos sindicatos pelos trabalhadores, sejam ou não sindicalizados, e também ao impor aos sindicatos o encargo de as passar e entregar, "decidiu declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade material do § 1.º do art.º 3.º do DL n.º 29.931, de 15/09/39, por violação do n.º 1, 2, al. b) e 4 do art.º 56.º da CRP."

7.º Assim mesmo foi o citado art.º 3.º e § 1.º do DL n.º 29.931 de 15.09.39 expressamente revogado pelo disposto no art.º 9.º do DL n.º 358/84 de 13/11.

8.º Todavia, a verdade é que o Regulamento da Carteira Profissional dos Empregados de Banca nos Casinos continua em vigor, por força do disposto no art.º 8.º n.º 1 do DL n.º 358/84 de 13.11, que estipula que "os regulamentos de carteiras profissionais aprovados, ao abrigo do DL n.º 29.931, de 15.09.39, mantêm-se em vigor até que sejam revogados ou substituídos, nos termos do n.º 1 do art.º 2.º."

9.º Razão pela qual, embora a passagem de carteiras profissionais ao abrigo de regulamentos mantidos em vigor, seja feita pelos serviços competentes do Ministério do Trabalho e Segurança Social, o respectivo sindicato continua a deter um conjunto de competências instrumentais à da passagem de carteiras profissionais, atentatórias, também elas, da liberdade sindical.

10.º Na verdade, todo o processo concludente à obtenção da carteira profissional se mostra desde o início dominado pela intervenção do Sindicato, desde a decisão de realizar os exames (condição indispensável para o ingresso na profissão) e seu anúncio (art.º 9.º), a entrega da documentação por parte dos candidatos (art.º 11) e ainda, aspecto que é particularmente grave, a intervenção do Sindicato na composição do respectivo júri de exame (art.º 15.º).

11.º De facto, conforme resulta do art.º 15.º do Regulamento, o presidente da Direcção do Sindicato Nacional dos Empregados de Banca nos Casinos é vogal dos júris de exame.

12.º Igualmente bizarro face aos valores constitucionais parece o normativo do art.º 14.º do citado Regulamento, já que dispõe que, na apreciação das provas o júri terá em consideração, para os candidatos que tenham frequentado o curso de preparação orientado por um representante do sindicato, a informação dos respectivos instrutores sobre o seu aproveitamento.

13.º Ora, 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.º 23.º excluir a obrigatoriedade da inscrição no sindicato, sendo certo que o plano dos factos pode nem sempre acompanhar o do Direito.

14.º Como decidiu o douto acórdão desse Tribunal n.º 272/86, no Processo n.º 247/85 (DR – I série, n.º 215 de 18.09.86), relativamente à emissão pelo sindicato respectivo das cadernetas de registo da prática das farmácias, "existe o perigo real de a competência para a emissão das cadernetas de registo da prática ser mal gerida e de os sindicatos se valerem dela para – recusando a sua passagem aos não filiados ou simplesmente levantando-lhes especiais obstáculos – forçarem ou sugerirem a sindicalização aos auxiliares de farmacêutico que de tais cadernetas necessitarem para o exercício da sua actividade profissional. "

15.º Estas considerações valem *mutatis mutandis* para o caso em apreço já que todas estas competências do sindicato, relativamente ao exame necessário para ingresso nas profissões de empregados de banca, instrumentais à passagem da caderneta profissional (cfr. art.º 3.º do Regulamento), podem funcionar como instrumento de pressão junto dos trabalhadores, com vista à sua sindicalização, nomeadamente criando especiais obstáculos a não sindicalizados na admissão a exames, apreciação dos mesmos, justificação de faltas, etc.

16.º Ou até favorecendo sindicalizados na frequência de cursos de preparação orientados pelo sindicato, relativamente aos quais a informação final dos instrutores sobre aproveitamento é tida em consideração na apreciação das provas pelo júri.

17.º Encontra-se, assim, em crise o princípio da liberdade sindical previsto no art.º 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).

18.º Como se decidiu no Acórdão n.º 445/93 (DR, I Série – A, n.º 189 de

13.08.93) "A liberdade de inscrição no sindicato comporta tanto uma dimensão positiva, que reconhece ao trabalhador o direito de se filiar ou inscrever no sindicato que o possa representar, sem dependência de um acto de admissão discricionário por parte daquele, como uma dimensão negativa, que garante o direito de não inscrição sindical e o direito de abandonar o sindicato a todo o tempo no caso de tal inscrição existir."

19.º E conforme se referiu igualmente no Acórdão n.º 91/85 – Proc. n.º 4 /84 (DR I Série – n.º 163 – 18.07.85) "como foi posto em destaque pelo Tribunal Constitucional Espanhol na sentença n.º 69/82, de 22.11, (o direito de livre sindicalização) é uma regra que há que interpretar de um modo extensivo, de maneira que se compreendam nela tanto as obrigações directas como as obrigações indirectas, e tanto as genuínas obrigações de sindicalização como as medidas de pressão que se possam opor ao desfrute da liberdade."

20.º O art.º 56.º, n.º 4, da CRP consagra, por sua vez, o princípio da independência das associações sindicais em face do Estado, referindo que "As associações sindicais são independentes do patronato, do Estado, das confissões religiosas, dos partidos e outras associações políticas ...".

21.º Ora, no caso em apreço, ao impor-se, por via regulamentar, ao sindicato, o exercício de toda uma actividade processual e administrativa em favor de trabalhadores, que não precisam sequer de ser seus associados (cfr. art.º 23.º do Regulamento), está-se a violar a liberdade de acção das associações sindicais e também o princípio da independência, acolhido pelo n.º 4 do citado art.º 56.º da CRP.

22.º Com efeito, na linha da jurisprudência do Tribunal Constitucional supra mencionada, dada a natureza privada dos sindicatos, concebidos como associações profissionais livremente constituídas para defesa dos direitos e interesses dos trabalhadores que representam, não pode a Lei atribuir aos sindicatos poderes de autoridade como sejam, no caso, os de realizar exames indispensáveis para ingresso nas profissões dos empregados de banca.

23.º É que, conforme decidiu esse Tribunal no Acórdão n.º 445/93 (publicado no DR n.º 189 de 13.08.93), aplicado ao caso vertente com as devidas adaptações, essas competências "implicam a atribuição do exercício de verdadeiros poderes ou prerrogativas de autoridade, manifestamente contrários e estranhos àqueles que são próprios dos sindicatos e se inscrevem no âmbito das suas específicas finalidades."

24.º Não se irá aprofundar aqui a questão de saber se os sindicatos podem par-

ticipar, ainda que de forma limitada, no exercício de funções públicas, hipótese, aliás já consentida pela CRP (cfr. art.º 57.º da CRP) porquanto o que está aqui em causa é a natureza obrigatória, imposta por decisão unilateral, dessas tarefas atribuídas ao sindicato.

25.º Isto é, em conclusão, entendo que não é compatível com o princípio da independência sindical, consagrado no n.º 4 do art.º 56.º da CRP, a atribuição forçada do exercício de funções públicas aos sindicatos, tal como acontece no caso em apreço.

26.º Sendo inconstitucional a norma do art.º 22.º em conjugação com a do art.º 21, serão consequentemente inconstitucionais todas as normas dos capítulos III e IV do referido Regulamento que supõem a intervenção do sindicato no processo de concessão da carteira profissional, designadamente as dos art.ºs 8.º, n.ºs 2 e 3, 9.º, n.ºs 1, 2 e 3, 11.º, n.º 1, 14.º, b), 15.º, n.º 1, 17.º, 24.º, n.º 3, 25.º, n.º 2, 26.º, n.º 1, 27.º, 29.º, n.º 1, 31.º, 32.º, 34.º, 35.º, 36.º e 37.º.

Termos em que se requer que seja declarada a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma contida no art.º 22.º em conjugação com a do art.º 21.º, do Regulamento da Carteira Profissional dos Empregados de Banca nos Casinos, aprovado em 27 de Julho de 1973, e consequencialmente de todas as normas contidas nos seus capítulos III e IV que as pressuponham, designadamente as acima identificadas, por violação do art.º 55.º n.º 1, n.º 2 al. b) e n.º 4 da Constituição.

Ao
Meritíssimo Conselheiro
Presidente do Tribunal Constitucional

R-276/95
1999.05.19

O Provedor de Justiça, no uso da sua competência prevista no artigo 281.º, n.º 2, alínea d) da Constituição da República Portuguesa, vem requerer ao Tribunal Constitucional a fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade das normas contidas nos artigos 127.º, n.º1, do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares e 105.º, n.º 1, do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas. Entende o Provedor de Justiça que esses dispositivos violam o preceito constante do artigo 52.º, n.º 1, conjugado com o artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, da Lei Fundamental, pelas razões adiante aduzidas.

1.º O Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (Código do IRS), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442-A/88, de 30 de Novembro e subsequentes alterações, prescreve, no seu art.º 127.º, n.º 1, que "as petições relativas a actos susceptíveis de produzirem rendimentos sujeitos a este imposto não poderão ter seguimento ou ser atendidas perante qualquer autoridade, repartição pública ou pessoa colectiva de utilidade pública sem que o respectivo sujeito passivo faça prova da apresentação da última declaração de rendimentos a que estiver obrigado ou de que não está sujeito ao cumprimento dessa obrigação".

2.º Refere, por seu turno, o art.º 105.º, n.º 1 do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (Código do IRC), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442-B/88, de 30 de Novembro e subsequentes alterações, que "as petições relativas a rendimentos sujeitos a IRC ou relacionadas com o exercício de actividades comerciais, industriais ou agrícolas por sujeitos passivos desse imposto não poderão ter seguimento ou ser atendidas perante qualquer autoridade, repartição pública ou pessoa colectiva de utilidade pública sem que seja feita prova da apresentação da declaração a que se refere o artigo 96.º, cujo prazo de apresentação já tenha decorrido, ou de que não há lugar ao cumprimento dessa obrigação".

3.º Os dispositivos acima identificados ferem, como adiante se demonstrará, o direito constitucional de petição, consagrado no art.º 52.º, n.º 1 da Lei Fundamental.

Assim,

4.º O diploma legal - Lei n.º 43/90, de 10 de Agosto, alterada pela Lei n.º 6/93, de 1 de Março - que precisamente regula o exercício daquele direito, com excepção do que é desenvolvido perante os tribunais (art.º 1.º, n.º 1), e do que é regulado por legislação especial (art.º 1.º, n.º 2), define petição como a "apresentação de um pedido ou de uma proposta a um órgão de soberania ou a qualquer autoridade pública no sentido de que tome, adopte ou proponha determinadas medidas" (art.º 2.º, n.º 1).

5.º Refira-se que a legislação em apreço confere igualmente o direito de petição às pessoas colectivas legalmente constituídas (cfr. art.º 4.º, n.º 4 da Lei n.º 43/90).

6.º Em anotação ao art.º 52.º do texto constitucional, adiantam J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, que "o conteúdo do direito de petição tem uma vertente negativa e outra positiva. Por um lado, o Estado e as entidades públicas não podem impedir que se façam petições (...). Por outro lado - e é este o aspecto positivo -, o direito de petição obriga as autoridades públicas, pelo menos, a receber e, porventura, a examinar e

a responder às petições em prazo razoável (...)" (in "Constituição da República Portuguesa Anotada", 3ª edição revista, 1993, pg. 279 e sublinhado nosso). A Lei Constitucional 1/97 integrou no âmbito deste direito o direito de o cidadão ser informado, em prazo razoável, sobre o resultado da respectiva apreciação.

7.º 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 - cfr. art.º 17.º da Constituição.

8.º As normas objecto do presente requerimento e constantes dos arts.º 127.º, n.º 1 e 105.º, n.º 1 respectivamente dos Códigos do IRS e do IRC, consubstanciam elas próprias verdadeiras restrições ao direito constitucional de petição.

9.º Há que apurar então se as restrições em causa respeitam ou não os requisitos cumulativos a que obrigatoriamente se encontram sujeitas para poderem ser aceites no âmbito do regime específico dos direitos, liberdades e garantias, e que J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira enunciam da seguinte forma: "a) que a restrição esteja expressamente admitida (ou, eventualmente, imposta) pela Constituição, ela mesma (...); b) que a restrição vise salvaguardar outro direito ou interesse constitucionalmente protegido (...); c) que a restrição seja exigida por essa salvaguarda, seja apta para o efeito e se limite à medida necessária para alcançar esse objectivo (...); d) que a restrição não aniquile o direito em causa atingindo o conteúdo essencial do respectivo preceito (...)". Acrescentam, ainda, que "a Lei deve revestir carácter geral e abstracto (...)", que "não pode ter efeito retroactivo (...)", e que "a Lei deve ser uma Lei da AR ou, quando muito, um Decreto-Lei autorizado (...)" (ob. cit., pgs. 148 e 149).

10.º Como adiante se verá, as restrições não preenchem, no caso vertente, nenhum dos pressupostos materiais de que a Constituição faz depender a respectiva admissibilidade, consignados no art.º 18.º, n.ºs 2 e 3 da Lei Fundamental.

Deste modo,

11.º Os preceitos constantes dos arts.º 127.º do Código do IRS e 105.º do Código do IRC destinam-se tão somente a fiscalizar o pagamento do imposto respectivo e o cumprimento de outras obrigações fiscais, enquadrando-se, de resto, no capítulo de cada uma das legislações dedicado à fiscalização do cumprimento dos tributos nelas previstos e às obrigações acessórias das entidades públicas naquele domínio.

12.º Ou seja, as restrições consubstanciadas nas mencionadas disposições têm como único e exclusivo propósito conferir ao Estado um meio adicional de fiscalização

do cumprimento ou incumprimento de uma determinada obrigação ou de um conjunto de obrigações fiscais.

13.º Adiantam Gomes Canotilho e Vital Moreira que "as leis restritivas estão teleologicamente vinculadas à salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos, ficando vedado ao legislador justificar restrição de direitos, liberdades e garantias por eventual colisão com outros direitos ou bens tutelados apenas a nível infraconstitucional" (ob. cit., pg. 151). Ora, o objectivo em causa, mencionado no número anterior, não tem previsão constitucional expressa nem visa salvaguardar um outro direito ou interesse constitucionalmente protegido.

14.º E não se diga que a orientação do legislador teve em mente garantir com maior eficácia a prossecução de políticas conferidas ao Estado, ou melhor, a satisfação de necessidades públicas para promoção de outros direitos fundamentais como o direito ao ensino ou à protecção da saúde, ou que visou pura e simplesmente uma concretização do direito à igualdade, encetando um mecanismo que permitisse mais facilmente denunciar os cidadãos que se eximem de um dever que a todos vincula. Conforme adiantam os autores citados, ob. cit., pg. 151, "nem todos os interesses constitucionalmente garantidos são adequados, sobretudo quando se trate de cláusulas demasiado vagas para suportarem qualquer confronto consistente com os direitos, liberdades e garantias".

15.º De resto, e mesmo que por mera hipótese se desenhasse um qualquer interesse constitucional relevante justificativo das restrições em apreço, sempre se diria que as mesmas não respeitariam o denominado princípio da proporcionalidade, desdobrado por Gomes Canotilho e Vital Moreira em "três subprincípios: a) princípio da adequação, isto é, as medidas restritivas legalmente previstas devem revelar-se como meio adequado para a prossecução dos fins visados pela Lei (...); b) princípio da exigibilidade, ou seja, as medidas restritivas previstas na Lei devem revelar-se necessárias (tornaram-se exigíveis), porque os fins visados pela Lei não podiam ser obtidos por outros meios menos onerosos para os direitos, liberdades e garantias; c) princípio da proporcionalidade em sentido restrito, que significa que os meios legais restritivos e os fins obtidos devem situar-se numa "justa medida", impedindo-se a adopção de medidas legais restritivas desproporcionadas, excessivas, em relação aos fins obtidos" (ob. cit., pg. 152).

16.º A prova de que a solução consagrada nos normativos em análise não representa o único meio e muito menos o meio adequado para a prossecução do fim visa-

do pelo legislador está na alteração e revogação de um conjunto de normas do Código de Processo Civil de idêntico teor, designadamente os arts.º 280.º, 281.º, 282.º, 467.º, n.º 3 e 551.º, na sequência da revisão levada a efeito pelo Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro.

17.º Com a alteração dos mencionados normativos deixou de condicionar-se o normal prosseguimento da instância, a obtenção de uma decisão de mérito ou a utilização de uma prova documental à prévia demonstração do cumprimento de certas obrigações fiscais, como acontecia até 1996, limitando-se agora o tribunal a comunicar à administração fiscal a infracção eventualmente detectada, sem que o andamento da instância ou o uso de meios probatórios resultem assim prejudicados.

18.º A mesma solução poderia ter sido dada às situações a que respeitam as disposições constantes dos arts.º 127.º, n.º 1 do Código do IRS e 105.º, n.º 1 do Código do IRC.

19.º A modificação operada na Lei processual civil acabou por libertar as disposições envolvidas no objectivo de fiscalização da observância de preceitos fiscais em sede judicial e nos moldes em que se encontrava definida de uma ameaça de inconstitucionalidade por violação do direito de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efectiva, como actualmente lhe chama o art.º 20.º do texto constitucional.

20.º Se por um lado as normas objecto do presente requerimento terão igualmente beneficiado da alteração verificada no que toca às petições a apresentar perante os órgãos jurisdicionais, tendo designadamente em atenção o que o Código de Processo Civil dispõe hoje de forma inequívoca no respectivo art.º 280.º, as revogações registadas e o carácter subsidiário da legislação, a verdade é que os arts.º 127.º do Código do IRS e 105.º do Código do IRC, excluída a petição perante os tribunais, se revelam violadores de um outro direito fundamental - precisamente o direito de petição perante os restantes órgãos de soberania ou quaisquer autoridades, consignado no art.º 52.º, n.º 1 da Lei Fundamental - com estatuto de direito, liberdade e garantia e submetido ao regime constitucional específico atrás identificado.

21.º Com a orientação ainda 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 fé do cumprimento das respectivas obrigações fiscais.

22.º Resulta do acima exposto que as restrições ao direito constitucional de petição impostas pelas normas constantes dos arts.º 127.º, n.º 1 do Código do IRS e 105.º, n.º 1 do Código do IRC não respeitam os requisitos materiais de que o regime constitucional dos direitos, liberdades e garantias faz depender a respectiva admissibilidade - cfr. designadamente o art.º 18.º, n.ºs 2 e 3 da Lei Fundamental.

23.º Tais normativos mostram-se, desta feita, inconstitucionais por violação do direito de petição, com consagração no art.º 52.º, n.º 1 da Constituição.

24.º Como afirmou o Prof. Doutor Jorge Miranda num Colóquio Parlamentar sobre o tema, "o direito de petição (...) é ao mesmo tempo uma liberdade. Tem um conteúdo de liberdade e um conteúdo de direito a prestação. Liberdade no sentido de ninguém ser impedido de apresentar petições, liberdade também no sentido de ser quem quer apresentar a petição a definir o seu conteúdo, a definir a sua finalidade, a definir o seu objecto, a definir o órgão ao qual quer dirigir a petição. Direito a prestação no sentido de, pelo menos, o peticionante ter direito a que a sua petição seja recebida, seja examinada e venha a ter uma resposta" (in "O Direito de Petição- Colóquio Parlamentar", Assembleia da República, Comissão de Petições, 1995, pg. 54).

Nestes termos, requer-se ao Tribunal Constitucional que declare a inconstitucionalidade com força obrigatória geral das normas contidas nos artigos 127.º, n.º 1, do Código do IRS e 105.º, n.º 1, do Código do IRC, por violação do preceito constante do artigo 52.º, n.º 1, conjugado com o artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, da Constituição da República Portuguesa.

A
Sua Excelência
o Conselheiro Presidente do Tribunal Constitucional

R-3158/97
1999.04.24

O Provedor de Justiça, no exercício do poder que lhe é conferido pelo artigo 281.º, n.º 2, alínea d), da Constituição, reproduzido pelo artigo 20.º, n.º 3, do seu Estatuto, aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, requer ao Tribunal Constitucional, em cumprimento do disposto no artigo 51.º, n.º 1, da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, a apreciação e declaração com força obrigatória geral da inconstitucionalidade da norma contida no artigo 490.º, n.º 3, do Código das Sociedades Comerciais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de Setembro, por entender violar a mesma os artigos 18.º, n.º 2, e 62.º, n.º 1, da Constituição, nos termos e com os fundamentos seguintes:

I
O Objecto do Pedido

1.º O Código das Sociedades Comerciais (CSC), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de Setembro, dedica o seu Título VI às sociedades coligadas, nestas incluindo as sociedades em relação de grupo [artigo 482.º, alínea d), do CSC].

2.º Ao estabelecer a regulação das sociedades em grupo, o CSC prevê um regime específico de aquisições tendentes ao domínio total, nos casos em que uma sociedade, por si ou juntamente com outras sociedades que dela sejam dependentes ou com ela estejam em relação de grupo, ou com pessoas titulares de acções por conta de qualquer dessas sociedades, disponha de quotas ou acções correspondentes a, pelo menos, 90% do capital de outra sociedade (artigo 490.º, n.º 1).

3.º A sociedade que disponha de quotas ou acções correspondentes a, pelo menos, 90% do capital de outra sociedade, deve comunicar o facto a esta nos 30 dias seguintes àquele em que for atingida a referida participação (artigo 490.º, n.º 1, do CSC), podendo fazer uma oferta de aquisição das participações dos restantes sócios nos seis meses seguintes à comunicação, mediante uma contrapartida em dinheiro ou nas suas próprias quotas, acções ou obrigações, justificada por relatório elaborado por revisor oficial de contas independente das sociedades interessadas, que será depositado no registo e patenteado aos interessados nas sedes das duas sociedades (artigo 490.º, n.º 2).

4.º A sociedade dominante pode tornar-se titular das quotas ou acções pertencentes aos sócios livres da sociedade dependente, se assim o declarar na proposta e, nos 60 dias seguintes, fizer lavrar escritura pública em que seja declarada a aquisição por ela das suas participações, a qual está sujeita a registo e publicação (artigo 490.º, n.º 3).

5.º Se a sociedade dominante não fizer oportunamente a oferta permitida pelo artigo 490.º, n.º 2, do CSC, cada sócio ou accionista livre pode, em qualquer altura, exigir por escrito que a sociedade dominante lhe faça, em prazo não inferior a 30 dias, oferta de aquisição das suas quotas ou acções, mediante contrapartida em dinheiro, quotas ou acções das sociedades dominantes (artigo 490.º, n.º 5).

II
A Restrição do Direito de Propriedade Privada

6.º A Constituição garante, através do seu artigo 62.º, n.º 1, o direito de propri-

edade privada, estabelecendo que "a todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão por vida ou por morte, nos termos da Constituição".

7.º 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.

8.º Como refere ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, "em sentido técnico-jurídico, "propriedade" designa o direito real cuja regulamentação consta, em grande parte, dos artigos 1302.º e seguintes do Código Civil. Em sentido amplo, o mesmo termo traduz os diversos direitos de conteúdo patrimonial, sendo manifesto, hoje em dia que os mais significativos não têm sequer, natureza real" [A Constituição Patrimonial Privada, in JORGE MIRANDA (Org.), Estudos Sobre a Constituição, III, Lisboa, 1979, pp. 365 e ss. (370-371)].

9.º Assim, "o conceito de propriedade jurídico-constitucional abrange, além da "proprietas rerum" e dos direitos reais limitados, a propriedade intelectual, os direitos de invenção, os direitos de autor, os direitos sobre as marcas e modelos, os direitos de crédito, a universalidade das coisas e direitos inerentes ao direito de estabelecimento, os direitos sociais como, por exemplo, as acções e ainda as posições jurídicas profissionais" (FERNANDO ALVES CORREIA, As garantias do particular na expropriação por utilidade pública, Coimbra, 1982, p. 44).

10.º Tem sido este também o entendimento da nossa jurisprudência constitucional, para quem o direito de propriedade privada protege, para além da propriedade stricto sensu, o conjunto dos restantes direitos patrimoniais [cfr., por todos, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 257/92, de 13 de Julho de 1992, in Acórdãos, 22.º vol., pp. 741 e ss. (753)].

11.º Pode considerar-se, pois, que as participações sociais, enquanto conjunto das obrigações e direitos dos sócios e suas quotas-parte no capital social das sociedades comerciais, se compreendem no âmbito de protecção normativa do direito de propriedade privada, consagrado pelo artigo 62.º da Constituição.

12.º 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.

13.º A Constituição encara a propriedade também como "um espaço de autonomia pessoal, isto é, como um instrumento necessário para a realização de projectos de

vida livremente traçados, responsavelmente cumpridos, e que não podem nem devem ser interrompidos ou impossibilitados por opressivas ingerências externas - venham elas do Estado, venham elas da sociedade" (MARIA LÚCIA AMARAL PINTO CORREIA, Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador, Coimbra, 1998, p. 546).

14.º Nessa medida, enquanto espaço de liberdade e autonomia perante o Estado, ao direito de propriedade privada é unanimemente reconhecida, pela doutrina e pela jurisprudência constitucional, natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias (cfr., por todos, respectivamente, JORGE MIRANDA, Manual de Direito Constitucional, IV, 2.ª ed., Coimbra, 1993, pp. 143 e 466, e Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 236/86, de 9 de Junho de 1986, in Acórdãos, 8.º vol., pp. 135 e ss.).

15.º O direito de propriedade privada gozará então, nos termos do artigo 17.º da Constituição, do regime dos direitos, liberdades e garantias.

16.º Nessa medida, as restrições ao direito de propriedade privada têm de respeitar os requisitos definidos pelo artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, da Constituição: além de previsão expressa na Constituição, terão de limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, e não poderão diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial do direito fundamental em causa, devendo ainda revestir a forma de Lei com carácter geral e abstracto e sem efeito retroactivo.

17.º O direito de aquisição tendente ao domínio total previsto pelo artigo 490.º do CSC destina-se a permitir o reforço ou consolidação dos grupos societários, possibilitando a realização da integração económico-social entre as sociedades num grau mais elevado ou de forma mais vantajosa que outras formas de relação de grupo, como o contrato de subordinação, e sem implicar a fusão das sociedades (cfr. J.A. ENGRÁCIA ANTUNES, Os grupos de sociedades - Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária, Coimbra, 1993, pp. 706 e ss.).

18.º Comparando a técnica do grupo por domínio total com a técnica da fusão, J.A. ENGRÁCIA ANTUNES faz notar que a relação de grupo por domínio total se caracteriza pela manutenção da personalidade jurídica da sociedade dominada, e que apresenta vantagens de relevo relativamente à fusão, "mormente comerciais (v.g. conservação do aviamento ou "good will" da empresa dominada, que assim poderá manter a sua individualidade comercial, a sua firma, as suas relações comerciais, fornecedores e clientes próprios, etc.), organizativas (v.g., as empresas agrupadas continuam a poder dispor do seu aparato de gestão próprio), económicas (v.g., a superior maleabilidade da

técnica do grupo em face da da fusão, já que esta não permite às sociedades concentradas voltar atrás no caminho escolhido, ao passo que na primeira as sociedades envolvidas poderão facilmente retomar a sua autonomia originária nos termos do art. 489.º, n.º 4, c)), fiscais (v.g., ao contrário do grupo, a fusão está sujeita a tributação em imposto de sisa) e até jurídicas (ao contrário do grupo, a fusão está sujeita a um regime jurídico-concorrencial apertado, não podendo por esta via uma empresa expandir para além de certos limites - cfr. art. 1.º, n.º 1 do DL 428/88, de 19.11)" (Os grupos ..., p. 707).

19.º Assim, o objectivo fundamental do direito de aquisição previsto pelo artigo 490.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais é permitir ou facilitar à sociedade dominante a prossecução do seu projecto de agrupamento (J.A. ENGRÁCIA ANTUNES, Os grupos ..., p. 730). Trata-se, nas palavras de RAÚL VENTURA, de "permitir que a sociedade siga a sua vida sem os potenciais conflitos entre tão larga maioria e tão fraca minoria, designadamente que os interesses específicos desta minoria não se oponham à conjugação de interesses entre a sociedade dominante e a sociedade dependente" (Estudos vários sobre sociedades anónimas - Comentário ao Código das Sociedades Comerciais, Coimbra, 1992, p. 168).

20.º O reforço ou consolidação dos grupos societários, através da constituição de grupos por domínio total, insere-se no âmbito de protecção da liberdade de empresa, que por sua vez se contém na liberdade de iniciativa económica privada, garantida pelo artigo 61.º da Constituição.

21.º Com efeito, consistindo a liberdade de iniciativa económica privada no direito em "tomar todas as iniciativas que sejam conformes ao ordenamento (a Constituição e a Lei) para produzir bens e serviços" (ANTÓNIO SOUSA FRANCO/GUILHERME D'OLIVEIRA MARTINS, A Constituição económica portuguesa - Ensaio interpretativo, Coimbra, 1993, p. 196), ela inclui a liberdade de actuação das empresas, tanto individuais como colectivas, o que, por sua vez, nos leva a dar relevância à constituição de grupos de sociedades por domínio total como um dos meios de prossecução dos fins das empresas que revistam forma societária.

22.º Desta forma, a liberdade económica privada surge como o valor constitucionalmente relevante em que o legislador se terá suportado para estabelecer o direito à aquisição forçada de participações sociais nos casos em que a sociedade dominante detenha mais de 90% da sociedade dominada.

23.º A admissibilidade constitucional da restrição ao direito de propriedade

privada que esta possibilidade de aquisição forçada de participações sociais representa depende da observância do princípio da proporcionalidade, nas suas três vertentes: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito ou "justa medida".

24.º Em relação à primeira das vertentes do princípio da proporcionalidade mencionadas - a adequação ou idoneidade -, terá de averiguar-se se a detenção da totalidade do capital social da sociedade dominada conferirá à sociedade dominante um âmbito de decisão mais amplo ou mais flexível do que aquele de que se encontrava dotada ao dispor de quotas ou acções correspondentes a uma maioria superior a 90% do capital social da sociedade primeiro referida.

25.º Assim, nos termos do artigo 265.º do CSC, as deliberações de alteração do contrato de sociedade por quotas podem ser tomadas por maioria de três quartos dos votos, mas o próprio contrato pode exigir um número superior de votos (n.º 1), ou pode condicionar a alteração ao voto favorável de um determinado sócio (n.º 2).

26.º Também para a dissolução da sociedade por quotas o artigo 270.º, n.º 1, do CSC estabelece que a deliberação deve ser tomada por maioria de três quartos dos votos correspondentes ao capital social, a não ser que o contrato exija maioria mais elevada ou outros requisitos.

27.º Por sua vez, no âmbito das sociedades anónimas, a deliberação de dissolução da sociedade tem de contar, em regra, com uma maioria de dois terços dos votos emitidos (artigo 386.º, n.º 3, ex vi do artigo 464.º, n.º 1, do CSC), se o contrato não exigir uma maioria mais elevada ou outros requisitos (artigo 464.º, n.º 1, in fine).

28.º Por último, refira-se que a atribuição de efeito retroactivo às alterações do contrato de sociedade, nas relações entre sócios, só pode ser deliberada por unanimidade, nos termos do artigo 86.º, n.º 1, do CSC.

29.º Não são, pois, numerosos os casos em que o CSC determina ou possibilita que a tomada de deliberações sociais seja condicionada à obtenção de uma maioria de votos correspondente a mais de 90% ou à totalidade do capital social.

30.º Da detenção superveniente da totalidade do capital social de uma sociedade, decorre, necessariamente, a extinção da posição dos sócios minoritários, deixando de ser exercidos por estes os direitos que lhes estavam conferidos enquanto sócios: o direito aos lucros, o direito a participar nas deliberações sociais, o direito à informação, e o direito à designação para os órgãos de administração e fiscalização da sociedade, nos termos da Lei e do contrato (artigo 21.º do CSC).

31.º Não se ignora que o exercício, por um sócio ou sócios minoritários, dos

seus direitos sociais, em especial do direito à informação e do direito à participação nas deliberações sociais, pode criar dificuldades ao funcionamento da sociedade, sobretudo se o exercício desses direitos for orientado com essa finalidade.

32.º Pode mesmo dizer-se que a existência de sócios minoritários, mesmo que estes se limitem a exercer de forma leal os seus direitos, pode mostrar-se inconveniente para a sociedade maioritária, que terá de desvendar a sua estratégia societária, podendo ter que fornecer informação que preferiria manter sigilosa, e poderá ver contestadas as suas opções relativas à gestão da sociedade nas reuniões dos órgãos sociais, bem como poderá dificultar a tomada das deliberações sociais, obrigando à convocação de assembleias gerais em detrimento da deliberação em assembleias universais nos termos do artigo 54.º do CSC.

33.º Não parece, no entanto, que o reforço dos grupos societários enquanto valor constitucionalmente relevante para operar a restrição do direito de propriedade privada dos sócios minoritários contemple a mera inconveniência - para a sociedade maioritária - do exercício por estes dos seus direitos sociais.

34.º Ou o exercício, pelos sócios minoritários, dos seus direitos, se faz em termos contrários ao princípio geral da boa fé, o que pode levar à sua exclusão, inclusive judicial (cfr. artigo 242.º do CSC, para as sociedades por quotas, solução esta estendida pela doutrina às sociedades anónimas), ou esse exercício se faz dentro dos limites admitidos pelo ordenamento jurídico para o exercício de direitos, não havendo justificação para permitir a uma das partes forçar a saída da outra ou outras partes da sociedade.

35.º Em face do exposto, pode ter-se como adequada ao reforço dos grupos societários a possibilidade de aquisição forçada de participações sociais dos sócios minoritários, pela sociedade maioritária, na medida em que alarga o âmbito de decisão desta na prossecução do seu projecto societário, mas já não enquanto meio de remover os obstáculos ou inconvenientes para esse projecto que o mero exercício pelos sócios minoritários dos seus direitos sociais, em especial do direito à informação e do direito à participação nas deliberações sociais, poderiam causar.

36.º Note-se que, na apreciação atrás realizada da adequação ou idoneidade da aquisição forçada de participações sociais, não se pretendeu aferir do grau de intensidade na obtenção do resultado desejado, mas tão-só determinar se a medida em questão traduzia uma aproximação (ainda que reduzida) ao fim pretendido, pois é nesse âmbito que opera o princípio da proporcionalidade, na sua vertente adequação [neste sentido,

cfr. VITALINO CANAS, Proporcionalidade (Princípio da), Dicionário Jurídico da Administração Pública, Vol. VI, Lisboa, 1994, pp. 623-624].

37.º Se a adequação da possibilidade de aquisição forçada das participações sociais dos sócios minoritários prevista pelo artigo 490.º do CSC pode ser admitida, nos termos expostos, já a sua necessidade para o reforço dos grupos societários se mostra duvidosa.

38.º Com efeito, o reforço dos grupos societários é um objectivo que pode ser atingido por diversos meios, não passando necessariamente pelo domínio total da sociedade. A relação de grupo pode estabelecer-se, no direito português, por duas outras formas: o contrato de grupo paritário (artigo 492.º do CSC) e o contrato de subordinação (artigos 493.º e ss.). No primeiro caso, duas ou mais sociedades aceitam submeter-se a uma direcção unitária e comum; no segundo, uma sociedade subordina a gestão da sua actividade à direcção de uma outra sociedade.

39.º Ora, qualquer das modalidades contratuais apontadas, sendo apta para a formação de grupos societários, e consequentemente, para a definição coordenada e execução controlada dos projectos empresariais assim corporizados, não compele os sócios minoritários, ao contrário da aquisição tendente ao domínio total, à venda forçada das suas participações sociais.

40.º Assim, a celebração de contrato de grupo paritário ou de contrato de subordinação representam formas de constituição de grupos societários menos restritivas do direito de propriedade privada dos sócios minoritários quando estes detenham, no seu conjunto, menos de 10% do capital social, pois mantêm a qualidade de sócios, o que não sucede no caso dos grupos constituídos por domínio total.

41.º A esta conclusão poderia, contudo, contrapor-se que, se é verdade que através da celebração de contratos de grupo paritário ou de contratos de subordinação se podem constituir grupos societários, os grupos assim constituídos, embora mantendo uma direcção e gestão unitárias, não são tão coesos como aqueles constituídos por domínio total, atentos os casos - acima referidos - em que as deliberações sociais só podem ser tomadas por unanimidade.

42.º Valorando-se a diferença do âmbito do domínio conferido aos grupos constituídos por domínio total, poder-se-ia sustentar que a aquisição tendente ao domínio total prevista pelo artigo 490.º do CSC constituiria um meio mais adequado ao reforço dos grupos societários que a constituição de relações de grupo através de contratos de grupo paritário ou de contratos de subordinação.

43.º Não é, contudo, líquido, que a eficácia em medida idêntica deva relevar para a determinação da necessidade de uma medida restritiva, impondo que só possam, neste âmbito, ser comparadas medidas restritivas com igual grau de eficácia.

44.º Como refere VITALINO CANAS - que não toma, no entanto, posição definitiva quanto a esta questão -, "contra isto alega-se que a posição [de considerar necessária uma medida restritiva quando as alternativas são menos eficazes] é excessivamente rígida, uma vez que redundaria, na prática, na irrelevância, não aplicação ou inutilidade da máxima da necessidade, já que a medida mais gravosa ou mais lesiva tem normalmente maior eficácia na prossecução das finalidades à partida seleccionadas. Importaria, por isso, não sacrificar demasiado a necessidade à idoneidade, bastando que a acção menos lesiva tivesse alguma aptidão para ser eficaz para poder substituir a medida que, não obstante mais eficaz, se repute mais lesiva" (Proporcionalidade ..., pp. 626-627).

45.º Neste caso concreto, julga-se que o aumento de eficiência trazido pela medida restritiva corporizada pelo artigo 490.º do CSC não tem expressão suficiente para afastar a possibilidade da sua substituição pelas demais formas de criação de grupos societários.

46.º O resultado pode não ser alcançado de forma tão eficiente como através do mecanismo previsto pelo artigo 490.º do CSC, mas é alcançado de modo suficientemente eficaz para permitir a direcção unitária pressuposta pela relação de grupo, pelo que a aquisição do domínio total, enquanto medida mais restritiva que a celebração de contratos de subordinação ou de contratos de grupo paritário, não se mostra necessária para o reforço dos grupos societários.

47.º Resta a terceira vertente do princípio da proporcionalidade, a proporcionalidade em sentido estrito ou "justa medida", e quanto a esta nenhuma dúvida, julga-se, pode subsistir: a medida legislativa contida no artigo 490.º do CSC não se mostra admissível no quadro da ponderação dos bens ou valores implicados.

48.º Com efeito, é manifesta a desproporção entre o benefício auferido pela sociedade dominante e a desvantagem suportada pelos sócios minoritários. Enquanto à sociedade maioritária é permitida a aquisição da totalidade do capital social, por forma a poder tomar, por si só, o reduzido número de decisões que obrigam à aquiescência unânime dos sócios, os sócios minoritários têm de suportar, sem nada poderem obstar, a extinção do seu direito de propriedade relativamente à participação no capital social da

sociedade dominada.

49.º A privação dos títulos ou quotas dos sócios minoritários, com a consequente perda da qualidade de sócio e dos inerentes direitos, por simples vontade da sociedade dominante, para facilitar a prossecução do projecto societário desta, não se mostra um sacrifício aceitável ou tolerável à luz de parâmetros materiais constitucionalmente relevantes: é muito mais gravosa para os sócios minoritários a perda forçada e absoluta dos seus direitos sobre o capital social do que a eventual dificuldade em atingir a unanimidade nas deliberações sociais para a sociedade maioritária.

50.º Com efeito, os sócios minoritários perdem todos seus direitos sociais, de forma inelutável, em exclusivo benefício da sociedade maioritária, através de uma verdadeira "expropriação por utilidade particular" (J. LABAREDA, Das acções das sociedades anónimas, Lisboa, 1988, p. 276), para que esta possa ver facilitada a prossecução de determinado projecto societário que, se se poderia ver de outro forma dificultado, não ficaria impossibilitado, podendo ser desenvolvido por outras formas, provavelmente menos eficazes, convenientes ou oportunas para a sociedade maioritária.

51.º Note-se, aliás, que a possibilidade conferida pela norma em causa é incondicionada, não se exigindo a prova de quaisquer circunstâncias que, em concreto, permitam esta conduta ablativa da propriedade.

52.º A esta ponderação não pode obstar que, "no aspecto técnico, o instituto é, como a exclusão e a amortização, um sucedâneo da dissolução total da sociedade. Dispondo de tão grande maioria na sociedade dependente, a sociedade dominante poderia dissolver aquela e liquidá-la, recebendo os sócios minoritários o valor correspondente às suas quotas ou acções. Avessa à dissolução total, que desperdiça o valor económico da sociedade, a Lei também neste caso se inclina para uma dissolução parcial, atenuada, como nos outros referidos casos, pela aquisição da participação, mediante o valor que dessa dissolução resultaria. Não se trata, no nosso caso, de retirar aos sócios minoritários um bem para dele fazer beneficiar os sócios maioritários, mas sim de permitir que a sociedade siga a sua vida sem os potenciais conflitos entre tão larga maioria e tão fraca minoria, designadamente que os interesses específicos desta minoria não se oponham à conjugação de interesses entre a sociedade dominante e a sociedade dependente" (RAÚL VENTURA, Estudos ..., p. 168).

53.º Julga-se não se poder considerar a situação em apreço um sucedâneo da dissolução total. É que, com a dissolução total, não se verificariam as vantagens decorrentes da manutenção da personalidade jurídica da sociedade dominada - acima referi-

das a propósito da comparação com a técnica da fusão -, pelo que essa manutenção (da personalidade jurídica) através da aquisição do domínio total acarreta um conjunto de benefícios que vai ser usufruído exclusivamente pela sociedade dominante, em detrimento dos sócios minoritários, a quem foram retirados os seus direitos sociais, nomeadamente, o direito ao lucro.

54.º Como refere RAÚL VENTURA, a dissolução total desperdiça o valor económico da sociedade, pelo que a manutenção da sua personalidade jurídica deve ser considerada vantajosa. Não se vê, então, porque é que essa vantagem não há-de beneficiar também os sócios minoritários, podendo ficar reservada à sociedade maioritária, por exclusiva vontade desta.

55.º Enquanto a sociedade existir, as vantagens decorrentes da sua actividade (desde logo, os lucros) deverão beneficiar todos os sócios, maioritários ou minoritários. Se a sociedade maioritária entender mais conveniente para os seus interesses dissolver a sociedade e eventualmente, criar, por si só, uma nova - na medida em que o artigo 488.º do CSC o permita -, com idêntico objecto, terá de sopesar as vantagens e desvantagens que dessa decisão decorrem. Terá de avaliar se a perda do valor económico da anterior sociedade é compensada pelo domínio total da nova sociedade. E, em muitos casos, chegará à conclusão que lhe seria mais vantajoso coabitar com os sócios minoritários, sem que tal acarrete alterações significativas para o seu projecto societário.

56.º Se a Lei, no entanto, permitir à sociedade maioritária uma forma expedita e unilateral de forçar a saída dos sócios minoritários, como faz através do artigo 490.º do CSC, aquela não terá de fazer qualquer avaliação de custos e benefícios nos termos referidos, podendo reservar para si, em exclusivo, o citado "valor económico" da sociedade dominada. E é nessa medida que se considera excessivo o benefício conferido à sociedade maioritária, perante a dimensão do sacrifício imposto aos sócios minoritários.

57.º E não se diga que o direito potestativo de aquisição pela sociedade maioritária das participações dos sócios minoritários é a contrapartida necessária do direito destes de impor àquela a aquisição dos suas participações sociais, previsto pelo artigo 490.º, n.º 5, do CSC, pelo que, com acarretando um o desaparecimento do outro, a situação dos sócios minoritários ficaria mais desprotegida, dado não poderem impor à sociedade maioritária a aquisição das suas participações.

58.º Com efeito, para além da especificidade da posição dos sócios minoritários, que suscita uma maior protecção por parte do ordenamento jurídico, verifica-se que,

no caso vertente, é muito mais fácil à sociedade maioritária determinar a sua participação no capital social por forma a que não ultrapasse os 90%, do que aos sócios minoritários impedir que a sociedade maioritária adquira tal posição.

59.º Além disso, nada permite sustentar que haja qualquer nexo normativo necessário entre as soluções contidos nos n.ºs 3 e 5 do artigo 490.º do CSC, que implique que uma não possa subsistir sem a outra. Caso venha a cessar a vigência do artigo 490.º, n.º 3, do CSC, caberá ao legislador decidir se esse facto justifica a supressão do mecanismo previsto no artigo 490.º, n.º 5, existindo, como já se referiu, justificação para a sua manutenção. De qualquer forma, trata-se de questão alheia ao objecto do presente pedido de fiscalização da constitucionalidade.

60.º Assim, pode concluir-se que o direito potestativo da sociedade maioritária de se tornar titular das acções ou quotas detidas pelos sócios minoritários, nos termos definidos pelo artigo 490.º do CSC, viola o princípio da proporcionalidade, na sua vertente proporcionalidade em sentido estrito e, nesse medida, mostra-se desconforme com o artigo 18.º, n.º 2, da Constituição.

Termos em que se requer a declaração com força obrigatória geral da inconstitucionalidade das normas constantes do artigo 490.º, n.º 3, do Código das Sociedades Comerciais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de Setembro, para os efeitos previstos no artigo 282.º, n.º 1, da Constituição, porquanto viola os artigos 18.º, n.º 2, e 62.º, n.º 1, da Constituição.

Ao
Meritíssimo Conselheiro
Presidente do Tribunal Constitucional

R-1872/99
1999.07.23

O Provedor de Justiça, no uso da sua competência prevista no art.º 281.º, n.º 2, d), da Constituição da República Portuguesa, vem requerer ao Tribunal Constitucional a fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade da norma contida no artigo 5º do Decreto-Lei n.º 547/74 de 22 de Outubro. Entende o Provedor de Justiça que esta norma viola os artigos 18.º, n.º 2, e 62º da Constituição, pelas razões adiante aduzidas.

1.º O Decreto-Lei n.º 547/74 de 22 de Outubro estabeleceu o regime aplicável aos casos de arrendamento rural em que as terras foram dadas de arrendamento no esta-

do de incultas ou em mato e se tornaram produtivas mediante o trabalho e investimento do rendeiro.

2º O art.º 5º, n.º 1, deste diploma dispõe que "O rendeiro tem o direito de remir o contrato, tornando-se dono da terra pelo pagamento do preço que for fixado pela comissão arbitral".

3º O n.º 2 refere que "este preço será determinado pelo valor potencial da terra, excluídas as benfeitorias, tendo em conta o estado em que se encontra a terra no início do contrato."

4º O art.º 48º da Lei n.º 76/77 de 29 de Setembro veio estipular que a competência atribuída às comissões arbitrais nos artigos 5º, 7º e 8º do Decreto-Lei n.º 547/74 de 22 de Outubro passava a caber ao tribunal da comarca da residência do arrendatário, revogando o art.º 3º do Decreto-Lei n.º 547/74 de 22/10.

5º Previu ainda que o Governo, no prazo máximo de 6 meses, deveria proceder à revisão do Decreto-Lei n.º 547/74, revisão que não veio a acontecer, mantendo-se o diploma inalterado.

6º Deste modo, não existe dúvida de que a Lei n.º 76/77 não revogou na totalidade o Decreto-Lei 547/74, mas apenas o seu art.º 3º.

7º A Lei n.º 76/79 de 3/12 procedeu à revisão da Lei do Arrendamento Rural (Lei 76/77) não procedendo a qualquer alteração do seu art.º 48º.

8º Assim, mantendo esta norma em vigor, o legislador de 1979 em nada afectou a vigência do Decreto-Lei n.º 547/74.

9º Por sua vez, o art.º 40º do Decreto-Lei n.º 385/88, procedeu à revogação da Lei n.º 76/77, de 29 de Setembro e da Lei n.º 76/79, de 3 de Dezembro, não procedendo de forma expressa nesta norma revogatória à revogação do Decreto-Lei n.º 547/74.

10º E sendo o Decreto-Lei n.º 547/74 de 22 de Outubro uma Lei especial relativa a um tipo especifico de arrendamento (contratos que tiveram por objecto as terras dadas de arrendamento incultas ou em mato), não podia a mesma ser revogada de forma implícita pelo Decreto-Lei n.º 385/88, de 25 de Outubro, Lei disciplinadora das relações de arrendamento rural de modo genérico.

11º Igualmente me parece ser de excluir, conforme se refere no Acórdão da Relação de Évora de 14.01.93 (Col. Jur. XVIII, 1, 263), a hipótese de o referido Decreto-Lei se ter extinguido por caducidade, quer "porque continuam a existir casos para sua aplicação", quer porque não se tratava de um diploma com prazo de vigência.

12º Assim, os contratos de arrendamento de terrenos incultos para serem desbravados e cultivados, celebrados ao abrigo do disposto no Decreto-Lei n.º 547/74 de 22/10, continuam a reger-se pelo regime jurídico contido neste diploma legal – cfr. Ac. da Relação de Évora cit.

13º De acordo com o texto do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 547/74, este diploma destinava-se a obstar que os proprietários das terras se apoderassem das benfeitorias feitas pelos seus rendeiros e os despejassem destas terras em "violação dos princípios elementares de justiça social."

14º Conforme se refere ainda nesse texto do preâmbulo "Esta situação, que está em manifesta oposição com os princípios do programa do Governo Provisório, tem de cessar imediatamente, o que se leva a efeito através do presente diploma, que não só atribui ao rendeiro o direito às benfeitorias, como cria as condições para, à semelhança dos aforamentos, se poderem extinguir os contratos existentes, através da consolidação, na pessoa do rendeiro, do direito da propriedade do solo, mediante remição."

15º Conforme refere Menezes Cordeiro (Direitos Reais, Lisboa 1979, reimpr. 1993) o Decreto-Lei n.º 547/74, de 22 de Outubro, veio criar um novo direito real que se aproxima da superfície no que toca à propriedade sobre as benfeitorias e também à enfiteuse, pela faculdade de remição.

16º Citando o mesmo autor, "Temos aqui uma situação em que os beneficiários são titulares de um direito real complexo que, partindo do direito do arrendatário rural, compreende também uma propriedade sobre benfeitorias, um direito real de aquisição e, eventualmente, um direito real de garantia."

17º Entendo que este direito de remição do rendeiro viola a garantia constitucional de propriedade privada prevista no art.º 62º da CRP.

18º De facto, o art.º 62º da CRP prevê o direito à propriedade privada e estipula que apenas podem existir limitações a este direito por requisição e expropriação por utilidade pública com base na Lei e mediante o pagamento de justa indemnização.

19º De acordo com Gomes Canotilho e Vital Moreira (Constituição da República Portuguesa Anotada, 3ª edição, Coimbra, pg. 335) o conceito de utilidade pública traduz-se "no acto através do qual a autoridade competente atesta o interesse público da obra ou trabalho legitimador do sacrifício de bens ou direitos patrimoniais dos particulares."

20º E referem ainda os autores citados (loc. cit., pg. 335) que "utilidade pública não significa necessariamente utilidade em benefício do interesse de entidades públicas,

podendo tratar-se de utilidade pública para fins privados ("utilidade pública desportiva", "utilidade pública turística")", mas avisam, "este alargamento de utilidade pública deverá estar sujeito a requisitos especiais, sob pena da expropriação se transformar numa forma de ablação de bens particulares a favor de particulares."

21º Ora, estou em crer que o direito de remição do rendeiro previsto no diploma em análise, de se tornar dono da terra, independentemente da vontade do proprietário da mesma, constitui de facto uma ablação de um direito de um particular a favor de outro particular, não encontrando qualquer utilidade pública que o justifique.

22º É que nas situações supra mencionadas de utilidade pública desportiva ou turística, embora não isentas de dúvidas, como os próprios autores reconhecem, ainda pode encontrar-se uma finalidade pública no acto expropriatório já que existe utilização dos bens/terras por parte do público em geral que daí retira benefícios, os quais podem ser considerados como de relevante interesse público.

23º Já 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.

24º Ora, quer uma quer outra destas finalidades são alcançadas com outras medidas legais já preconizadas neste diploma, tais como o regime de propriedade das benfeitorias (cfr. art.º 2º do Decreto-Lei n.º 547/74 de 22 de Outubro) ou a limitação dos casos de cessação do contrato (cfr. art.º 4º do mesmo diploma).

25º 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 (cfr. art.º 17º da CRP).

26º 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.

27º Assim, a Lei apenas pode restringir o direito de propriedade" nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos" – cfr. art.º 18º, n.º 2, da CRP.

28º No presente caso a privação de um direito de propriedade contra a vontade do próprio revela-se desproporcionada face aos fins que se pretende obter sendo possí-

vel alcançar esse fim por outras vias.

29º Como referem Gomes Canotilho e Vital Moreira (na obra supra referida) "o princípio da proporcionalidade desdobra-se em três subprincípios (a) princípio da adequação, isto é, as medidas restritivas legalmente previstas devem revelar-se como meio adequado para a prossecução dos fins visados pela Lei, (b) princípio da exigibilidade, ou seja, as medidas restritivas previstas na Lei devem revelar-se necessárias, porque os fins visados pela Lei não podiam ser obtidos por outros meios menos onerosos para os direitos, liberdades e garantias, (c) princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que significa que os meios legais restritivos e os fins obtidos devem situar-se numa "justa medida", impedindo-se a adopção de medidas legais restritivas desproporcionadas, excessivas, em relação aos fins obtidos."

30º Nesta senda, entendo que o direito de remição do rendeiro viola quer o princípio da exigibilidade, quer o princípio da proporcionalidade em sentido estrito a que devem obedecer as restrições a direitos de natureza análoga a direitos fundamentais.

31º De facto, o fim visado pelo diploma em análise, como aliás já referi, podia ser obtido por outro meio menos oneroso para o direito do proprietário, revelando-se a ablação do direito de propriedade do dono da terra como uma medida desproporcionada, excessiva e injusta em relação aos fins obtidos.

Nestes termos solicito a V. Ex.a. a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, do art.º 5º do Decreto-Lei n.º 547/74 de 22 de Outubro, nos termos do art.º 281º, n.º 1, a), e n.º 2, d), da Constituição da República Portuguesa, por violação dos art.º 18.º, n.º 2, e 62.º da Lei Fundamental.

Ao
Meritíssimo Conselheiro
Presidente do Tribunal Constitucional

R-2249/93
1999.10.18

O Provedor de Justiça, no uso da sua competência prevista no artigo 281.º, n.º 2, alínea d), da Constituição da República Portuguesa, vem requerer ao Tribunal Constitucional a fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade dos preceitos contidos nos artigos 7.º, n.º 1, alíneas a), b), c), d), e), f), g) e h), n.º 2, alíneas a) e b), e 12.º, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 231/98, de 22 de Julho. Entende o Provedor de Justiça violar o dispositivo contido na alínea d) do n.º 1 do artigo 7.º

daquele diploma a norma constante do artigo 30.º, n.º 4, da Constituição, e todos os restantes dispositivos a norma contida no artigo 165.º, n.º 1, alínea b), da Lei Fundamental, pelas razões adiante aduzidas.

1.º O Decreto-Lei n.º 231/98, de 22 de Julho, regula o exercício da actividade de segurança privada e foi decretado pelo Governo ao abrigo do disposto na alínea a) do n.º 1 do art.º 198.º da Constituição, ou seja, no âmbito do exercício da sua competência legislativa em matéria não reservada à Assembleia da República.

I
Da inconstitucionalidade do art.º 7.º, n.º 1, alínea d), do Decreto-Lei n.º 231/98, de 22 de Julho:

2.º O n.º 1 do art.º 7.º do diploma prescreve um conjunto de requisitos gerais a preencher cumulativamente pelos administradores e gerentes de entidades que desenvolvem a actividade de segurança privada, pelos responsáveis dos serviços de autoprotecção e pelo pessoal de vigilância e de acompanhamento, defesa e protecção das pessoas, ou seja, pelo pessoal que exerce as funções enquadradas no âmbito da actividade definida pelo art.º 1.º, n.º 3 da legislação, definindo depois o n.º 2 do mesmo preceito, os requisitos específicos de admissão daquele pessoal de vigilância.

3.º A norma contida na alínea d) do n.º 1 do art.º 7.º do Decreto-Lei n.º 231/98 estabelece que as pessoas mencionados no artigo precedente não podem ter sido condenadas, com sentença transitada em julgado, pela prática de crime doloso.

4.º O dispositivo em apreço viola frontalmente a regra inscrita no art.º 30.º, n.º 4, da Lei Fundamental, segundo a qual "nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos".

5.º Em anotação precisamente ao preceito constitucional mencionado, esclarecem J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira (in "Constituição da República Portuguesa Anotada", 3ª edição revista, 1993, pg. 198) que "o que se pretende é proibir que à condenação em certas penas se acrescente de forma automática, mecanicamente, independentemente de decisão judicial, por efeito directo da Lei (...), uma outra "pena" daquela natureza. A teologia intrínseca da norma consiste em retirar às penas efeitos estigmatizantes, impossibilitadores da readaptação social do delinquente e impedir que, de forma mecânica, sem se atender aos princípios de culpa, da necessidade e da jurisdicionalidade, se decrete a morte civil, profissional ou política do cidadão (...)".

6.º Ora, o que o diploma em análise faz é precisamente estipular em sentido contrário à Constituição, estabelecendo automaticamente uma pena acessória à pena resultante da condenação por decisão judicial, atingindo desta feita o gozo de um direito fundamental, qual seja a liberdade de profissão.

7.º 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 segurança privada, mas não é de todo admissível a previsão mecânica que a Lei faz no 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.

8.º A norma constante da alínea d) do n.º 1 do art.º 7.º do Decreto-Lei n.º 231/98, de 22 de Julho, viola assim a regra com assento no art.º 30.º, n.º 4, da Constituição, padecendo de inconstitucionalidade material.

9.º Ao constituir uma restrição ao exercício da liberdade de acesso a profissão, valem as considerações abaixo feitas quanto à violação do art.º 165.º, n.º 1, b).

II
Da inconstitucionalidade do art.º 7.º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 231/98, de 22 de Julho:

10.º Um dos requisitos mencionados no número 2.º deste requerimento reporta-se à cidadania e obriga a que a pessoa incluída no corpo do n.º 1 do art.º 7.º seja "cidadão português, de um Estado membro da União Europeia ou do espaço económico europeu, ou, em condições de reciprocidade, de país de língua oficial portuguesa" [alínea a)].

11.º Assim sendo, tal disposição inviabiliza o acesso aos cargos aí referidos, por exemplo a cidadãos estrangeiros que não se encontrem na situação prevista na respectiva alínea a), contendo desta feita uma verdadeira restrição ao direito fundamental consignado no art.º 15.º, n.º 1 da Constituição, onde se pode ler que "os estrangeiros e os apátridas que se encontrem ou residam em Portugal gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres do cidadão português".

12.º Conforme adiantam J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, ob. cit., pg. 134, "a equiparação vale para todos os direitos, pelo que os cidadãos estrangeiros e os apátridas, além da tradicional paridade civil e dos clássicos direitos de liberdade, gozam também dos direitos de prestação, como por exemplo, o direito à saúde, ao ensino, à

habitação, etc. Quanto aos direitos dos trabalhadores, é a própria Constituição a proibir qualquer distinção segundo a nacionalidade (art.º 59.º-1). Note-se que, excluindo a Constituição apenas as funções sem carácter predominantemente técnico, ela admite portanto o acesso de estrangeiros à função pública, com todas as consequências inerentes (regime de segurança social, reforma, etc.)".

13.º No entanto, é a própria Lei Fundamental que prescreve expressamente excepções ao princípio da equiparação, como as que se prendem com os direitos políticos e o exercício de funções públicas que não tenham carácter predominantemente técnico, com o serviço nas Forças Armadas (cfr. art.º 275.º, n.º 2) e com a carreira diplomática (cfr. art.º 15.º, n.º 3), e permite, ainda, o estabelecimento de outras, inclusivamente pela própria Lei.

14.º A limitação ao princípio da equiparação constante do art.º 7.º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 231/98 poderá eventualmente encontrar suporte na ideia constitucional de "funções públicas que não tenham carácter predominantemente técnico", utilizada pelo n.º 2 do art.º 15.º da Lei Fundamental, a qual, segundo os autores citados, pretende "excluir o exercício por estrangeiros de funções públicas que incluam o exercício de poderes públicos, quer no âmbito interno da administração (...), quer no respeitante a terceiros (actos de autoridade)" (ob. cit., pg. 135).

15.º De facto, o legislador ordinário considerou que "a actividade de segurança privada tem uma função subsidiária e complementar da actividade das forças e dos serviços de segurança pública do Estado", de acordo com o que resulta do art.º 1.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 231/98, podendo mesmo ler-se no preâmbulo deste diploma que "o exercício de actividades de segurança privada, cujo objecto é a protecção de pessoas e bens, bem como a prevenção e dissuasão de acções ilícito-criminais, é realizado mediante laços de complementaridade e colaboração com o sistema de segurança pública. Por ser assim, assume especial relevância a fixação rigorosa das condições de acesso à actividade de segurança privada, no pressuposto de que esta está indissociavelmente ligada à prossecução do interesse público". Aliás, o diploma prescreve, no seu art.º 5.º, a obrigatoriedade da adopção, pelas instituições, entidades, estabelecimentos e espaços aí referidos, do sistema de segurança privada pelo mesmo regulamentado.

16.º Só que, conforme esclarecem Gomes Canotilho e Vital Moreira, "sendo a equiparação a regra, todas as excepções têm que ser justificadas e limitadas. Aliás, as excepções só podem ser determinadas através da Lei formal da AR [(art. 168.º-1/b),

hoje 165.º, n.º 1, alínea b)], ela mesmo heteronomamente vinculada aos princípios consagrados neste artigo. Também só a Lei pode explicitar o conteúdo da expressão "funções públicas sem carácter predominantemente técnico", não tendo a administração qualquer competência para a definição de critérios em tal matéria (cfr. Par. CC n.º 36/79)" (ob. cit., pg. 135).

17.º A restrição em causa no presente requerimento – e independentemente da possibilidade de a mesma integrar o rol de excepções ao princípio da equiparação previstas directamente pela Constituição –, será eventualmente admissível nos termos do regime fixado pelo art.º 18.º, n.º 2, da Lei Fundamental, podendo ser criada pela Lei. O próprio Tribunal Constitucional, num processo em que declarou inconstitucional uma norma (a que adiante se fará referência por subsistir norma de idêntico teor na actual legislação), constante de um diploma que regulamentou a actividade de segurança privada – o Decreto-Lei n.º 282/86, de 05 de Setembro, revogado pelo Decreto-Lei n.º 276/93, de 10 de Agosto, este por sua vez revogado pelo diploma objecto do presente pedido –, sublinhou, citando o preâmbulo da legislação, ter o legislador considerado "que as actividades desenvolvidas pelas empresas privadas de segurança se revestiam de especial interesse público, actuando aquelas empresas "com carácter subsidiário" relativamente às autoridades públicas no asseguramento do exercício dos direitos e liberdades fundamentais e na garantia da segurança de pessoas e bens, podendo, desde que devidamente regulamentadas, contribuir as mesmas empresas "de modo relevante para a prevenção da criminalidade" (...)" (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 188/92, de 21 de Maio, publicado no Boletim do Ministério da Justiça n.º 417, pgs. 241 e 242).

18.º A restrição constante da alínea a) do n.º 1 do art.º 7.º do Decreto-Lei que regula actualmente a actividade de segurança privada seria assim justificada pelo interesse público que enforma o tipo de actividade em apreço, constitucionalmente traduzido na promoção da segurança interna do Estado, na garantia dos direitos dos cidadãos e mesmo na prevenção de crimes, e com consagração designadamente no art.º 272.º, n.º 1, da Lei Fundamental, revelando-se tal medida adequada, necessária e proporcional à salvaguarda desse mesmo interesse. Só que tal restrição teria que ser estabelecida nos termos dos art.ºs 18.º, n.º 3, e 165.º, n.º 1, b), da Constituição, ou seja, através de Lei da Assembleia da República ou de Decreto-Lei autorizado.

19.º O governo publicou o diploma como se este fosse da sua competência legislativa própria. Como a norma em causa consubstancia uma excepção ao princípio da

equiparação, para efeitos do disposto no art.º 15.º, n.º 2, da Lei Fundamental, ou uma restrição não especificada, admitida nos termos do n.º 2 do art.º 18.º do texto constitucional, sempre a mesma deveria constar de Lei do parlamento ou de Decreto-Lei autorizado.

20.º A norma em apreço é assim publicada em violação do disposto no art.º 165.º, n.º 1, alínea b), da Constituição, sendo que a "reserva de competência legislativa da AR nesta matéria (de direitos, liberdades e garantias) vale não apenas para as restrições (art.º 18.º) mas também para toda a intervenção legislativa no âmbito dos direitos, liberdades e garantias", conforme referem Gomes Canotilho e Vital Moreira (ob. cit., pg. 672).

21.º Pelo que forçoso é concluir que o art.º 7.º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 231/98, de 22 de Julho, sofre de inconstitucionalidade orgânica, por violação do art.º 165.º, n.º 1, alínea b), da Lei Fundamental.

III
Da inconstitucionalidade do art.º 7.º, n.º 1, alíneas b) e c), e n.º 2, alíneas a) e b), do Decreto-Lei n.º 231/98, de 22 de Julho:

22.º Do mesmo vício padecem as alíneas b) e c) do n.º 1 do art.º 7.º do diploma em análise, que estipulam como requisitos para a admissão do pessoal de segurança privada a escolaridade mínima obrigatória e a plena capacidade civil, e as alíneas a) e b), por sua vez do n.º 2 do mesmo dispositivo, que estabelecem os requisitos específicos de admissão do pessoal de vigilância e de acompanhamento, defesa e protecção de pessoas, designadamente "a robustez física e o perfil psicológico necessários para o exercício das suas funções", e a aprovação em "provas de conhecimentos e de capacidade física".

23.º Assim, as exigências da escolaridade mínima obrigatória, da plena capacidade civil, da robustez física e perfil psicológico e da aprovação em testes específicos para o pessoal que exerce as funções no âmbito da actividade de segurança privada, consubstanciarão limites imanentes ao próprio direito de escolha de profissão, consagrado no art.º 47.º, n.º 1, do texto constitucional. Conforme referem Gomes Canotilho e Vital Moreira, em anotação precisamente a este preceito constitucional (ob. cit., pg. 263), "os limites relativos aos pressupostos subjectivos (qualificação pessoal, capacidade, habilitações) são admissíveis, desde que, como é óbvio, sejam teleologicamente

vinculados (interesse público) e não violem o princípio da proibição do excesso (necessidade, exigibilidade e proporcionalidade)".

24.º É o que sucederá no caso presente, relativamente às limitações à liberdade de escolha de profissão contidas naquelas imposições legais. Só que a reserva de competência legislativa do Parlamento em matéria de direitos, liberdades e garantias abrange, conforme já ficou dito, não apenas as restrições, mas toda a intervenção legislativa no âmbito daquela matéria.

25.º O governo legislou, assim, sem Lei habilitante da Assembleia da República, quando a matéria regulada se encontra, por força do disposto no art.º 165.º, n.º 1, alínea b), da Constituição, na reserva de competência legislativa daquele órgão de soberania, incorrendo, deste modo, no vício da inconstitucionalidade orgânica, os dispositivos contidos no art.º 7.º, n.º 1, alíneas b) e c), e n.º 2, alíneas a) e b), do Decreto-Lei n.º 231/98, de 22 de Julho.

IV
Da inconstitucionalidade do art.º 7.º, n.º 1, alíneas e) e f), do Decreto-Lei n.º 231/98, de 22 de Julho:

26.º A questão subjacente ao conteúdo das alíneas e) e f) do art.º 7.º, n.º 1, do diploma que regula a actividade de segurança privada foi já objecto de apreciação e decisão pelo Tribunal Constitucional, pelo menos nos seus Acórdãos n.ºs 188/92, de 21 de Maio, já acima mencionado, e 172/95, este publicado no Diário da República, II Série, de 09 de Junho de 1995.

27.º Assim, pronunciou-se esse Tribunal pela inconstitucionalidade orgânica da norma contida no art.º 10.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 282/86, de 05 de Setembro (que regulava à data a mesma matéria que o diploma objecto do presente requerimento), e que afirmava que "o exercício de cargo ou função a qualquer título na administração central, regional ou local, bem como o desenvolvimento profissional de uma actividade remunerada sob a autoridade e direcção de outra qualquer entidade, é incompatível com a prestação de serviço como pessoal de segurança privada".

28.º A identificada legislação foi revogada pelo Decreto-Lei n.º 276/93, de 10 de Agosto, que dispôs de forma idêntica nas alíneas e) e f) do n.º 1 do seu art.º 8.º, diploma este entretanto revogado pelo Decreto-Lei n.º 231/98, aqui em foco.

29.º A legislação em vigor prescreve então, nas alíneas e) e f) do n.º 1 do já várias vezes citado art.º 7.º, respeitante aos requisitos para o exercício de funções no âm-

bito da actividade da segurança privada, que o pessoal que lhe está adstrito não pode exercer, a qualquer título, cargo ou função na administração central, regional ou local, bem como nos órgãos de soberania, nem a actividade de fabricante ou comerciante de armas e munições, engenhos ou substâncias explosivas.

30.º As considerações então tecidas pelo Tribunal Constitucional valem para aqui. Afirma este Tribunal, no seu aresto n.º 188/92, que "no que toca ao regime da função pública, a própria Constituição proíbe a "acumulação de empregos ou cargos públicos, salvo nos casos expressamente admitidos por Lei" (artigo 269.º, n.º 4) e estabelece que "a Lei determina as incompatibilidades entre o exercício de empregos ou cargos públicos e o de outras actividades" (n.º 5 do mesmo artigo). (...) Quando se trate de trabalhadores do sector privado, a Lei fundamental não estabelece, em matéria de acumulação e de incompatibilidades, regras paralelas às previstas para a função pública, sendo compreensível a diferenciação na medida em que, constitucionalmente, os trabalhadores da Administração Pública e demais agentes do Estado e outras entidades públicas "estão exclusivamente ao serviço do interesse público, tal como é definido, nos termos da Lei, pelos órgãos competentes da Administração" (artigo 269.º, n.º 1)" (Boletim do Ministério da Justiça n.º 417, pg. 240).

31.º E continua o Tribunal: "De harmonia com o artigo 47.º, n.º 1, da Constituição, "todos têm o direito de escolher livremente a profissão ou o género de trabalho, salvas as restrições legais impostas pelo interesse colectivo ou inerentes à sua própria capacidade". Trata-se, assim, de um direito fundamental que pode ser objecto de restrições por parte da Lei, desde que tais restrições tenham como fundamento o interesse colectivo ou a própria capacidade do trabalhador" (pg. cit.). Acrescenta não restarem dúvidas "de que a criação desta específica incompatibilidade para aqueles que prestam serviço como pessoal de segurança privada constitui uma verdadeira restrição a um direito fundamental", e que "a proibição do exercício para o futuro de uma das actividades exercidas em acumulação excede uma ideia de concretização do direito de exercício da outra actividade ou dos limites imanentes da própria liberdade de trabalho, ultrapassa condicionamentos legais ao exercício deste direito fundamental, visto que se impõe que o trabalhador opte pelo exercício de uma das funções, sendo sempre tal exercício, no domínio da actividade de segurança privada, caracterizado por um regime legal de exclusividade" (pg. 242).

32.º Conclui-se no mesmo aresto que "o Tribunal Constitucional tem conside-

rado de forma pacífica que cabe na reserva relativa da competência da Assembleia da República legislar de forma inovatória sobre restrições a direitos, liberdades e garantias", pelo que "constituindo tal incompatibilidade matéria de Lei parlamentar ou de Decreto-Lei autorizado, resulta claro que o n.º 2 do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 282/86, de 5 de Setembro, se acha afectado por inconstitucionalidade orgânica (...)" (pgs. 242 e 243).

33.º Pelo que as normas contidas nas alíneas e) e f) do n.º 1 do art.º 7.º do Decreto-Lei n.º 231/98, de 22 de Julho, estão igualmente feridas de inconstitucionalidade orgânica, por violação do art.º 165.º, n.º 1, alínea b), da Constituição.

V
Da inconstitucionalidade do art.º 7.º, n.º 1, alíneas g) e h), do Decreto-Lei 231/98, de 22 de Julho:

34.º Por sua vez, as alíneas g) e h) do n.º 1 do art.º 7.º do Decreto-Lei n.º 231/98 vedam o acesso às funções previstas no corpo do normativo a quem tenha sido membro dos serviços que integram o sistema de informações da República nos cinco anos precedentes, e a quem se encontrar na situação de efectividade de serviço, pré-aposentação ou reserva de qualquer força militar ou força ou serviço de segurança.

35.º As restrições ínsitas naqueles normativos aproveitam tudo o que acima resulta exposto, incluindo a argumentação do Tribunal Constitucional, já que os militares e elementos das forças e serviços de segurança integrar-se-ão na categoria de "demais agentes do Estado" contida no n.º 1 do art.º 269.º da Lei Fundamental. Tais restrições serão admissíveis, atento o contexto em que se insere a actividade de segurança privada e as funções específicas dos militares, agentes militarizados e dos serviços e forças de segurança, envoltas numa regulamentação muito própria, inclusivamente a nível constitucional, mas terão que ser estabelecidas ao abrigo do disposto no art.º 165.º, n.º 1, alínea b), da Lei Fundamental.

36.º É verdade que o próprio texto constitucional prevê a possibilidade de a Lei promover a restrição ao exercício de determinados direitos por parte daqueles militares e agentes, designadamente as denominadas restrições especiais previstas pelo art.º 270.º. Não estarão as restrições em apreço no presente requerimento no âmbito do prescrito no art.º 164.º, alínea o), ou seja, no âmbito da reserva absoluta de competência legislativa da Assembleia da República, já que as situações que caem na reserva absoluta do Parlamento são as taxativamente colocadas naquele art.º 270.º, mas estarão segura-

mente na alçada da reserva relativa de competência legislativa daquele órgão de soberania.

37.º Também os preceitos contidos nas alíneas g) e h) do n.º 1 do art.º 7.º do Decreto-Lei n.º 231/98, de 22 de Julho, sofrem de inconstitucionalidade orgânica, por desrespeito ao conteúdo do art.º 165.º, n.º 1, alínea b), da Constituição.

VI
Da inconstitucionalidade do art.º 12.º, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 231/98, de 22 de Julho:

38.º O art.º 12.º do diploma objecto do presente requerimento possibilita que as entidades que prestam serviços de segurança privada no âmbito definido pela legislação, possam utilizar equipamentos electrónicos de vigilância e controlo. Designadamente refere o n.º 2 do normativo que "as gravações de imagem e de som feitas por sociedades de segurança privada ou serviços de autoprotecção, no exercício da sua actividade, através de equipamentos electrónicos de vigilância visam exclusivamente a protecção de pessoas e bens, devendo ser destruídas no prazo de 30 dias, só podendo ser utilizadas nos termos da Lei penal" (sublinhado nosso).

39.º Apesar de a Lei impor a afixação, em local bem visível nos lugares objecto de vigilância com recurso àqueles meios, de avisos a informar do facto, prescrevendo assim uma espécie de consentimento implícito do cidadão que permanece naqueles locais, a verdade é que tal medida legal constitui também ela uma verdadeira restrição aos direitos à imagem e à reserva da intimidade da vida privada e familiar, ambos consubstanciados no art.º 26.º, n.º 1, da Lei Fundamental, o primeiro dos quais abrange designadamente, e segundo J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, "o direito de cada um de não ser fotografado nem ver o seu retrato exposto em público sem seu consentimento", e o segundo o "direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar" (ob. cit., pg. 181).

40.º Mais uma vez as considerações que atrás ficam feitas valem para aqui. O interesse público inerente à actividade de segurança privada, expresso pelo próprio legislador, justificará as restrições em causa. Mas tais restrições têm que constar de Lei da Assembleia da República ou de Decreto-Lei devidamente habilitado com Lei de autorização para o efeito.

41.º Não é o que acontece, mais uma vez, com as restrições aos direitos, liber-

dades e garantias contidas no art.º 12.º, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 231/98, pelo que esta norma está igualmente ferida de inconstitucionalidade orgânica, por violação do disposto no art.º 165.º, n.º 1, alínea b), da Constituição (perdendo sentido, caso a inconstitucionalidade venha a ser declarada, a norma contida, por seu turno, no n.º 3 do mesmo normativo).

Nestes termos, requer-se ao Tribunal Constitucional que declare a inconstitucionalidade com força obrigatória geral

a) das normas contidas nos artigos 7.º, n.º 1, alíneas a), b), c), e), f), g) e h), n.º 2, alíneas a) e b), e 12.º, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 231/98, de 22 de Julho, por violação do art.º 165.º, n.º 1, b), da Constituição, e

b) da norma contida no artigo 7.º, n.º 1, d), do mesmo diploma, por violação dos artigos 30.º, n.º 4, e 165.º, n.º 1, alínea b), da Constituição.

Ao
Meritíssimo Conselheiro
Presidente do Tribunal Constitucional

R-2353/94
1999.09.30

O Provedor de Justiça, no uso da sua competência prevista no art.º 281.º, n.º 2, d), da Constituição da República Portuguesa, vem requerer ao Tribunal Constitucional a fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade da norma contida no art.º 266º, al. c)-1 do Estatuto dos Militares da Guarda Nacional Republicana (EMGNR), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 265/93 de 31 de Julho, conjugado com o art.º 4º, al. c), da Lei n.º 145/99, de 1 de Setembro, que aprovou o Regulamento de Disciplina da GNR. Entende o Provedor de Justiça violar esta norma a contida no art.º 30.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, pelas razões adiante aduzidas.

1.º O art.º 266.º do EMGNR estabelece as condições especiais de promoção ao posto de cabo, referindo-se a alínea a) às condições por habilitação, a alínea b) às condições especiais por excepção e reservando-se a alínea c) às condições especiais por diuturnidade.

2.º A norma do n.º 1 da alínea c) do art.º 266.º estipula que é condição especial de promoção ao posto de cabo por diuturnidade "não ter sido punido na Guarda com o somatório de penas superiores a 20 dias de detenção ou equivalente".

3.º O recente Regulamento de Disciplina da GNR procedeu à extinção da pena

de detenção (cfr. art.º 27.º - elenco das penas disciplinares) e veio estabelecer no art.º 4.º do diploma preambular uma correspondência entre penas, equiparando a detenção à suspensão.

4.º Assim, articulando as disposições dos citados normativos, deve entender-se a referência feita à detenção na alínea c), n.º 1 do art.º 266.º como feita à suspensão.

5.º O art.º 30.º n.º 2 do mesmo Regulamento veio dispor quanto à suspensão que esta implica a impossibilidade de ser promovido durante o período de execução da pena (cfr. art.º 30.º n.º 2 al. c).

6.º Deste modo, para além da impossibilidade de ser promovido durante o período de execução da pena (situação compreensível e que integra o próprio tipo da pena disciplinar de suspensão) a pena de suspensão por mais de 20 dias ou equivalente é prevista pela Lei como impossibilitando ainda a promoção ao posto de cabo por diuturnidade.

7.º Acresce que o art.º 2.º da Lei 145/99 apenas revoga expressamente "as disposições legais e regulamentares na parte em que prevêem ou determinam a aplicação do Regulamento de Disciplina Militar (RDM) aos militares da GNR", não revogando, assim, o normativo aqui em crise.

8.º Quer isto dizer que uma ou mais punições disciplinar que somem pena superior a 20 dias de suspensão ou equivalente acarretam de forma automática e como efeito necessário a impossibilidade de promoção por diuturnidade ao posto de cabo.

9.º Estamos, sem margem de dúvida, perante um efeito automático da punição.

10.º Na verdade, ao se dispor na Lei que o soldado que tiver sido punido com pena superior a 20 dias de suspensão ou equivalente, deixa de reunir as condições especiais de promoção ao posto de cabo, facilmente se conclui que não estamos na presença de uma valoração autónoma, assente num comportamento anterior, mas de uma decorrência automática e por isso "ope legis", da pena anteriormente aplicada.

11.º Essa valoração, aliás, só seria minimamente possível caso o aplicador de uma única medida estivesse a valorar a pena entre valores imediatamente abaixo ou acima desse limite ou, como será mais frequente talvez, no aplicador da última medida disciplinar que perfaça os vinte dias previstos na norma ora impugnada.

12.º Neste último caso, poderão ter sido aplicadas medidas inferiores a vinte dias , perfazendo todas, por hipótese, dezasseis dias de suspensão.

13.º Ocorrendo nova infracção, para a qual seja abstractamente adequada a

pena de suspensão, fica o decisor sujeito, independentemente da valoração que faça do caso concreto, a ver ser aplicada a pena acessória de impossibilidade de promoção por diuturnidade automaticamente em consequência do porventura mínimo de cinco dias de suspensão que se decida aplicar (art.º 30.º, n.º 1, do Regulamento de Disciplina da GNR).

14.º 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 ou políticos"

15.º Em anotação a este normativo constitucional referem os Profs. Gomes Canotilho e Vital Moreira (cfr. Constituição da República Portuguesa Anotada, 3ª edição, pág. 198) "o que se pretende é proibir que à condenação em certas penas se acrescente de forma automática, mecanicamente, independentemente de decisão judicial, por efeito directo da Lei, uma outra pena daquela natureza. "

16.º E fazem notar ainda os mesmos autores que "a teleologia intrínseca da norma consiste em retirar às penas efeitos estigmatizantes, impossibilitadores da readaptação social do delinquente e impedir que, de forma mecânica, sem atender aos princípios de culpa, da necessidade e da jurisdicionalidade, se decrete a morte civil, profissional ou política do cidadão (cfr. Ac TC n.º 16/84, 91/84, 310/85, 75/86, entre outros)".

17.º E, 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. (Acórdãos do Tribunal Constitucional n/s 127/84 e 16/84).

18.º 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 (cfr. Ac. 282/86).

19.º De facto, no caso vertente, não estamos perante uma decisão administrativa de apreciação da capacidade profissional e moral do militar uma vez que a norma do art.º 266.º al. c), n.º1 do EMGNR não impõe qualquer apreciação, funcionando antes como um efeito ou consequência automática de uma pena anteriormente aplicada ou até de um conjunto de penas.

20.º Não se argumente contra aquilo que acabei de afirmar com o art.º 124.º do mesmo EMGNR, com efeito, este preceito ao permitir a título excepcional, para efeitos de inclusão na lista de promoção, que o comandante geral, ouvido o conselho superior da guarda e mediante despacho fundamentado, dispense o militar dos quadros da guarda das condições especiais de promoção, com excepção do tempo mínimo de permanência no posto e da prestação de prova de concurso, não retira em nada a automaticidade das referidas consequências.

21.º Na verdade, a única coisa que se pode afirmar é que, a título excepcional e por estrita conveniência de serviço, o comandante geral pode, através de despacho fundamentado, dispensar o militar das condições especiais de promoção e assim remover a automaticidade.

22.º Acresce que nunca a decisão de inclusão ou não nas listas de promoção assenta na apreciação do mérito ou demérito do candidato, mas tão só na estrita conveniência de serviço.

23.º De facto, em lado nenhum se atribui à entidade a quem compete a decisão da promoção qualquer tipo de valoração ou apreciação do candidato, o que só corrobora a tese da automaticidade das referidas consequências.

Nestes termos, requer-se ao Tribunal Constitucional que aprecie e declare com força obrigatória geral a inconstitucionalidade do art.º 266.º, alínea c)-1, do Estatuto dos Militares da Guarda Nacional Republicana, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 265/93 de 31 de Julho, hoje na versão resultante da conjugação com o art.º 4.º, n.º 1, al. c), da Lei n.º 145/99, de 1 de Setembro, que aprovou o Regulamento de Disciplina da mesma Guarda.

Ao
Meritíssimo Conselheiro
Presidente do Tribunal Constitucional

R-2518/99
1999.07.27

O Provedor de Justiça, no uso da sua competência prevista no art.º 281.º, n.º 2, alínea d) da Constituição da República Portuguesa, vem requerer ao Tribunal Constitucional a fiscalização abstracta sucessiva da

a) Ilegalidade da norma contida no art.º 46.º, n.º 1 da Lei Geral Tributária, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de Dezembro, por violação do sentido definido no art.º 2.º, no segmento

abaixo identificado da alínea 18), da Lei n.º 41/98, de 04 de Agosto, em consonância com o disposto nos art.ºs 112.º, n.º 2, e 281.º, 1, b), da Constituição ou, subsidiariamente, a constitucionalidade da norma contida no art.º 2.º, no segmento abaixo identificado da alínea 18), da Lei n.º 41/98, de 04 de Agosto, por violação do preceito constante do art.º 165.º, n.º 2 da Lei Fundamental, e, consequentemente, do art.º 46.º, n.º 1, da Lei Geral Tributária, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de Dezembro;

b) Constitucionalidade da norma contida no art.º 2.º, no segmento abaixo identificado da alínea 23), da Lei n.º 41/98, de 04 de Agosto e, consequentemente, do art.º 76.º, n.ºs 1 e 4 da Lei Geral Tributária, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de Dezembro, por violação do preceito constante do art.º 165.º, n.º 2 da Constituição;

c) Constitucionalidade das normas contidas 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, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de Dezembro, por violação dos preceitos constantes dos arts.º 13.º, 103.º, n.º 1, 104.º e 2.º da Lei Fundamental;

d) Constitucionalidade das normas contidas nos arts.º 89.º, n.º 2, e 90.º, n.º 2, da Lei Geral Tributária, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de Dezembro, por violação dos preceitos constantes dos arts.º 165.º, n.º 1, alínea i), 103.º, n.º 2, e 112.º, n.º 6, do texto constitucional,

nos termos e pelas razões adiante aduzidas.

I
Da ilegalidade do art.º 46.º, n.º 1 da Lei Geral Tributária por violação do sentido da autorização legislativa constante da Lei n.º 41/98, de 04 de Agosto.

1.º A Lei Geral Tributária, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de Dezembro, veio encurtar, no seu art.º 45.º, n.º 1, o prazo de caducidade do direito à liquidação das prestações tributárias, anteriormente fixado em cinco anos pelo art.º 33.º, n.º 1, do Código de Processo Tributário, aprovado por sua vez pelo Decreto-Lei n.º 154/91, de 23 de Abril.

2.º A redução daquele prazo é feita em consonância com a directriz traçada pela alínea 17) do art.º 2.º do respectivo diploma de autorização legislativa, traduzido na Lei n.º 41/98, de 04 de Agosto (alterada pelo art.º 51.º, n.º 4 da Lei n.º 87-B/98, de 31 de Dezembro), onde se pode ler que para a prossecução dos fins da legislação em causa fica o Governo autorizado a "rever os prazos de caducidade do direito de liquidar os tributos e de prescrição das obrigações, harmonizando-os com o prazo de reporte ou podendo-os encurtar de modo consentâneo com as possibilidades e o aumento de eficiência da Administração" (sublinhado nosso).

3.º Sucede que a Lei Geral Tributária vem igualmente introduzir no ordenamento jurídico tributário novas regras a propósito da suspensão daquele prazo de caducidade que acabam por inverter, conforme adiante se explicitará, o parâmetro de actua-

ção definido pela autorização legislativa no que toca à temática em apreço.

4.º A matéria da suspensão do prazo de caducidade do direito à liquidação dos impostos e demais prestações tributárias tem inevitáveis reflexos ao nível das garantias dos contribuintes, inserindo-se, por conjugação dos arts.º 165.º, n.º 1, alínea i), e 103.º, n.º 2 do texto constitucional, na reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República, podendo ser regulada pelo Executivo apenas no âmbito de autorização legislativa concedida para o efeito.

5.º De facto, e com referência aos denominados princípios da legalidade e da tipicidade fiscais, adiantam Gomes Canotilho e Vital Moreira, in "Constituição da República Portuguesa Anotada", 3ª edição revista e actualizada, 1993, pgs. 458 e 459, que sendo certo que quanto à reserva de Lei da Assembleia da República o art. 165.º, n.º 1, alínea i) apenas fala em criação de impostos, "deve entender-se, contudo, que naquela expressão estão abrangidos todos os elementos referidos no n.º 2 [do art.º 106.º, actual art.º 103.º], desde logo porque se trata de elementos essenciais à própria definição do imposto e, depois, porque é esta interpretação que está de acordo com o sentido histórico da reserva parlamentar da Lei fiscal, que arranca originariamente da ideia de autotributação, isto é, de a imposição fiscal só poder ser determinada pelos próprios cidadãos através dos seus representantes no parlamento".

6.º A título ilustrativo, refira-se o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 205/87, publicado no Diário da República, I Série, de 03 de Julho de 1987, que diz que os arts.º 165.º, n.º 1, alínea i), e 103.º, n.º 2, da Constituição devem ser lidos conjugadamente, e que constitui matéria da competência legislativa da Assembleia da República "não só a criação de cada imposto, mas também a determinação dos respectivos elementos essenciais enunciados no n.º 2 do artigo 106.º" (pg. 2610).

7.º Reportando-se à expressão "garantias dos contribuintes" ínsita no art.º 103.º, n.º 2 do texto constitucional, refere Nuno de Sá Gomes que a mesma "abrange, desde logo, todas as garantias dos contribuintes previstas nos artigos 19.º e segs. do C.P.T., v.g. as garantias processuais graciosas (reclamação graciosa, direito de audição e de oposição, recurso hierárquico, etc.) e contenciosas (impugnação do acto tributário, defesa no processo de execução fiscal, e no processo penal fiscal, etc.)" (in "Manual de Direito Fiscal", Volume II, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal (174), DGCI, 1996, pg. 94).

8.º Na única alusão à questão em apreço, prescreve o diploma que autorizou o

Governo a aprovar a Lei Geral Tributária, que o órgão executivo fica habilitado a "rever os pressupostos da suspensão do prazo de caducidade e da interrupção da prescrição, podendo o primeiro ser dilatado nos casos de contratos fiscais no período a que os respectivos benefícios se aplicam e o segundo ser encurtado de modo consentâneo com as possibilidades e o aumento de eficiência da Administração" (cfr. alínea 18) do art.º 2.º da Lei n.º 41/98; sublinhado nosso).

9.º A Lei Geral Tributária vem estender a suspensão do prazo de caducidade - prevista na legislação revogada apenas com a instauração de acção judicial, no contexto de situações litigiosas e até ao trânsito em julgado da decisão (cfr. art.º 33.º, n.º 2 do Código de Processo Tributário) - a situações específicas envolvendo designadamente os casos de benefícios fiscais decorrentes de contratos fiscais (alíneas b) e c) do n.º 2 do art.º 46.º), admitidas pelo respectivo diploma de autorização legislativa, introduzindo no entanto, à revelia da orientação definida pela Assembleia da República, uma causa genérica de suspensão do prazo de caducidade potenciadora, nos termos que a seguir se expõem, do alargamento daquele e consagrada para além do permitido pela legislação habilitante, contrariando assim o sentido da Lei com valor reforçado a que estava adstrita.

10.º Refere deste modo o n.º 1 do art.º 46.º da Lei Geral Tributária que o prazo de caducidade se suspende "com a notificação ao contribuinte, nos termos legais, de início de acção de inspecção externa, cessando, no entanto, esse efeito, contando-se o prazo desde o seu início, caso a duração da inspecção externa tenha ultrapassado o prazo de seis meses após a notificação" (sublinhado nosso).

11.º A denominada "inspecção externa" é a efectuada pelos serviços da administração tributária competentes, nas "instalações ou dependências dos sujeitos passivos ou demais obrigados tributários, de terceiros com quem mantenham relações económicas ou em qualquer outro local a que a administração tenha acesso", conforme decorre do art.º 13.º, alínea b), do Regime Complementar do Procedimento de Inspecção Tributária, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 413/98, de 31 de Dezembro.

12.º A disposição em causa, que permite que a simples notificação ao contribuinte do desencadear de uma acção de inspecção externa suspenda o prazo de caducidade do direito à tributação - e sem prejuízo do facto de cessar aquele efeito, contando-se o prazo desde o início, caso a duração da inspecção ultrapasse o período de seis meses desde a notificação daquela - constitui um expediente de que poderá deitar mão a administração fiscal a seu bel-prazer, promovendo o alargamento indefinido e até mes-

mo a inviabilização da operatividade da figura da caducidade do direito se o mecanismo definido na Lei for pela mesma utilizado de forma reiterada e sucessiva.

13.º A administração fiscal estará desta forma investida de um poder susceptível de ser usado de forma arbitrária e que lhe permite instrumentalizar, através de um método fácil e eficiente, o seu direito à liquidação da prestação tributária, afinal uma das mais importantes garantias dos contribuintes, no limite e de acordo com a orientação legislativa actual apenas verdadeiramente asseguradas pelo decurso do prazo de prescrição da prestação tributária que foi reduzido, com a entrada em vigor da Lei Geral Tributária, de dez para oito anos (cfr. arts.º 48.º, n.º 1 da Lei Geral Tributária e o revogado 34.º, n.º 1 do Código de Processo Tributário).

14.º Assiste-se assim por um lado à consagração legal de um mecanismo que permite a ampliação indefinida - no limite, até ao decurso do prazo de prescrição da prestação tributária -, por parte da administração fiscal e mediante a notificação ao contribuinte de sucessivas inspecções externas, do prazo de caducidade do direito à liquidação dos tributos e, por outro, à possibilidade de extensão da respectiva suspensão a quaisquer situações em que esteja subjacente uma relação tributária, em manifesta violação do sentido da Lei de autorização legislativa que a respeito apenas consigna, conforme acima explicitado, o encurtamento daquele prazo e a dilatação da respectiva suspensão aos casos de contratos fiscais no período a que os benefícios nos mesmos consignados se aplicam (cfr. alíneas 17) e 18) do art.º 2.º da Lei n.º 41/98).

15.º De resto, o diploma que autoriza o Governo a aprovar a Lei Geral Tributária invoca o aprofundamento, com a nova legislação, de determinados princípios como o reforço das garantias dos contribuintes, a protecção dos direitos e interesses dos cidadãos, a igualdade, a justiça e a imparcialidade, conforme decorre, por exemplo, do preceituado nos seus arts.º 1.º, alterado pelo art.º 51.º, n.º 4, da Lei n.º 87-B/98, e 2.º, alínea 22).

16.º Adianta Nuno de Sá Gomes, a propósito das autorizações legislativas em sede de criação de impostos e sistema fiscal, que "o princípio de reserva absoluta de Lei formal não é afastado, na medida em que a conduta impositiva da administração, em última análise, tem por fundamento e critério de decisão dos casos concretos, a Lei de autorização respectiva que tem que obedecer àqueles requisitos constitucionais [do art.º 165.º, n.º 2]" (ob. cit., pg. 40 e sublinhado nosso).

17.º A título meramente ilustrativo, refira-se o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 414/96, publicado no Diário da República, II Série, de 16 de Julho de 1996, que adianta que "a Lei de autorização legislativa deverá (...) conter em si a orientação que deverá presidir à elaboração da legislação respectiva, definindo, assim, o sentido da Lei da autorização legislativa. Se este sentido não há-de corresponder a uma enunciação minuciosa de todos os aspectos a regulamentar, sob pena de conter em si próprio o texto legislativo em questão, não poderá, todavia, deixar de conter de forma clara uma enunciação que possa servir de parâmetro e medida aos actos delegados" (pg. 9673).

18.º O art.º 46.º, n.º 1 da Lei Geral Tributária, com a inovação que introduziu ao prever uma nova causa de suspensão do prazo de caducidade do direito à liquidação dos tributos mostra-se, pelas razões acima expostas, contrário ao sentido do diploma de autorização a que estava vinculado - a Lei n.º 41/98, de 04 de Agosto -, resultando na respectiva ilegalidade material por violação de Lei com valor reforçado, de acordo com o disposto no art.º 112.º, n.º 2 da Constituição.

19.º Sem todavia conceder entendimento contrário, acrescente-se que mesmo que se entenda que o encurtamento do prazo de caducidade é estipulado pela Lei de autorização legislativa (na alínea 17) do art.º 2.º), independentemente da previsão de novas causas da respectiva suspensão que possam repercutir-se numa eventual dilatação do mesmo, sempre se dirá então que o diploma de habilitação legislativa é indefinido, no que ao necessário sentido diz respeito, quanto à matéria em apreço.

20.º Assim sendo, e caso não procedesse a ilegalidade aduzida - o que por mera hipótese se admite - sempre seria inconstitucional a parte da alínea 18) do art.º 2.º da Lei n.º 41/98 relativa à matéria da suspensão do prazo de caducidade, já que o mencionado preceito não definiria de forma inteligível o sentido da autorização legislativa, limitando-se a permitir a revisão dos "pressupostos da suspensão do prazo de caducidade", numa formulação vaga e genérica, com a única explicitação de que o mesmo pode ser "dilatado nos casos de contratos fiscais no período a que os respectivos benefícios se aplicam".

21.º Conforme referem J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, ob. cit., pg. 678, a autorização legislativa é "sempre condicionada, devendo a AR definir o sentido e a extensão dela, não podendo autorizar o Governo a legislar em certa matéria, sem mais: a Lei de autorização deve indicar qual o sentido e a extensão da alteração legislativa a introduzir pelo Governo. Tem de haver uma predefinição parlamentar da orientação política da medida legislativa a adoptar. (...) Destes requisitos decorre directamente o

princípio da especialidade das autorizações legislativas, estando claramente proibidas as autorizações genéricas (...). Não é obrigatório, naturalmente, que a autorização contenha um projecto do futuro Decreto-Lei (...), mas ela não pode ser, seguramente, um cheque em branco".

22.º Invoca-se a propósito um aresto desse Tribunal, onde se pode ler que "se o sentido da autorização não tem de exprimir-se em abundantes princípios ou critérios directivos (...), deverá, no mínimo, como condição da sua própria verificação, ser suficientemente inteligível a fim de poder operar como parâmetro de aferição dos actos delegados e, consequentemente, como padrão de medida por parte do legislador delegado do essencial dos ditames do legislador delegante" (Acórdão n.º 213/95, publicado no Diário da República, II Série, de 26 de Junho de 1995, pg. 7034).

23.º A invalidade constitucional de norma da Lei de autorização legislativa, por violação do art.º 165.º, n.º 2 da Lei Fundamental nos termos acima definidos, desencadeia a invalidade consequencial ou sucessiva da norma que a utilizou no Decreto-Lei autorizado, traduzida, no caso, na inconstitucionalidade do art.º 46.º, n.º 1, da Lei Geral Tributária, resultado idêntico ao preferido acima.

II
Da inconstitucionalidade do art.º 76.º, n.ºs 1 e 4, da Lei Geral Tributária em consequência da invalidade constitucional de parte da alínea 23) do art.º 2.º da Lei n.º 41/98, de 04 de Agosto, que autorizou o Governo a aprovar aquele diploma, por violação do art.º 165.º, n.º 2 da Lei Fundamental.

24.º A argumentação utilizada nos artigos imediatamente precedentes é susceptível de ser aplicada à questão do valor probatório das informações prestadas pela inspecção tributária, no âmbito da norma prescrita pelo art.º 76.º, n.ºs 1 e 4 da Lei Geral Tributária.

25.º Assim, refere o n.º 1 daquele preceito legal que "as informações prestadas pela inspecção tributária fazem fé, quando fundamentadas e se basearem em critérios objectivos, nos termos da Lei", definindo Diogo de Leite Campos e Outros tais critérios como "aqueles que assentem numa base científica ou lógica irrefutável e não em opiniões pessoais, impressões ou palpites de quem elabora as informações" (em anotação ao preceito em causa in "Lei Geral Tributária comentada e anotada", Vislis, 1999, pg. 261).

26.º Verifica-se que a legislação actual estende a atribuição da mencionada força probatória - prevista anteriormente para os processos judiciais (cfr. arts.º 134.º, n.º 2, e 121.º, n.º 1, do Código de Processo Tributário) - a todo o procedimento tributário, tal como definido pelo art.º 54.º da Lei Geral Tributária.

27.º Note-se que a norma em causa da Lei Geral Tributária não confere força probatória plena às informações prestadas pela inspecção tributária nas condições aí referidas, mostrando-se suficiente para as abalar que o contribuinte gere dúvidas fundadas sobre os factos nas mesmas consignados (cfr. art.º 346.º do Código Civil).

28.º No entanto, não é menos verdade que o novo regime legal, especificamente quanto aos dados sobre os quais versam as informações oficiais, deixa de consagrar sem limites a regra da presunção de veracidade das declarações dos contribuintes (hoje recolhida como regra geral no art.º 75.º, n.º 1, da Lei Geral Tributária), como era o caso do regime anteriormente constante do Código de Processo Tributário, prevendo-se agora a inversão do ónus da prova no âmbito da norma em análise.

29.º Não estando de todo em causa a solução material consagrada na actual legislação - tendo em conta as condições prescritas pelo art.º 76.º, n.º 1 da Lei Geral Tributária, designadamente as informações oficiais terem que ser fundamentadas e apoiar-se em critérios objectivos, sob pena de as informações valerem como elementos probatórios sujeitos à livre apreciação da entidade que tem o poder de decisão no procedimento -, o certo é que o novo regime jurídico promove uma verdadeira inversão do ónus da prova que passa assim, naquelas circunstâncias precisas, a pertencer ao contribuinte, ao contrário do que sucedia, no âmbito do anterior procedimento tributário e do respectivo regime consagrado pelo Código de Processo Tributário, mostrando-se pertinente apurar da habilitação do Executivo para a referida inovação.

30.º A matéria da determinação do ónus da prova traz consigo consequências inevitáveis em sede de garantias dos contribuintes - já que a administração fiscal, não obstante estar sujeita ao princípio do inquisitório (art.º 58.º da Lei Geral Tributária), não deixa de ser, no âmbito do procedimento tributário, parte interessada em relação ao sentido da decisão -, inserindo-se, por conjugação dos arts.º 165.º, n.º 1, alínea i), e 103.º, n.º 2 da Constituição, e pelas razões já acima expostas, na reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República, o que significa que o Governo apenas a pode regular no âmbito de autorização legislativa concedida para o efeito.

31.º Na única referência à temática em causa, pode ler-se na alínea 23) do art.º 2.º do diploma de autorização legislativa já por diversas vezes identificado, que o Exe-

cutivo fica autorizado a "estabelecer normas, de acordo com a Constituição e em atenção ao disposto no Código do Procedimento Administrativo, sobre (...) meios de prova e seu valor [e] ónus da prova (...)".

32.º O sentido da autorização legislativa apenas circunscreve a actuação do Governo às limitações impostas pela Constituição e pelo Código do Procedimento Administrativo, determinando assim por remissão o sentido da habilitação do Executivo, sendo certo que esta última legislação é omissa quanto às regras sobre a apreciação da prova. Em anotação precisamente ao art.º 87.º do diploma aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro, reportado aos factos sujeitos a prova, referem Mário Esteves de Oliveira e Outros, que "em consonância com o princípio da oficialidade e o princípio da verdade real, a regra acolhida nesta matéria é a da liberdade de apreciação das provas" (in "Código do Procedimento Administrativo", 2ª edição actualizada, revista e aumentada, pg. 421).

33.º Do que fica exposto - sublinhando-se mais uma vez que não é a opção substantiva que está em causa - resulta que é manifestamente indefinido o sentido da autorização legislativa quanto à determinação do valor dos meios de prova e do ónus da prova, não resultando da respectiva leitura qual a orientação a seguir pelo Executivo, se o reforço da presunção a favor dos contribuintes se o reforço da posição da administração no procedimento tributário, aproveitando aqui a fundamentação atrás expendida a propósito da invalidade consequencial da norma do diploma autorizado.

34.º A título meramente exemplificativo, refira-se ainda o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 606/95, de 08 de Novembro de 1995, publicado no Boletim do Ministério da Justiça n.º 451, que corrobora o entendimento de que "à luz do n.º 2 do artigo 168.º (hoje 165.º) da Constituição, é sabido que as leis de autorização legislativa, além do mais, devem definir o objecto e o sentido da autorização, o que vale por dizer que elas devem fornecer ao Governo indicações claras e precisas da orientação que deve presidir à disciplina normativa a produzir" (pg. 595).

35.º A desconformidade com a Constituição da parte da alínea 23) do art.º 2.º da Lei n.º 41/98 que habilita o Executivo a "estabelecer normas, de acordo com a Constituição e em atenção ao disposto no Código do Procedimento Administrativo, sobre (...) meios de prova e seu valor (e) ónus da prova", por indefinição do sentido da autorização legislativa nos termos impostos pelo art.º 165.º, n.º 2 da Lei Fundamental, desencadeia inevitavelmente a invalidade consequencial ou sucessiva da norma do Decreto-

Lei autorizado, isto é, do art.º 76.º, n.º 1 da Lei Geral Tributária.

36.º Por maioria de razão se aduz a inconstitucionalidade do n.º 4 do mesmo preceito, referente às informações prestadas pelas administrações tributárias estrangeiras, as quais, apesar de se invocar, diferentemente do que faz o n.º 1, a prova em contrário para que possam ser postas em causa, beneficiam do mesmo regime, sendo que, como adiantam Diogo Leite de Campos e Outros, ob. cit., pg. 261, "será de reconhecer a mesma (força probatória das informações oficiais produzidas pela administração tributária portuguesa) às informações das administrações tributárias estrangeiras, já que seria incompreensível que se atribuísse maior força probatória a estas que àquelas", devendo segundo os mesmos autores entender-se "o n.º 4 com o sentido de que a atribuição de força probatória às informações de administrações tributárias estrangeiras não prejudica a possibilidade de prova em contrário nem a de gerar dúvidas sobre os factos nelas afirmados, como meios de contrariar a sua força probatória" (ob. cit., pg. 262).

III
Da inconstitucionalidade 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, por violação dos princípios constitucionais da capacidade contributiva, da tributação do rendimento real e da proporcionalidade.

37.º O regime da determinação indirecta da matéria colectável, substancialmente alterado com a publicação da nova Lei Geral Tributária tendo em conta o anteriormente consagrado pela conjugação de disposições do Código de Processo Tributário com normas designadamente dos Códigos do IRS e do IRC (CIRS e CIRC), reveste actualmente contornos específicos que importa analisar do ponto de vista jurídico-constitucional, o que se fará de seguida.

38.º Assim, pode ler-se no ainda vigente art.º 81.º do Código de Processo Tributário que "a decisão da tributação por métodos indiciários ou por presunções, nos casos e com os fundamentos expressamente previstos em leis tributárias, especificará os motivos da impossibilidade da comprovação e quantificação directa e exacta da matéria tributável e indicará os critérios utilizados na sua determinação".

39.º A tributação por métodos indiciários, prevista nos arts.º 38.º do CIRS e 51.º a 56.º do CIRC, reduzia-se então às situações taxativamente indicadas naqueles preceitos, isto é, quando a administração fiscal objectivamente pudesse provar a ocorrência de algum ou alguns dos factos aí previstos, referentes a anomalias e incorrecções da contabilidade ou dos livros de registo, e nesses casos não pudesse comprovar e quantificar, directa e exactamente, os elementos indispensáveis à correcta determinação

do lucro tributável, sendo tal tributação efectuada com a indicação do critério utilizado na determinação da matéria colectável de entre os elencados no art.º 52.º do CIRC (v. art.º 38.º, n.º 5 do CIRS).

40.º Acrescente-se que à decisão em apreço era "aplicável, ainda, o regime da fundamentação dos actos administrativos" do Código do Procedimento Administrativo, conforme é adiantado por Alfredo José de Sousa e Outro em anotação precisamente ao art.º 81.º do Código de Processo Tributário, in Código de Processo Tributário comentado e anotado", 3ª edição, Almedina, 1997, pg. 168.

41.º Subjacente a todas as situações em que a matéria colectável era, antes da nova Lei, fixada por métodos indiciários encontrava-se "ou a inexistência de elementos de escrituração ou a sua não idoneidade para comprovarem o lucro revelado pela escrita do contribuinte. (...) De notar a preocupação do legislador em objectivar as aludidas situações, por forma a evitar valorações subjectivas por parte da Administração Fiscal" (in "Código do IRS comentado e anotado", 2ª edição, DGCI, 1990, pg.172).

42.º Referindo-se precisamente ao tipo de avaliação indirecta permitida pela legislação anterior à prevista pela Lei Geral Tributária, esclarece o Relatório da Comissão para o Desenvolvimento da Reforma Fiscal, publicado pelo Ministério das Finanças em 30 de Abril de 1996, que "com a reforma da tributação do rendimento, de 1989, e o aprofundamento do princípio da tributação do rendimento real que lhe é subjacente, ficou claramente reforçada a natureza excepcional e subsidiária da tributação por métodos indiciários" (pg. 323).

43.º Tendo presente a orientação e o regime da tributação por métodos indiciários existentes até à entrada em vigor da Lei Geral Tributária, atente-se agora nas alterações que esta última legislação veio introduzir no ordenamento jurídico tributário a propósito da questão em apreço.

44.º Deste modo, se as duas primeiras situações que o art.º 87.º da Lei Geral Tributária estabelece como sendo susceptíveis de avaliação indirecta e que se traduzem nos casos do regime simplificado de tributação e da impossibilidade de comprovação e quantificação directa e exacta dos elementos indispensáveis à correcta determinação da matéria tributável (cfr. alíneas a) e b) do preceito) não merecem reparo, já que implicam que no momento em que deva fazer-se a avaliação não haja elementos suficientes para aferir de forma exacta o valor da matéria tributável - no caso do regime simplificado de tributação o sujeito passivo pode optar pela avaliação directa se existirem elementos de

prova suficientes para o efeito (vd. art.º 81.º, n.º 2, do mesmo diploma legal) - o mesmo já não pode dizer-se relativamente à terceira situação, que autoriza a administração fiscal a efectuar aquele tipo de avaliação no caso de "a matéria tributável do sujeito passivo se afastar significativamente para menos, sem razão justificada, da aplicação dos indicadores objectivos da actividade de base técnico-científica referidos na presente Lei" (alínea c) da norma e sublinhado nosso).

45.º A aplicação de métodos indirectos com fundamento na alínea c) do art. 87.º da Lei Geral Tributária realiza-se então no caso "de o sujeito passivo não apresentar na declaração em que a liquidação se baseia razões justificativas desse afastamento, desde que tenham decorrido mais de três anos sobre o início da sua actividade" (art.º 89.º, n.º 1 e sublinhado nosso), sendo os indicadores objectivos de base técnico-científica que servem para a determinação indirecta da matéria tributável "definidos anualmente, nos termos da Lei, pelo Ministro das Finanças, após audição das associações empresariais e profissionais" podendo consistir em "margens de lucro ou rentabilidade que, tendo em conta a localização e dimensão da actividade, sejam manifestamente inferiores às normais do exercício da actividade e possam, por isso, constituir factores distorcidos da concorrência" (art.º 89.º, n.º 2, e sublinhado nosso).

46.º No que toca à situação em apreço, e diferentemente das situações previstas nas alíneas a) e b) do art.º 87.º da Lei Geral Tributária, "a razão da utilização da avaliação indirecta da matéria tributável é a existência de razões para suspeitar que o valor a que conduz a aplicação dos métodos de avaliação directa não é a matéria tributável real", conforme referem, em anotação ao preceito, Diogo Leite de Campos e Outros, ob. cit. pg. 299.

47.º Sucede que a invocada suspeição sobre a veracidade dos dados resultantes das declarações dos contribuintes não parte da verificação de qualquer incorrecção, inexactidão ou falsidade dos elementos ou documentos de suporte apresentados pelo sujeito passivo, mas no facto de este declarar um valor inferior ao valor que em cada momento o Ministro das Finanças entende constituir a rentabilidade normal do exercício da actividade em causa, estabelecida mediante a conjugação de indicadores objectivos de base técnico-científica que o membro do Governo define anualmente.

48.º Assim sendo, é o Ministro das Finanças que determina anualmente a matéria colectável relativa a cada uma das actividades tributáveis, estando o contribuinte obrigado a apresentar, na declaração em que se baseia a liquidação, a justificação do afastamento da matéria tributável daí decorrente em relação à que resulta da aplicação

dos indicadores definidos, de acordo com o que se extrai do disposto no n.º 1 do art.º 89.º da nova Lei tributária.

49.º Relativamente à matéria do ónus da prova reportada à realidade em apreço e consubstanciada nos arts.º 74.º, n.º 3 e 75.º, n.º 2, alínea c) da Lei Geral Tributária, são esclarecedoras as anotações que a propósito são feitas por Diogo Leite de Campos e Outros, na obra já citada, pg. 246, que adiantam que se está "perante uma situação em que há uma presunção legal, de base técnico-científica, ínsita nos indicadores referidos, de que a matéria tributável deve aproximar-se dos valores para que eles apontam, se não existir qualquer causa que justifique um afastamento", e que "em face daquela presunção, para se dever considerar demonstrado, em princípio, que a matéria tributável não é inferior ao valor apontado para aqueles indicadores, basta estar provada a existência de uma situação a que estes se aplicam (art.º 350.º, n.º 1 do C.C.). (...) Por isso, será o interessado quem fica com o ónus de provar que a matéria tributável presumida é excessiva".

50.º A solução consagrada na recente Lei Geral Tributária representa assim uma inversão dos princípios fundamentais do direito fiscal consagrados no texto constitucional, designadamente os que se prendem com a capacidade contributiva e com a tributação do rendimento real.

51.º Conforme refere José Casalta Nabais, "o princípio base por que passa o teste material do Estado fiscal, e sobretudo quando ele assume a forma de Estado social, é seguramente o princípio da capacidade contributiva, segundo o qual sobre todos os cidadãos impende o dever fundamental de pagar impostos (princípio da generalidade) de acordo com um único critério (princípio da uniformidade), que é o da capacidade contributiva (princípio da capacidade contributiva stricto sensu), adiantando que "ele exige que cada indivíduo pague os impostos na proporção ou proporcionalidade da sua capacidade contributiva revelada pelo rendimento (em sentido amplo) e pelo património enquanto tais ou enquanto utilizados em consumo ou na aquisição de bens" (in "Estudos sobre a Jurisprudência do Tribunal Constitucional", Aequitas, 1993, pgs. 275 e 276).

52.º A propósito das mencionadas directivas constitucionais, adianta Nuno de Sá Gomes, ob. cit., pgs. 124 e 125, que "parece indubitável que os princípios da generalidade e da capacidade contributiva estão implicitamente consagrados no diploma fundamental não só como decorrências do princípio da igualdade material constante do art.º 13.º, n.º 2 da C.R.P., como ainda como pressupostos dos "fins da tributação" assi-

nalados no n.º 1 do art.º 106.º (hoje 103.º), ao dispor que o "sistema fiscal visa a satisfação das necessidades financeiras do Estado e outras entidades públicas e uma repartição justa dos rendimentos e da riqueza", como, finalmente, por o sistema dos impostos, por sua vez, previsto no art.º 107.º (hoje 104.º) da Constituição, ser estruturado com base na tributação do rendimento das pessoas singulares e das empresas (colectivas) (...) e na tributação do capital (...) e da despesa (...)", aduzindo ainda que "a tributação justa do rendimento e da riqueza, ou do património, que é a finalidade do sistema fiscal constitucionalmente consagrada (...) só é possível se a tributação tiver lugar em obediência aos princípios da generalidade e da capacidade contributiva".

53.º Defende o mesmo Autor que "a função garantística decorrente do princípio da capacidade contributiva, no sentido de que os impostos devem ser estabelecidos de harmonia com a capacidade económica dos contribuintes pode, eventualmente, determinar a inconstitucionalidade dos impostos estabelecidos legalmente por métodos indiciários, por presunções absolutas de riqueza, por ficções jurídicas (...) que dêem origem a tributações injustas por falta de capacidade económica, como, de resto, tem sido decidido por vários tribunais constitucionais dos diversos países (...)", sublinhando que "traduzindo-se o princípio da capacidade contributiva no dever de concorrer para as despesas públicas na medida da capacidade de pagar, daí decorre que essa capacidade não pode ser referida ao "homem médio", mas a cada contribuinte individual e concreto" (ob. cit., pg. 124 e sublinhado nosso).

54.º A possibilidade de avaliação indirecta da matéria tributável prevista no art.º 87.º, alínea c) da Lei Geral Tributária e todo o regime legal que lhe está subjacente - mesmo atendendo a que apenas é aplicável a partir do quarto ano de actividade do sujeito passivo, que a Lei fala em afastamento significativo, e tendo anda presente as garantias relativas ao direito de audição do contribuinte [cfr. art.º 60.º, n.º 1, alínea d)] e ao processo inerente ao pedido de revisão da matéria colectável constante dos arts.º 91.º e seguintes -, mostra-se contrária ao princípio constitucional da capacidade contributiva, tal como definido através das citações que acima foram feitas, princípio este que segundo José Casalta Nabais não pode ser encarado como "meramente programático ou ao qual se impute a solução de problemas manifestamente marginais (ou mesmo simplesmente académicos)", antes devendo ser visto "como um dos princípios básicos por que passa o teste material do actual Estado fiscal" (ob. cit., pg. 276).

55.º Conforme se pode ler no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 348/97, publicado no Diário da República, II Série, de 25 de Julho de 1997, "o dever de os ci-

dadãos pagarem impostos constitui uma obrigação pública com assento constitucional. Como tal, está sujeito a algumas regras equivalentes às dos direitos fundamentais , designadamente os princípios da generalidade e da igualdade, ou seja, de que devem estar sujeitos ao seu pagamento os cidadãos em geral (artigo 12.º, n.º 1) e devem estar sujeitos a ele em idêntica medida, sem qualquer discriminação indevida (artigo 13.º, n.º 2), isto constituindo o princípio da igualdade tributária" (pg. 8959). Citando no aresto identificado o autor José Casalta Nabais, adianta o mesmo Tribunal que a "tributação conforme com o princípio da capacidade contributiva implicará a existência e a manutenção de uma efectiva conexão entre a prestação tributária e o pressuposto económico seleccionado para objecto do imposto, exigindo-se, por isso, um mínimo de coerência lógica das diversas hipóteses concretas de imposto previstas na Lei com o correspondente objecto do mesmo" (pg. 8960).

56.º Não é a avaliação indirecta como meio subsidiário de determinação da matéria colectável que se pretende pôr em causa com o presente requerimento - tendo em atenção que tal método se mostra perfeitamente admissível em determinadas situações, conforme de resto já referido -, mas apenas a forma que a mesma assume com a inovação introduzida pela alínea c) do art.º 87.º da Lei Tributária.

57.º De facto, 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 subsidariedade 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 determinação naqueles casos da matéria colectável.

58.º Em anotação precisamente ao primeiro daqueles preceitos, referem Diogo de Leite Campos e Outros (ob. cit., pg. 291), resultar do mesmo que "há uma preferência legal absoluta pela utilização de métodos de avaliação directa para a fixação da matéria tributável, o que se compreende por serem maiores as garantias de rigor que estes métodos fornecem. (...) Assim, só se pode recorrer à avaliação indirecta para fixação da

matéria tributável quando não for possível proceder a tal fixação através da avaliação directa e, mesmo nestes casos, utilizar-se-ão na avaliação indirecta, na medida do possível, as regras da avaliação directa. (...) Corolário destas normas é que as regras da avaliação indirecta só se utilizarão na medida do estritamente necessário, nas situações em que for inviável efectuar avaliação directa".

59.º Não é decerto o caso previsto no art.º 87.º, alínea c) da Lei Geral Tributária, já que aqui a determinação da matéria colectável por métodos indirectos não parte da verificação da impossibilidade da aplicação do meio da avaliação directa às situações aí consignadas, mas de uma verdadeira opção de fundo do legislador, ao arrepio, conforme referido, dos princípios fundamentais da Constituição económica.

60.º 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 ilidir a presunção, mas neste caso tendo a seu cargo o ónus daquela prova.

61.º 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 já acima devidamente mencionados, 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.

62.º Acresce que parece não valer a argumentação de que a medida prevista nos normativos identificados seja imprescindível ou sequer útil no combate à fraude e à evasão fiscais, revelando-se, como adiante se demonstrará, desproporcionada face aos fins que visa prosseguir.

63.º Conforme refere Nuno de Sá Gomes, ob. cit., pg. 132, "na medida em que a aplicação dos métodos indiciários tem tido carácter sancionatório, isto é, porque se trata de reacções legais a situações anómalas e irregularidades imputáveis aos contribuintes, parece que a respectiva aplicação não viola o princípio da generalidade da tri-

butação e da capacidade contributiva, implícitos na 2ª parte do n.º 1 do art.º 106.º (hoje 103.º) nem o disposto no n.º 2 do art.º 107.º (hoje 104.º), ambos da C.R.P., pois o Estado só não tributa o rendimento real, por factos imputáveis aos contribuintes", acrescentando que "já é bastante mais controversa a constitucionalidade da aplicação de métodos indiciários com carácter de generalidade, a título de luta contra a fraude e a evasão fiscal (...)".

64.º 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 pertinente reflectir sobre a eficácia do mesmo, designadamente para aferir da proporcionalidade da solução face aos fins de combate à fraude e evasão fiscais que visa prosseguir.

65.º Assim, é forçoso concluir que a medida em causa se mostrará à partida potencialmente ineficaz naquele combate, já que o contribuinte que pretenda fugir ao fisco tenderá a apresentar a respectiva declaração até aos limites do valor da matéria colectável fixado pelo Ministro da Finanças para a actividade em causa, ficando quanto a eventuais dados não fornecidos na posição de insuspeito, ao passo que sobre o sujeito passivo que efectivamente não lucrou o mesmo valor estará automaticamente lançada a suspeição, estando o mesmo obrigado a provar porque não atingiu determinado montante, sendo certo que se a justificação não satisfizer a administração fiscal esta fica legitimada a liquidar a quantia presumida.

66.º A medida tenderá assim a beneficiar o infractor e a onerar o contribuinte com rendimentos mais baixos e menor desenvoltura na gestão das suas obrigações fiscais, a que acresce o facto de a solução consagrada na Lei tributária reflectir uma aparente ineficácia no combate à fraude e à evasão fiscais, revelando-se deste modo excessiva, irrazoável e desproporcionada, com repercussões óbvias ao nível do valor fundamental da não discriminação e com sacrifício dos princípios da capacidade contributiva e da tributação do rendimento real consignados na Lei Fundamental.

67.º Sendo certo que, como adianta Nuno de Sá Gomes, "estes métodos só serão tecnicamente admissíveis mediante estudos apurados sobre os índices a eleger, sobre os níveis de rendibilidade média das actividades económicas, por sectores, subsectores, regiões, etc, o que implicará custos elevados e podendo induzir: práticas abusivas ou até corruptas" (ob. cit., pg. 135).

68.º Recorda-se que das conclusões do Relatório da Comissão para o Desenvolvimento da Reforma Fiscal, já atrás mencionado, resulta que "a maioria da Comissão entende que a via do combate à fraude e evasão fiscais não exige o abandono do princípio da tributação pelo rendimento real e a adopção automática de métodos indirectos de determinação da matéria tributável". Considera ainda que "tendo em conta, designadamente, o enquadramento constitucional da tributação das empresas e o princípio da equidade, a preverem-se estes métodos indirectos, todos os contribuintes por eles potencialmente abrangidos deverão ter a possibilidade de optar por uma tributação pelo rendimento real, sujeitando-se às obrigações contabilísticas e de escrituração correspondentes" (ob. cit. pgs. 355 e 356).

69.º No último dos acórdãos mencionados no presente requerimento, é ainda trazido à colação o entendimento de António de Sousa Franco, expresso na obra "Finanças Públicas e Direito Financeiro", segundo o qual "a tributação real, sobretudo por razões de justiça e eficiência económica, é preferível - representa um sistema 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, dispondo de processos de contabilidade normalizados e rigorosos, com sujeitos económicos racionais e uma economia altamente monetarizada e baseada na troca" (pg. 8959).

70.º 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.

71.º Conforme referem Diogo Leite de Campos e Mónica Leite de Campos, "a proibição do excesso consubstancia-se e concretiza-se através das normas da adequação e da necessidade do sacrifício, aplicando-se tanto à actividade legislativa, como à jurisdicional e ao procedimento administrativo. Revela-se através de uma correlação entre o meio e o fim (...). Actua, porém, e sobretudo, no domínio do procedimento administrativo, através das normas de adequação do meio ao fim e da necessidade do sacrifício

imposto ao contribuinte". Acrescentam que "o princípio da proporcionalidade exige que o procedimento administrativo, legítimo em si, por adequado e necessário, não envolva para o destinatário prejuízos desproporcionalmente elevados em relação ao objectivo a atingir" (in "Direito Tributário", Almedina, 1996, pgs. 147 e 148).

72.º Pelo que a medida prevista 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 se revela violadora do princípio constitucional da proporcionalidade, um dos valores essenciais do Estado de direito democrático com expressão no art.º 2.º da Lei Fundamental, e um dos "princípios jurídicos fundamentais inerentes à ideia de Direito, preestaduais e supra estaduais" nas palavras de Nuno de Sá Gomes (ob. cit. pg. 31).

IV
Da inconstitucionalidade dos arts.º 89.º, n.º 2 e 90.º, n.º 2 da Lei Geral Tributária por violação dos princípios constitucionais da legalidade e da tipicidade fiscais.

73.º Prescreve o n.º 2 do art.º 89.º da Lei Geral Tributária, conforme de resto já acima mencionado, que os indicadores objectivos de base técnico-científica para a aplicação de métodos indirectos com fundamento no disposto no art.º 87.º, alínea c), da mesma legislação e que podem consistir em margens de lucro ou rentabilidade que, tendo em conta a localização e dimensão da actividade, sejam manifestamente inferiores às normais do exercício da actividade, "são definidos anualmente, nos termos da Lei, pelo Ministro das Finanças, após audição das associações empresariais e profissionais" (sublinhado nosso), sendo tal prescrição reforçada com o disposto por sua vez no art.º 90.º, n.º 2 da mesma legislação, relativo aos factores que possibilitam a determinação da matéria tributável por métodos indirectos.

74.º A definição dos elementos acima identificados nos termos em que se encontra prevista pelo dispositivo transcrito impõe que se proceda a uma análise sobre a conformidade jurídico-constitucional da solução consagrada, o que nos leva à questão da legalidade e da tipicidade fiscais em sede constitucional, a que aliás já atrás se fez referência, aproveitando também aqui a fundamentação a propósito expendida.

75.º Adianta José Casalta Nabais, ob. cit., pgs. 265 e 266, que "o princípio da legalidade fiscal (...) exprime-se (...) numa reserva material de Lei formal que se analisa em dois aspectos ou (sub) princípios: 1) no princípio da reserva da Lei formal (...) que implica a reserva à Lei ou ao Decreto-Lei (parlamentarmente) autorizado da matéria

fiscal referenciada; 2) no princípio da reserva material ou conteudística, em geral referido com base na dogmática alemã, por princípio da tipicidade (...), que impõe que a Lei ou o Decreto-Lei autorizado contenha a disciplina completa da matéria reservada".

76.º Os princípios da legalidade e da tipicidade em matéria fiscal encontram-se hoje consagrados respectivamente nos arts.º 165.º, n.º 1, alínea i) e 103.º, n.º 2 da Constituição, sendo que a última revisão do texto constitucional veio acrescentar à reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República "o regime geral das taxas e demais contribuições financeiras a favor das entidades públicas" (art.º 165.º, n.º 1, alínea i), 2ª parte).

77.º A propósito do princípio da tipicidade, consagrado no art.º 103.º, n.º 2 do texto constitucional, onde se pode ler que "os impostos são criados por Lei, que determina a incidência, a taxa, os benefícios fiscais e as garantias dos contribuintes", refere José Casalta Nabais, ob. cit., pgs. 269 e 270, que "quanto aos elementos dos impostos a reservar à Lei, estão aí incluídas as normas que definem o an e o quantum dos impostos, ou seja, as normas que criam ou definem a incidência dos impostos entendida esta no sentido amplo que abarca todos os pressupostos de cuja articulação resulta o nascimento ou não da obrigação de imposto e, bem assim, os elementos da mesma obrigação, o que se reconduz à definição normativa: 1) do facto ou situação que dá origem ao imposto (...); 2) dos sujeitos activos e passivos (...); 3) do montante do imposto (...); 4) dos benefícios fiscais".

78.º Referindo-se precisamente ao mencionado princípio constitucional, adiantam J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, ob. cit., pg. 458, que deve "o imposto ser desenhado na Lei de forma suficientemente determinada, sem margem para desenvolvimento regulamentar nem para discricionaridade administrativa quanto aos seus elementos essenciais. Sendo essa a indiscutível densificação dogmática do princípio da tipicidade legal dos impostos, não pode deixar de considerar-se como constitucionalmente excluída a possibilidade de a Lei conferir às autoridades administrativas (estaduais, regionais ou locais) a faculdade de fixar dentro de limites legais mais ou menos abertos, por exemplo, as taxas de determinados impostos".

79.º Acrescenta igualmente José Casalta Nabais, ob. cit., pg. 273, no âmbito da questão da intensidade da reserva de Lei fiscal, que "esta não se fica pelos princípios ou bases gerais da incidência, taxa, benefícios fiscais e garantias dos contribuintes, compreendendo antes toda a disciplina normativa destes elementos, a qual não pode ser assim deixada para regulamentos ou para a acção discricionária da Administração".

80.º O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 461/87, publicado no Diário da República, I Série, de 15.01.88, refere, por seu turno, que "não cabe na reserva relativa de competência da Assembleia da República, pelo que se enquadra no domínio da competência legislativa concorrencial daquele órgão de soberania e do Governo, tudo o que, em matéria fiscal, excede a determinação daqueles elementos essenciais (v.g., as regras relativas à liquidação e cobrança)" (pg. 138 e sublinhado nosso). A propósito acrescentam ainda Gomes Canotilho e Vital Moreira, ob. cit., pg. 459, que "fora da reserva parlamentar de Lei fiscal parece ficar a matéria da liquidação e da cobrança (...), naquilo que não afecte as garantias dos contribuintes, pois ela não consta do elenco mencionado no n.º 2. Em todo o caso mantém-se a regra da reserva de Lei, não podendo a liquidação e a cobrança ser reguladas por via regulamentar".

81.º De tudo o que fica exposto, resulta que a fixação pelo Ministro das Finanças dos indicadores que servem de base à determinação da matéria colectável para efeitos da respectiva liquidação no âmbito do disposto nos arts.º 89.º, n.º 2 e 90.º, n.º 2 da Lei Geral Tributária, interferindo de forma determinante na definição dos elementos do imposto mencionados no art.º 103.º, n.º 2 da Constituição, se mostra contrária aos princípios da legalidade e da tipicidade fiscais que resultam da conjugação precisamente dos arts.º 165.º, n.º 1, alínea i) e 103.º, n.º 2 da Lei Fundamental.

82.º Verifica-se ainda uma violação do art.º 112.º, n.º 6 do texto constitucional, onde se pode ler que "nenhuma Lei pode (...) conferir a actos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos". Em anotação ao referido preceito, referem Gomes Canotilho e Vital Moreira, ob. cit., pg. 512, que "a deslegalização está sempre excluída nas matérias sujeitas ao princípio da reserva de Lei, sendo inconstitucionais quaisquer fenómenos de deslegalização incidentes sobre matérias que constitucionalmente não podem ser reguladas senão por via de Lei. A deslegalização - ou seja a retracção da disciplina legislativa a favor da disciplina por via regulamentar - só é possível fora do domínio necessário da Lei".

83.º De notar que para além da questão da fixação dos indicadores em apreço, que é feita à revelia das imposições constitucionais conforme fica demonstrado, a verdade é que o membro do Governo legalmente habilitado a fazê-lo pode escolher, sendo certo que nos termos de Lei a publicar (art.º 89.º, n.º 2), entre os critérios que nas circunstâncias o mesmo entenda como mais adequados, aumentando substancialmente o

poder discricionário da administração fiscal na determinação da matéria colectável nas situações em apreço.

84.º A possibilidade de escolha pelo Ministro das Finanças dos indicadores relevantes para efeitos de determinação da matéria tributável nos termos previstos pelos arts.º 89.º, n.º 2 e 90.º, n.º 2, da nova legislação fiscal, mesmo feita nos termos legalmente estipulados, traduz em si mesma um poder discricionário da administração fiscal inadmissível num Estado de direito democrático, que põe seguramente em crise as exigências que estão subjacentes ao princípio da segurança jurídica aplicado ao domínio tributário, revelando-se a solução consignada na Lei manifestamente potenciadora de profunda indefinição, incerteza e insegurança para os contribuintes.

85.º Conforme afirma Saldanha Sanches, ao chamar a atenção para o facto de a segurança do direito e a justiça na tributação representarem "uma função paralela como garantias constitucionais contra o arbítrio fiscal" no domínio tributário, "se a administração fiscal pode lançar tributos a seu bel-prazer, sem normas que limitem a sua actividade, o lançamento dos impostos terá necessariamente uma natureza arbitrária, deixando os cidadãos sujeitos a decisões imprevisíveis, destituídas de regras que lhe dêem previsibilidade e transparência, criando assim uma repartição da carga fiscal que provém de decisões unilaterais e incontroladas" (in "A Segurança Jurídica no Estado Social de Direito", Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, DGCI, 1985, pg. 283).

Nestes termos, ao abrigo dos art.ºs 281.º, n.º 1, a) e b), e n.º 2, d), da Constituição, requer-se ao Tribunal Constitucional que declare com força obrigatória geral:

a)

I) A ilegalidade da norma contida no art.º 46.º, n.º 1 da Lei Geral Tributária, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de Dezembro, por violação do sentido definido no art.º 2.º, na parte mencionada da alínea 18) da Lei n.º 41/98, de 04 e Agosto, em consonância com o disposto no art.º 112.º, n.º 2 da Constituição,

ou subsidiariamente,

II) A inconstitucionalidade da norma contida no art.º 2.º, na parte mencionada da alínea 18) da Lei n.º 41/98, de 04 de Agosto e, consequentemente, do art.º 46.º, n.º 1 da Lei Geral Tributária aprovada pelo Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de Dezembro, por violação do preceito constante do art.º 165.º, n.º 2 da Constituição.

b) A inconstitucionalidade do art.º 2.º, na parte mencionada da alínea 23) da Lei n.º 41/98, de 04 de Agosto e, consequentemente, do art.º 76.º, n.ºs 1 e 4 da Lei Ge-

ral Tributária, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de Dezembro, por violação do preceito constante do art.º 165.º, n.º 2 da Constituição.

c) A inconstitucionalidade 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, 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 consignados nos arts.º 13.º, 103.º, n.º1 e 104.º da Lei Fundamental e ainda do da proporcionalidade, ínsito na ideia de Estado de direito democrático com expressão no art.º 2.º da Constituição.

d) A inconstitucionalidade dos arts.º 89.º, n.º 2 e 90.º, n.º 2 da Lei Geral Tributária, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de Dezembro, por violação dos princípios da legalidade e da tipicidade fiscais consignados nos arts.º 165.º, n.º 1, alínea i) e 103.º, n.º 2 do texto constitucional, bem como por violação do art.º 112.º, n.º 6, da Lei Fundamental.

Nota: Tendo sido publicada em 26 de Julho de 1999 a Lei 100/99, que alterou algumas normas da Lei Geral Tributária, foi remetido ao Tribunal Constitucional o documento seguinte:

Ao
Meritíssimo Conselheiro
Presidente do Tribunal Constitucional

R-2518/99

O Provedor de Justiça, no uso da sua competência prevista no artigo 281º, n.º 2, alínea d) da Constituição da República Portuguesa, e em aditamento ao requerimento que foi apresentado nesse Tribunal em 21 de Julho de 1999, registado na respectiva secretaria sob o n.º 2271, vem requerer ao Tribunal Constitucional a fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade da redacção introduzida pela Lei n.º 100/99, de 26 de Julho na norma contida no artigo 87º, alínea c) da Lei Geral Tributária, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de Dezembro, pelos fundamentos já aduzidos no requerimento apresentado e que se crê manterem inteira pertinência.

1.º O art.º 87º, alínea c) da Lei Geral Tributária, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de Dezembro, foi objecto de pedido de fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade mediante requerimento supra identificado, por se entender estarem a ser violados os princípios constitucionais da capacidade contributiva e da tributação do rendimento real consignados nos arts.º 13.º, 103.º, n.º1 e 104.º da Lei Fundamental e

ainda o da proporcionalidade, ínsito na ideia de Estado de direito democrático com expressão no art.º 2.º da Constituição.

2.º Sucede que a norma em referência foi posteriormente alterada pela Lei n.º 100/99, publicada em 26 de Julho de 1999, essencialmente substituindo-se o conceito de "afastamento significativo para menos" de determinados indicadores pela quantificação desse afastamento em mais de 30% num ano ou mais de 15% durante três anos seguidos.

3.º Embora indubitavelmente se cerceie a liberdade de intérprete na concretização do conceito indeterminado que constava da redacção originária da Lei, não é menos certo que toda a argumentação aduzida no requerimento apresentado em 21 de Julho, designadamente nos seus números 43.º a 72.º, continua inteiramente aplicável, em nada sendo afectada pela quantificação mais estrita do afastamento que implica a actuação do mecanismo legal aí previsto.

Nestes termos, ao abrigo do art.º 281.º, n.º 1, alínea b) e n.º 2, alínea d) da Constituição da República Portuguesa e em aditamento ao requerimento que foi apresentado nesse Tribunal em 21 de Julho de 1999, registado na respectiva secretaria sob o n.º 2271, requer-se ao Tribunal Constitucional que declare com força obrigatória geral:

A inconstitucionalidade do art.º 87.º, alínea c) da Lei Geral Tributária, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de Dezembro, na redacção introduzida pela Lei n.º 100/99, de 26 de Julho, por violação dos princípios constitucionais da capacidade contributiva e da tributação do rendimento real consignados nos arts.º 13.º, 103.º, n.º1 e 104.º da Lei Fundamental e ainda do da proporcionalidade, ínsito na ideia de Estado de direito democrático com expressão no art.º 2.º da Constituição.

Ao
Meritíssimo Conselheiro
Presidente do Tribunal Constitucional,

R-2618/88
R-23/94
1999.09.01

O Provedor de Justiça, no exercício do poder que lhe confere o disposto no art. 281º, n.º 2, alínea d) da Constituição, reproduzido em disposição contida no art. 20º, n.º 3 do respectivo Estatuto,

aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, requer ao Tribunal Constitucional que aprecie e declare inconstitucionais com força obrigatória geral:

I) a norma contida no art. 19º, n.º 1 da Tarifa Geral de Transportes (TGT), aprovada pela Portaria n.º 403/75, de 30 de Junho, e alterada pela Portaria n.º 1160/80, de 31 de Dezembro;

II) as normas constantes do art. 78º, n.º 1, do art. 79º, n.º 1, do art. 80º, n.º 1, do art. 81º, n.º 1, do art. 82º, n.º s 1 e 2, e do art. 83º, n.º 1 (na parte que refere que a importância da indemnização não pode exceder o limite a que se refere o art. 78º), do Regulamento do Serviço Público de Correios, aprovado pelo Decreto - Lei n.º 176/88, de 18 de Maio, para os efeitos previstos no art. 282º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa.

Por entender serem estas disposições infractoras da norma contida no art. 60º, n.º 1 da Constituição, quando articulada com as normas constitucionais sobre regime substantivo de restrições a direitos, liberdades e garantias do art. 18º, nºs 2 e 3, nos termos e com os fundamentos que seguidamente se expõem.

I

Da norma contida no art. 19º, nº 1 da Tarifa Geral de Transportes

1º Dispõe esta norma que o "Caminho de Ferro não responde pelos danos causados aos passageiros resultantes de atrasos, supressão de comboios ou perdas de enlace".

2º 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.

3º A norma impugnada tem, pois, o efeito de excluir a responsabilidade civil do Caminho de Ferro por alguns danos que lhe sejam objectiva e subjectivamente imputados, ou seja, independentemente da culpa da transportadora, dos seus propostos e comissários.

4º A norma impugnada, por outro lado, afasta a obrigação de indemnizar todo e qualquer dano cujo facto causal tenha as características descritas, quer se trate de lesão patrimonial ou de lesão não patrimonial, quer se trate de dano emergente ou de lu-

cros cessantes.

5º Esta norma produz o efeito de romper o equilíbrio garantido entre dois sujeitos de uma relação jurídica privada, de resto, agravando a debilidade do transportado em favor da posição mais sólida do transportador.

6º O passageiro do Caminho de Ferro deve qualificar-se como consumidor, ainda que correntemente conheça a designação de utente ou utilizador, assim como a relação jurídica de transporte há-de qualificar-se como relação jurídica de consumo, para o efeito de se considerar sob a esfera de protecção garantida pelo disposto no art. 60º, n.º 1 da Constituição.

7º Ainda que a empresa transportadora possua um substracto institucional público, as suas relações com terceiros inserem-se no domínio dos actos de gestão privada.

8º O direito dos consumidores a serem indemnizados por danos resultantes de atrasos ou perdas de enlace das composições ferroviárias melhor revela a sua essencialidade no conteúdo do direito inscrito no art. 60º, 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.

9º O consumidor de transporte ferroviário, ainda que não existisse a norma impugnada, sempre se encontraria numa posição de franca debilidade contratual, reduzida que se encontra a liberdade de celebração por força da primeira circunstância nomeada, comprimida que se mostra a liberdade de estipulação por efeito da segunda.

10º "Consumidor é o adquirente de bens de consumo ou de serviços destinados ao seu uso pessoal, familiar ou doméstico; portanto, uso privado (privaten verwerdung, private use), não-profissional" (Calvão da Silva, João - Protecção do Consumidor, in Direito das Empresas, INA, 1990, p. 126).

11º Segundo o autor citado, serve de escopo à protecção especial do consumidor, edificada sobre o direito privado que disciplina substancialmente as relações jurídicas de consumo, "a desigualdade de *"bargaining power"* entre o consumidor – *"homme faible"* e o profissional, normalmente uma empresa" (loc. cit, ob. cit, p. 107).

12º Tudo permite fazer crer, e nada o infirma, que é este o conceito de consumidor que se encontra sob a esfera de protecção da norma constitucional contida no art. 60º, n.º 1, onde é garantido um direito à reparação de danos.

13º Gomes Canotilho e Vital Moreira, ao anotarem o citado preceito não hesi-

tam 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 (Constituição da República Portuguesa Anotada, 1993, Coimbra, p. 323).

14º 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" (idem, p. 324).

15º 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.

16º Na verdade, a norma contida no art. 19º, n.º 1 da Tarifa Geral de Transportes desvincula a empresa que explora o serviço do caminho de ferro do cumprimento de um dever correspectivo do invocado direito fundamental, violando, assim, a norma que lhe confere suporte (art. 60º, n.º 1, in fine) e o regime de protecção que à mesma é assegurado no art. 18º, n.º 1 da CRP.

17º Tão pouco é de admitir que a norma contida no art. 19º, n.º 1 da Tarifa Geral de Transportes possa ser vista como uma restrição legítima, porquanto não preenche as exigências cumulativas dispostas no art. 18º, n.ºs 2 e 3.

18º Em primeiro lugar, falta-lhe fundamento constitucionalmente válido. Isto é, a medida de restrição introduzida não se encontra ordenada à salvaguarda de qualquer outro direito ou interesse com significado no sistema constitucional, nem expresso, nem implícito (art. 18º, n.º 2 da CRP).

19º Em segundo, diminui a extensão e alcance do conteúdo essencial do direito à reparação de danos correntemente verificados em dada actividade, já que exclui, pura e simplesmente, a sua ressarcibilidade (art. 18º, n.º 3 da CRP).

II
Das normas supracitadas do Regulamento do Serviço Público de Correios.

20º É na Parte III do Regulamento do Serviço Público de Correios que se encontra fixado o regime da responsabilidade civil da empresa operadora perante os utentes do serviço público de correios.

21º Primeiramente, no art. 73º, são definidos os procedimentos gerais relativos

à apresentação das reclamações pelos utentes: o prazo geral de apresentação da reclamação e o prazo (especial) de reclamação pelo serviço de telecópia. O legislador ordinário estipula, ainda, o pagamento de uma taxa por cada reclamação, bem como prevê uma condição suspensiva para a aceitação de reclamações sobre correspondências postais registadas.

22º O art. 74º esclarece que a Parte III (embora, por lapso, seja referido o capítulo) contém a disciplina jurídica da responsabilidade dos CTT perante os utentes e que apenas subsidiariamente terão aplicação outras normas, embora tal já resultasse do artº 4º do Decreto que aprova o diploma.

23º O art. 75º prevê quatro causas de exclusão da responsabilidade da empresa operadora: culpa do remetente na produção do dano, casos fortuitos ou de força maior, não exercício do direito de reclamação no prazo previsto e intervenção de autoridade competente, nos termos legais.

24º A responsabilidade dos remetentes, pelos prejuízos causados a outros utentes, não isenta a empresa operadora do pagamento (solidário) dos danos verificados, cabendo-lhe, então, exercer o direito de regresso contra o responsável. É o que diz o art. 76º.

25º O art. 77º define as regras do pagamento das indemnizações, incluindo as formalidades que devem verificar-se. Prevê, ainda, um prazo (de prescrição) para o exercício do direito de indemnização, a possibilidade de cessão do direito à indemnização, a sub-rogação nos direitos da pessoa a quem a empresa operadora haja pago a indemnização e o procedimento no caso de responsabilidade por perda de um objecto posteriormente encontrado.

26º Os art.s 78º a 83º definem os montantes máximos das indemnizações a que os utentes têm direito, consoante o tipo de serviço cuja prestação deu origem à reclamação.

27º O legislador cuidou de determinar com relativa precisão - e aqui, como veremos, reside o fulcro do pedido de declaração de inconstitucionalidade - a importância a que o remetente tem direito, em sede de responsabilidade civil contratual, face à perda, espoliação ou avaria do objecto sobre o qual incidiu o serviço.

28º Nas correspondências registadas (art. 78º), a importância reclamada no pode exceder a quantia equivalente a vinte vezes a taxa de registo paga - a qual pode ser elevada ao quíntuplo por cada saco especial de impressos expedido sob registo para o mesmo destinatário e destino.

29º Nas cartas com valor declarado (art. 79º), o montante da indemnização é o correspondente ao valor real da perda, espoliação ou avaria - não podendo exceder a importância declarada.

30º No tocante ao serviço público de telecópia (art. 80º), a indemnização corresponde ao valor real da perda ou da inutilização do documento apresentado para reprodução - não podendo exceder o limite estabelecido pela perda de correspondência registada.

31º Nas encomendas postais (art. 81º), a indemnização deve corresponder à importância real da perda, espoliação ou avaria, não podendo, no entanto, exceder:

a) a importância do valor declarado, se se tratar de encomendas com valor declarado;

b) a importância correspondente ao produto da taxa de registo de uma correspondência, em vigor na data da aceitação, pelo factor 20, 30 ou 40, respectivamente para uma encomenda até 5 Kg, de mais de 5 Kg até 10 Kg e de mais de 10 Kg.

32º No que concerne aos objectos à cobrança (art. 82º), a indemnização é a fixada para uma correspondência ou encomenda simplesmente registada ou com valor declarado, conforme o caso. Se a empresa operadora tiver entregue o objecto sem o pagamento da totalidade da quantia devida, a indemnização será igual à importância não cobrada.

33º Por fim, a indemnização pela perda de títulos à cobrança (art. 83º) é correspondente à importância real do prejuízo causado, não podendo exceder o limite estipulado para as correspondências registadas.

34º Vistas as normas que limitam os montantes indemnizatórios, cabe agora averiguar da sua admissibilidade face à Lei Fundamental.

35º A obrigação de indemnizar, no âmbito da responsabilidade civil contratual, pode ter várias fontes: o incumprimento, a mora no cumprimento, o cumprimento defeituoso e a impossibilidade da prestação por facto imputável ao devedor.

36º Qualquer uma destas fontes determina o devedor a ressarcir o credor pelos danos que lhe haja causado - tanto os danos emergentes, como os chamados lucros cessantes, tanto "a perda ou diminuição de valores já existentes no património do lesado", como "os benefícios que ele deixou de obter em consequência da lesão, ou seja, o acréscimo patrimonial frustrado" (Almeida Costa, Mário Júlio - Direito das Obrigações,

1984, Coimbra, p. 391).

37º O autor citado, e em consonância com a generalidade da doutrina, embora reconhecendo a admissibilidade de excepções, considera que, por princípio, o damnum emergens e o lucrum cessans são determinantes de indemnização (idem, p. 392).

38º A simples diminuição do valor patrimonial é insuficiente para compreender "a realidade concreta do prejuízo sofrido pelo ofendido", mas ainda para quem perfilhe esse entendimento, "os lucros cessantes, sendo representados por valores que ainda não pertenciam ao património do lesado, são susceptíveis de indemnização apenas por corresponderem ao aproveitamento de bens que o prejudicado já possuía e não pôde utilizar em virtude da lesão" (Gomes da Silva, Manuel . O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar, 1944, Lisboa, pp. 76 e seg.).

39º O Código Civil, de resto no sentido que venho apontando, consagrou a plenitude da obrigação de indemnizar, a qual compreende "não só o prejuízo causado, como os benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão" (art. 564º, nº 1), havendo o cuidado, por parte do legislador, em apartar lucros cessantes e danos futuros, relativamente aos quais, a obrigação de indemnizar obedece a diferentes pressupostos, assentes, fundamentalmente, na valoração do Tribunal produzida sobre o caso concreto.

40º Não encontra qualquer apoio pertinente, para sustentar que a extensão e compreensão do dano cuja reparação é garantida constitucionalmente aos consumidores possuam limites inferiores aos da Lei civil, sob pena de o consumidor encontrar melhor tutela fora desta qualidade.

41º Permito-me fazer notar, ainda, que a jurisdição constitucional teve já oportunidade de julgar inconstitucional a primeira norma contida no art. 53º, n.º 3 do Estatuto dos Correios e Telecomunicações, por entender que fica o consumidor desprovido da garantia de ressarcimento pela conduta inadimplente do devedor, em termos que redundam num esvaziamento do conteúdo do direito enunciado no art. 60º, n.º 1, in fine (Acórdão n.º 153/90, da 2ª Secção, proferido no procº 340/87, publicado na II Série do Diário da República, em 7/09/1990).

42º Pelos mesmos motivos que foram enunciados a respeito da violação do disposto no art. 18º, nºs 2 e 3 da CRP pela norma supra impugnada da Tarifa Geral de Transportes, devem ter-se por inconstitucionais as normas supracitadas do Regulamento do Serviço Público de Correios, por inexistir direito ou interesse constitucionalmente protegido que possa legitimar a medida de ablação ao direito em causa, e por, do mes-

mo passo, ser atingido o conteúdo essencial do mesmo (o que não sucederia, por hipótese, se a Lei arredasse do âmbito do dever de indemnizar alguns lucros cessantes, desde que, naturalmente, cumprisse os de mais requisitos das restrições).

43º Em todo o mais, valem aqui, com as devidas adaptações, as motivações sustentadas a respeito da norma impugnada da Tarifa Geral de Transportes.

44º Resulta do exposto que se defende que a limitação da responsabilidade, na forma em que o Regulamento do Serviço Público de Correios a concebe, viola o art. 60º, n.º 1 in fine da Constituição da República Portuguesa, que estipula que os consumidores têm direito à reparação de danos.

45º Em anotação a este artigo, referem J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira (in Constituição da República Portuguesa Anotada, 3ª edição, Coimbra, 1993, pág. 324.) "o direito à reparação não pressupõe o abandono dos esquemas da responsabilidade contratual de cariz subjectivista mas aponta para a eventual necessidade de uma responsabilidade tendencialmente objectivista do produtor pelo produto, de forma a resolver-se o problema da justa distribuição dos riscos inerentes ao consumo de bens produzidos segundo os esquemas técnicos e tecnológicos modernos".

46º Ao contrário, 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.

47º Acresce que, no actual contexto de desestatização empresarial - cujo corolário, no tocante às telecomunicações, foi, primeiramente, a transformação dos CTT - Correios e Telecomunicações de Portugal, E.P. em sociedade anónima, seguindo-se a cisão da empresa, com autonomização da Telecom Portugal, S.A. e, por fim, a privatização da Portugal Telecom, S.A. (cfr. DL nº 87/92 de 14/05 e 122/94 de 14/05) - não parece justificar-se a limitação da responsabilidade contratual da empresa operadora do serviço público de correios.

48º Até porque esta limitação abrange, não só os serviços prestados em regime de exclusividade como, igualmente, os chamados "serviços concorrenciais".

49º Na realidade, designadamente no tocante às encomendas postais e aos serviços financeiros, a actuação comercial dos CTT - Correios de Portugal, S.A. é feita, ainda que utilizando a rede pública de correios, em regime não exclusivo (Cfr. art. 2º e art. 3º do Regulamento do Serviço Público de Correios).

50º 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.

51º 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 do 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 concorrencial.

52º No caso, por exemplo, de se perder uma encomenda postal (serviço que, nos termos da alínea a) do n.º 2 do art. 2º do Regulamento do Serviço Público de Correios, é não exclusivo) enviada através dos CTT, o utente terá direito a uma indemnização cujo montante não poderá exceder os quantitativos previstos nas alíneas a) e b) do n.º 1 do art. 81º; no entanto, se tiver expedido a encomenda usando os serviços de uma outra empresa postal, o montante da indemnização será achado com recurso aos meios próprios do regime geral da responsabilidade civil, designadamente do resultante dos preceitos do Código Civil. Aí, como se sabe, tais limitações não existem.

53º E a serem contratualmente estipuladas, as limitações de responsabilidade teriam de se conformar com o art. 60º, n.º 1, in fine da Constituição da República Portuguesa, que prevê, como foi referido, o direito dos consumidores à reparação de danos que lhes forem causados.

54º Não se vê, portanto, como o próprio normativo legal possa não respeitar a imposição constitucional da reparação dos danos sofridos pelos consumidores do serviço de correios prestado pela empresa operadora.

III
Conclusão

A) As relações contratuais entre os passageiros do Caminho de Ferro, transportados pela Caminhos de Ferro Portugueses, EP, são relações jurídicas de consumo para o efeito da protecção constitucional garantida no art. 60º, nº 1, na parte em que esta norma consagra o direito à reparação de danos.

B) Esta norma possui natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias, pelo que ex vi do art. 17º, beneficia do regime destes.

C) O direito dos consumidores à reparação de danos vincula directamente todas as empresas públicas em sentido estrito e as sociedades de capitais públicos, como é

o caso, respectivamente, dos Caminhos de Ferro Portugueses, EP, e dos CTT-Correios de Portugal, SA.

D) Violam a norma contida no art. 60º, nº 1, quando articulada com o disposto no art. 18º, nº 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.

E) Violam a norma contida no art. 60º, nº 1, quando articulada com o disposto no art. 18º, nº 2 da CRP, as normas impugnadas ao restringirem o direito à reparação sem fundamento em outro direito ou interesse constitucionalmente protegido.

F) Violam a norma contida no art. 60º, nº 1, quando articulada com o disposto no art. 18º, nº 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 arredaram totalmente do domínio do dano ressarcível os lucros cessantes e por não permitirem mesmo, em alguns casos, o ressarcimento da totalidade dos danos emergentes.

Nestes termos, mais requer o Provedor de Justiça, que se declare com força obrigatória geral a inconstitucionalidade da norma contida no artº 19º nº. 1 da Tarifa Geral de Transportes, aprovada pela Portaria nº 403/75, de 30 de Junho, alterada pela Portaria nº 1116/80, de 31.12 e das normas constantes do art. 78º, n.º 1, do art. 79º, n.º 1, do art. 80º, n.º 1, do art. 81º, n.º 1, do art. 82º, n.ºs 1 e 2, e do art. 83º, n.º 1 (na parte que refere que a importância da indemnização não pode exceder o limite a que se refere o art. 78º), do Regulamento do Serviço Público de Correios, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 176/88, de 18 de Maio, para os efeitos previstos no art. 282º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa.

Ao
Meritíssimo Conselheiro
Presidente do Tribunal Constitucional

R-2825/99

O Provedor de Justiça, no uso da sua competência prevista no art.º 281.º, n.º 2, d), da Constituição da República Portuguesa, vem requerer ao Tribunal Constitucional a fiscalização abstracta suces-

siva da constitucionalidade da norma contida nos artigos 1.º, n.º 1, do Decreto-Lei 43/76, de 20 de Janeiro, e 1.º do decreto–Lei 319/84, de 1 de Outubro. Entende o Provedor de Justiça violarem essas normas as contidas nos artigos 13.º e 15.º da Constituição, nos termos e pelas razões adiante aduzidas.

1.º O art.º 1.º do decreto–Lei 43/76 vem definir os requisitos necessários à qualificação como deficiente das forças armadas, para aplicação de um conjunto de posições jurídicas enunciadas no restante articulado.

2.º Embora abrangendo no seu âmbito várias situações históricas, passadas e futuras (cfr. art.º 18.º), a sua *occasio legis* foi a resultante das campanhas ultramarinas entre 1961 e 1974, colhendo nos que aí combateram o grosso dos seus destinatários.

3.º De entre os requisitos exigidos por esse diploma legal, destaque-se o enunciado pelo n.º 1 do art.º 1.º, onde se estabelece que o direito à reparação pelos sacrifícios suportados nas condições descritas é devido aos cidadãos portugueses.

4.º Logo, no n.º 2 do mesmo artigo, no art.º 3.º e no art.º 18.º, consequentemente se utiliza o vocativo "cidadãos" para designar o universo dos possíveis deficientes das Forças Armadas.

5.º Estabelece assim o art.º 1.º, n.º 1, a exigência da nacionalidade portuguesa para a qualificação como deficiente das forças armadas e, designadamente, para percepção da pensão e demais abonos a que haja lugar, nada parecendo existir que justifique tal restrição.

6.º A questão foi-me colocada por um grupo de pessoas que prestaram serviço nas Forças Armadas Portuguesas, preenchendo todos os demais requisitos do diploma, mas tendo perdido a nacionalidade portuguesa em virtude da aplicação do regime do Decreto-Lei 308-A/75, de 24 de Junho, em consequência da independência dos ex-territórios ultramarinos.

7.º Tendo posteriormente readquirido a nacionalidade portuguesa, viram os mesmos ex-militares ser-lhes negado o pagamento das pensões correspondentes ao período em que não foram nacionais portugueses, por via do citado art.º 1.º, n.º 1, do decreto–Lei 43/76.

8.º 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.

9.º Importa, pois, enquadrar o requisito imposto pela norma identificada com o princípio de equiparação de direitos de estrangeiros e apátridas aos cidadãos nacionais e das respectivas excepções, nos termos dos n.ºs 1 e 2 do art.º 15.º da Lei Fundamental.

10.º Entre essas excepções ao princípio da equiparação, releva aqui em primeiro lugar aquela que veda aos estrangeiros o gozo de direitos políticos e o exercício de funções públicas que não tenham carácter predominantemente técnico.

11.º Desta forma, 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)" - (cf. Canotilho, Gomes, e Moreira, Vital, Constituição anotada, 3.ª edição, pg. 135).

12.º Não se crê que a atribuição da posição jurídica de deficiente das Forças Armadas possa ser encarado como o exercício de direitos políticos (cfr. cap. II do título II da Parte I da Constituição) ou de funções públicas, muito menos nas previstas na excepção ao princípio da equiparação, isto é, comportando o exercício de poderes de autoridade.

13.º Ainda que assim não seja, isto é, considerando-se como não vedado o exercício de funções públicas *ope constitutionis*, também não está desde logo tal exercício garantido, já que 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.

14.º É incontornável que essas restrições não podem escapar ao quadro geral das restrições aos direitos fundamentais, não se podendo, desde logo, revelar totalizantes, sob pena de desvirtuação do próprio princípio da equiparação, que é regra e não excepção (assim, Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, tomo III, 3.ª ed., pg. 142).

15.º No caso em apreço, está em causa a atribuição de um certo estatuto, consistindo num conjunto de posições jurídicas de natureza assistencial, entre as quais avulta o pagamento de determinada pensão.

16.º Não se trata, todavia, de uma prestação do Estado nos termos da garantia de qualquer direito de carácter económico ou social, correspondendo à construção da democracia económica, social e cultural (art.º 2.º da Constituição) ou à efectivação da igualdade real (art.º 9.º, d)), assim se movimentando na "reserva do possível".

17.º Trata-se isso sim da reparação por parte do Estado das consequências de lesões irreversíveis que alguns cidadãos portugueses, que o eram então todos, sofreram ao seu serviço, em situação de risco extremo como é a de guerra.

18.º De harmonia com o princípio da igualdade, recebido no art.º 13.º da Constituição, são proibidas quaisquer discriminações constitucionalmente ilegítimas, devendo qualquer diferenciação de tratamento ser razoavelmente fundada e visar a protecção de um valor ou interesse constitucionalmente relevante.

19.º Ora, 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 (cf. art.º 13.º, n.º 2, da Constituição) o acesso à reparação de danos sofridos ao serviço do Estado português.

20.º 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.

21.º Ora, no caso vertente, nada permite justificar que a reparação só seja devida enquanto o ex-militar portador da deficiência mantenha a nacionalidade portuguesa.

22.º A manutenção da nacionalidade, neste caso e nestas circunstâncias, não é um critério material suficiente e idóneo para, no quadro das valorações constitucionais, definir quem tem ou não direito a este tipo de reparação.

23.º Neste aspecto estou em frontal desacordo com o teor do parecer 74/98 do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, designadamente no seu ponto 8, quando pretende justificar a diferenciação de regimes com base no próprio critério que carece de justificação.

24.º Responder à questão do porquê da exclusão de cidadãos estrangeiros do regime em causa e sua adequação constitucional com o facto de serem estrangeiros parece bem menos que uma resposta, singela que fosse, devendo a inquirição ter sido mais aprofundada sem risco de se entrar em "juízos de carácter estrita ou predominantemente políticos e/ou de política legislativa".

25.º O saber-se se a exclusão de estrangeiros de determinada posição jurídica é ou não compatível com a Constituição não exige, manifestamente, um juízo político ou de oportunidade, e a este respeito cite-se a declaração de voto no parecer citado do Senhor procurador-geral Adjunto Dr. Luís Silveira.

26.º Qualquer invocação da ideia de Pátria como tentativa de explicação da

restrição a cidadãos nacionais da reparação da deficiência como consequência do cumprimento de serviço militar, este sim limitado a cidadãos nacionais, claudica quando pretende grosseiramente ignorar que o facto justificativo da reparação não é a prestação de qualquer serviço posterior ao facto originador da deficiência mas sim este mesmo facto.

27.º Durante as campanhas do ultramar todos os militares eram cidadãos portugueses e nessa qualidade lhes foi pedida pelo Estado português o seu contributo para o esforço de guerra.

28.º Para além de violar as normas dos art.ºs 13.º e 15.º da Constituição, como se disse, 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, repete-se, não apresenta conexão constitucionalmente relevante com o que se pretende reparar com a atribuição da posição jurídica em causa.

29.º 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*, em virtude da independência das ex-colónias e em aplicação do regime do decreto–Lei 308-A/75, de 24 de Junho.

30.º É que, como muito bem diz o acórdão 392/97, a respeito de situação análoga, não se podem equiparar estas duas causas de perda de nacionalidade (cfr. DR, II série, n.º 238, 1997.10.14, pg. 12604, 1.ª col.).

31.º De algum modo, a permitir-se entendimento contrário, seria o próprio Estado que excluiria da sua obrigação de reparação uma parte significativa dos seus beneficiários, com a agravante de se parecer estar a ressuscitar a diferença entre tropas metropolitanas e as recrutadas localmente nas colónias.

32.º O mesmo tipo de considerações vale, *mutatis mutandis*, para a norma do art.º 1.º do decreto–Lei 319/84, de 1 de Outubro, neste caso no âmbito do pessoal das forças de segurança e dos civis.

Termos em que se requer ao Tribunal Constitucional que declare com força obrigatória geral a inconstitucionalidade da norma constante dos artigos 1.º, n.º 1, do Decreto-Lei 43/76, de 20 de Janeiro, e 1.º do decreto–Lei 319/84, de 1 de Outubro, na parte em que reservam a nacionais portugueses a qualificação como deficiente das Forças Armadas ou equiparado, por violação das normas

contidas nos art.ºs 13.º e 15.º da Constituição da República Portuguesa.

A
Sua Excelência
o Conselheiro Presidente do Tribunal Constitucional

R-3292/92
1999.05.04

O Provedor de Justiça, no exercício do poder que lhe é conferido pelo artigo 281.º, n.º 2, alínea d), da Constituição, reproduzido pelo artigo 20.º, n.º 3, do seu Estatuto, aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, requer ao Tribunal Constitucional, em cumprimento do disposto no artigo 51.º, n.º 1, da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, a apreciação e declaração com força obrigatória geral da inconstitucionalidade da norma contida no artigo 13.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 594/74, de 7 de Novembro, por entender violar a mesma os artigos 18.º, n.º 2 e 46.º, n.º 1, da Constituição, nos termos e com os fundamentos seguintes:

I
O Objecto do Pedido

1.º O Decreto-Lei n.º 594/74, de 7 de Novembro, regula a liberdade de associação.

2.º O seu artigo 1.º, n.º 1, garante a todos os cidadãos maiores de 18 anos, no gozo dos seus direitos civis, o livre exercício do direito de se associarem para fins não contrários à Lei ou à moral pública, sem necessidade de qualquer autorização prévia.

3.º No entanto , caso se trate de associações internacionais, a sua promoção e constituição em Portugal depende, nos termos do artigo 13.º, n.º 2, de autorização do Governo.

4.º A identificação do âmbito normativo do artigo 13.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 595/74, não é tarefa simples, pois não se mostra apreensível, de forma clara, o significado da expressão "associações internacionais" utilizada pelo legislador.

5.º Conforme refere LUÍS CARVALHO FERNANDES, "atendendo ao sistema jurídico que as cria, as pessoas colectivas podem ser internacionais (ou de direito internacional) e internas (ou de direito interno). Por seu turno, estas últimas distinguem-se em nacionais ou estrangeiras, segundo o critério da situação da sede principal e efectiva da sua administração (...)" ("Pessoa colectiva - Pessoas colectivas em geral e no direito privado", Dicionário Jurídico da Administração Pública, VI, p. 348).

6.º Não parece que as associações internacionais a que faz menção o artigo 1.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 595/74 se possam reconduzir às pessoas colectivas internacionais, referidas no artigo 34.º do Código Civil, o qual estabelece que a sua Lei pessoal é a designada na convenção que as criou ou nos respectivos estatutos e, na falta de designação, a do país da sua sede principal.

7.º As pessoas colectivas internacionais, nos termos do artigo 34.º do Código Civil, compreendem apenas aquelas "que devem a sua criação a uma fonte de direito internacional, ou seja, a tratados ou convenções entre os Estados. (...) não [se] abrange, pois, aquelas organizações com finalidades internacionais, de natureza cultural (p. ex., a International Law Association, a Young Men's Christian Association) ou económica (empresas internacionais, cartéis internacionais, etc.), que não devem a sua constituição a qualquer convenção internacional. Tais organizações só poderão adquirir personalidade jurídica de acordo com a Lei do país da sede, que é a sua Lei pessoal" (J. BAPTISTA MACHADO, Lições de Direito Internacional Privado, 4.ª ed, Coimbra, 1990, p. 350).

8.º Com efeito, sendo a personalidade jurídica das pessoas colectivas internacionais atribuída pela ordem jurídica internacional, não faria sentido que a ordem jurídica portuguesa condicionasse a sua constituição ou promoção a autorização governamental, por se tratar de algo que escapa às ordens jurídicas nacionais.

9.º Por outro lado, reconduzindo-se estas pessoas colectivas internacionais a organizações internacionais formadas por Estados e ou outros sujeitos de Direito Internacional, mostrar-se-ia deslocado o seu tratamento num diploma que regula a liberdade de associação dos cidadãos.

10.º As associações internacionais objecto do Decreto-Lei n.º 594/74 parecem dever identificar-se com as organizações não governamentais, entendidas estas como "associações ou fundações, isto é, pessoas colectivas sempre sem fim lucrativo (...), criadas por iniciativa privada ou mista, cujo objectivo é o de influenciar ou corrigir a actuação dos sujeitos de Direito Internacional, especialmente dos Estados soberanos e das Organizações Internacionais (ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA/FAUSTO DE QUADROS, Manual de Direito Internacional Público, 3.ª ed., Coimbra, 1993, p. 402), ou, noutra definição, como "organisations privées qui ne poursuivent pas de but lucratif, qui fonctionnent selon les lois d'un Etat determiné mais qui exercent, au moins pour certaines d'entre elles, une influence internationale non négligeable. Leur nombre est considerável - plusiers milliers - et leur domaine d'action très diversifié, puisqu'il couvre toutes

les activités humaines, que ce soit le secteur culturel, scientifique, humanitaire, sportif, syndical, économique ou social" (DOMINIQUE CARREAU, Droit International, 4.ª ed., Paris, 1994, p. 398).

11.º Na impossibilidade de integrar as associações internacionais no conceito de pessoas colectivas internacionais, julga-se ser a sua inclusão na categoria das organizações não-governamentais a que corresponde à interpretação mais plausível do disposto no artigo 13,º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 594/74.

12.º Assim, as associações internacionais compreenderão as pessoas colectivas de substracto pessoal sem carácter lucrativo cujos fins impliquem o desenvolvimento ou a projecção das suas actividades fora de Portugal ou sobre a ordem jurídica internacional.

II
A Restrição da Liberdade de Associação

13.º Nos termos do artigo 46.º, n.º 1, da Constituição, os cidadãos têm o direito de, livremente e sem qualquer dependência de qualquer autorização, constituir associações, desde que estas não se destinem a promover a violência e os respectivos fins não sejam contrários à Lei penal - é o designado direito positivo de associação.

14.º 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.

15.º Integrando a liberdade de associação o elenco dos direitos, liberdades e garantias, as restrições de que seja alvo tem de respeitar os pressupostos contidos nos artigos 18.º, n.ºs 2 e 3, da Constituição.

16.º Assim, essas restrições só poderão ter lugar nos casos expressamente previstos na Constituição, limitando-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, e terão de assumir a forma de Lei geral e abstracta, sem efeito retroactivo e sem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

17.º 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 fins não sejam contrários à Lei penal.

18.º São esses os únicos limites que a Constituição admite à liberdade de for-

mação de associações, mostrando-se quaisquer outros, previstos por Lei, inconstitucionais (cfr., neste sentido, J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada, 3.ª ed., Coimbra, 1993, pp. 257-258).

19.º Deve assim considerar-se que, no que toca ao direito positivo de associação, os únicos "casos expressamente previstos pela Constituição" (na expressão do seu artigo 18.º, n.º 2) de restrição legal se reportam à proibição de associações cujos fins sejam contrários à Lei penal ou promovam a violência, não estando o legislador credenciado para prever restrições a este direito fundamental em nenhuma outra situação.

20.º Isto porque haverá que diferenciar os casos de colisão de direitos dos casos de restrição legal de direitos. Se é certo que podem surgir situações de conflitos entre direitos ou interesses constitucionalmente protegidos fora dos casos expressamente referidos pela Constituição, só quando esta antecipou e previu essas situações de confronto pode o legislador editar soluções genéricas e abstractas para a solução desses conflitos. As demais situações de colisão terão de ser resolvidas, caso a caso, pelos operadores judiciários, através da interpretação directa dos preceitos constitucionais (cfr., neste sentido, MANUEL AFONSO VAZ, Lei e reserva de Lei, Porto, 1992, pp. 319 e ss.).

21.º A norma contida no artigo 13.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 594/74, não se enquadra, claramente, nos casos de restrição expressamente admitidos pelo artigo 46.º, n.º 1, da Constituição: nos termos da norma constitucional, só podem ser proibidas as associações - nacionais ou internacionais - que se destinem a promover a violência ou cujos fins sejam contrários à Lei penal, âmbito do qual exorbita a atribuição, ao Governo, de um poder absolutamente discricionário para autorizar a constituição de associações internacionais.

22.º E não se pode pretender que a norma constante do artigo 13.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 594/74 seja passível de uma interpretação conforme à Constituição, nos termos da qual se consideraria que o Governo só não estaria vinculado a autorizar a constituição de associações internacionais nos casos em que os fins destas fossem contrários à Lei penal ou promovessem a violência.

23.º A finalidade da autorização governamental prevista pelo artigo 13.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 594/74, não é, seguramente, a verificação de que os fins das associações internacionais a constituir são lícitos; essa tarefa cabe ao Ministério Público, nos termos do artigo 4.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 594/74, com a redacção conferida pelo Decreto-Lei n.º 71/77, de 25 de Fevereiro, que lhe permite promover a declaração judi-

cial de extinção das associações - nacionais ou internacionais - não conformes "à Lei e à moral pública".

24.º A norma contida no artigo 13.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 594/74, viola, pois, o artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, ao prever uma restrição à liberdade de associação que não encontra expressa cobertura constitucional.

25.º A conclusão idêntica chegou, na apreciação de problema similar, o Tribunal Constitucional italiano, na sua Sentença n.º 193, de 3 de Julho de 1985, onde se afirma que *"è costituzionalmente illegittimo (...) l' art. 273 cod. pen. che subordina la liceità delle associazioni internazionali ad autorizzazione governativa. (...) non potendosi dubitare che la garanzia costituzionale, accordata genericamente al "diritto di associarsi liberamente" si estenda a tutte le ipotesi associative, salvi i limiti espressi che circonscrivono quel diritto e che non possono essere accresciuti dal legislatore ordinario"* (Giurisprudenza Costituzionale, 1985, p. 1509).

26.º Não se desconhece que um importante sector da doutrina defende que o artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, não limita a possibilidade de previsão de restrições legais aos direitos, liberdades e garantias apenas aos casos expressamente previstos no texto constitucional, por entender que a salvaguarda de outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos obriga a admitir a existência de restrições implícitas, fundadas não em normas, mas em princípios constitucionais (cfr., neste sentido, JORGE MIRANDA, Manual de Direito Constitucional, IV, 2.ª ed., Coimbra, 1993, p. 300).

27.º A ser assim, o que se admite aqui a título de mera hipótese, haveria que confrontar a restrição corporizada pela necessidade de obtenção de autorização governamental para a constituição de associações internacionais com os outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que ela visa salvaguardar, e verificar se essa restrição se mostraria conforme ao princípio da proporcionalidade, isto é, se poderia ser considerada uma medida adequada, necessária e tolerável, atento o fim que se propunha alcançar.

28.º Não se vislumbra com clareza qual o fim que o legislador pretendeu alcançar com a submissão da promoção e constituição de associações internacionais a prévia autorização governamental.

29.º No sucinto preâmbulo do Decreto-Lei n.º 594/74, o legislador mostrou claramente a intenção de romper com o apertado regime de condicionamento do exercício do direito de associação no regime jurídico anterior, ao afirmar que "o Estado de Direito, respeitador da pessoa, não pode impor limites à livre constituição de associações,

senão os que forem directa e necessariamente exigidos pela salvaguarda de interesses superiores e gerais da comunidade política. No processo democrático em curso, há que suprimir a exigência de autorizações administrativas que condicionavam a livre constituição de associações e o seu normal desenvolvimento".

30.º No entanto, no que respeita às associações internacionais, o Decreto-Lei n.º 594/74 consagrou regime idêntico ao previsto pelo Decreto-Lei n.º 37.447, de 13 de Junho de 1949, no seu artigo 25.º, 1.ª parte, integrado no capítulo intitulado "das actividades subversivas".

31.º Parece dever considerar-se que os amplos poderes conferidos ao Governo neste domínio se destinam à verificação da compatibilidade dos fins das associações internacionais a constituir com a prossecução dos interesses do Estado português, em especial na área das relações internacionais.

32.º Poderá aventar-se, assim, que a necessidade de autorização para a promoção e constituição de associações internacionais se prende com a salvaguarda dos interesses do Estado português no âmbito das relações internacionais, balizados pelo artigo 7.º da Constituição, que poderiam ser prejudicados pelo desenvolvimento das actividades dessas associações em países estrangeiros ou pela sua projecção sobre a ordem jurídica internacional.

33.º Mesmo que se aceite que um conceito tão vago como os "interesses superiores e gerais da comunidade política" se possa subsumir aos outros "direitos ou interesses constitucionalmente protegidos" referidos pelo artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, a medida restritiva aqui em análise seria claramente desproporcionada.

34.º Com efeito, se ela pode ser considerada adequada para a salvaguarda dos interesses do Estado português no âmbito das relações internacionais, na medida em que obsta, em termos absolutos, à constituição das associações internacionais que o Governo considere inconvenientes, não é, seguramente, necessária para aquele fim.

35.º Desde logo, porque não se entende que a protecção dos interesses superiores da comunidade política careça de instrumentos diferentes, no que respeita à constituição e actuação das associações, consoante esteja em causa a ordem jurídica nacional ou as ordens jurídicas estrangeiras e a ordem jurídica internacional.

36.º Serão, pois, suficientes para a protecção dos interesses comunitários os limites directamente instituídos pelo artigo 46.º, n.º 1, da Constituição relativamente à liberdade de constituição de associações: proibição da prossecução da violência e de

fins contrários à Lei penal.

37.º Atenta a "estreita analogia material entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídico-penais" (cfr. J. FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal português, II, Lisboa, 1993, p. 84), parece de admitir que a defesa dos interesses superiores da comunidade, quer no âmbito da ordem jurídica nacional, quer no que respeita à sua relação com as demais ordens jurídicas, é garantida de modo suficiente através da preservação dos bens jurídicos escolhidos pelo legislador penal.

38.º De resto, no próprio Código Penal se encontram manifestações de salvaguarda específica de bens com relevância para a ordem jurídico-internacional, no título referente aos crimes contra a paz e a humanidade.

39.º Entendendo-se que "às associações não são permitidos fins proibidos aos indivíduos" (J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, Constituição ..., p. 258), e que só esses fins, em princípio, lhes são proibidos (às associações), deve ser assegurado que os fins que os indivíduos só podem prosseguir (ou são melhor prosseguidos) associativamente não lhes são arbitrariamente vedados.

40.º Deve, pois, considerar-se que a sujeição da constituição de associações internacionais a autorização do Governo também contraria o princípio da proporcionalidade, na sua vertente necessidade.

41.º A desconformidade da norma contida no artigo 13.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 594/74, com a Constituição, terá acarretado a sua caducidade, nos termos do artigo 290.º, n.º 2, do texto constitucional, mas essa vicissitude não a subtrai à jurisdição constitucional, que pode conhecer da sua inconstitucionalidade e declará-la com força obrigatória geral (cfr., neste sentido, por todos, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 29/84, de 21.03.84, in Acórdãos do Tribunal Constitucional, 2.º Vol., 1984, pp. 434-435).

Termos em que se requer a declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade da norma contida no artigo 13.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 594/74, de 7 de Novembro, para os efeitos previstos pelo artigo 282.º, n.º 1, da Constituição, porquanto viola os artigos 18.º, n.º 2, e 46.º, n.º 1, da Constituição.

Ao
Meritíssimo Conselheiro
Presidente do Tribunal Constitucional

R-4052/98
1999.05.06

O Provedor de Justiça, no uso da sua competência prevista no art.º 281º, n.º 2, alínea d) da Constituição da República Portuguesa, vem requerer ao Tribunal Constitucional a fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade das normas contidas nos artigos 3º, n.ºs 1 e 2, 4º, 2ª parte e 5º, n.º 4, da Lei n.º 62/98, de 01 de Setembro. Entende o Provedor de Justiça que essas normas violam as disposições constantes dos artigos 165º, n.º 1, alínea i), 103º, n.ºs 2 e 3 e 112º, n.º 6 da Lei Fundamental, pelas razões adiante aduzidas.

1.º A Lei n.º 62/98, de 01 de Setembro visa regular o disposto no art.º 82º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (cfr. art.º 1º, n.º 1 daquele diploma).

2.º Deste modo, e reproduzindo no essencial o teor do art. 82º, n.º 1 da mencionada legislação, vem o art.º 2º da Lei n.º 62/98 referir que "no preço de venda ao público de todos e quaisquer aparelhos mecânicos, químicos, electrónicos ou outros que permitam a fixação e reprodução de obras e, bem assim, de todos e quaisquer suportes materiais virgens analógicos das fixações e reproduções que por qualquer desses meios possam obter-se incluir-se-á uma quantia destinada a beneficiar os autores, os artistas intérpretes ou executantes, os editores, os produtores fonográficos e os videográficos".

3.º A "quantia" a que se reporta o diploma em análise e toda a previsão legal que a enquadra revelam características peculiares, sendo que a questão que lhes está subjacente não se reconduz a uma mera situação de direito de autor, tal como definida no respectivo Código.

4.º De facto, a mencionada "remuneração" incide indistintamente sobre obras potencialmente protegidas - cfr. art.º 1º, n.º 1 do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos - e situações que se colocam fora do âmbito daquela legislação.

5.º A título meramente ilustrativo, refira-se que, nos termos da Lei objecto do presente requerimento, a "quantia" naquela definida é inevitavelmente paga com a aquisição de uma cassete vídeo, sendo indiferente a utilização concreta que é dada à mesma, por exemplo reproduzir uma obra protegida para efeitos da legislação do direito de autor ou pura e simplesmente proceder ao registo de uma cena doméstica.

6.º Pelo que a mencionada legislação comporta necessariamente uma componente tributária, criando normas que disciplinam as posições jurídicas de devedor e de credor de uma obrigação daquela natureza.

7.º Importa, pois, começar por apurar a natureza tributária da figura em causa, designada pela Lei de forma vaga e imprecisa por "quantia" ou "remuneração", sendo forçosa a conclusão de que aquela constitui afinal um verdadeiro imposto do ponto de vista jurídico-constitucional, como adiante se demonstrará.

Assim,

8.º Atendendo aos elementos unanimemente utilizados pela doutrina e pela jurisprudência para a definição de imposto, sempre se dirá que a quantia em apreço é uma prestação pecuniária, unilateral e definitiva, estabelecida por Lei e exigida por uma entidade que exerce as respectivas funções tendo em vista a realização de fins de interesse público, desprovidos de carácter sancionatório.

9.º A figura instituída pela Lei n.º 62/98 constitui, antes de mais, uma prestação, ou seja, o objecto de uma obrigação. Essa obrigação traduz-se na entrega de uma determinada quantia em dinheiro, logo consubstanciando uma prestação pecuniária.

10.º A prestação em apreço é unilateral, já que não se vislumbra qualquer contrapartida individualizada, contraprestação específica ou vantagem concedida ao sujeito passivo da relação, ou seja, não se regista qualquer utilidade a obter por este em troca do pagamento que efectua da quantia em causa.

11.º E não se diga que tal vantagem reside na utilização de uma obra protegida pelas normas que enquadram o direito de autor, visto a quantia em apreço incidir indistintamente soabre obras protegidas e situações colocadas fora do âmbito de aplicação daquela legislação, conforme já acima referido.

12.º É igualmente uma prestação definitiva, não originando qualquer reembolso, restituição ou indemnização, caracterizada ainda pela sua legalidade, mostrando-se deste modo obrigatória (ou coactiva na terminologia de alguma doutrina) na medida em que é criada por Lei.

13.º A remuneração é ainda, nos termos do diploma, estabelecida a favor de uma pessoa colectiva, cujas características importa agora analisar.

14.º Assim, e não obstante o carácter algo indefinido da entidade que o diploma manda enquadrar no regime legal das sociedades de gestão colectiva do direito de autor e dos direitos conexos (cfr. art.º 6º, n.º 8 da Lei n.º 62/98), de resto ainda por regulamentar, verifica-se a existência de diversos aspectos que conferem um carácter pú-

blico à pessoa colectiva em análise.

15.º Refira-se, antes de mais, a circunstância de a mesma ser criada por iniciativa pública, neste caso pela própria Lei, estando "as entidades legalmente existentes que representam os autores, os artistas intérpretes ou executantes, os editores, os produtores fotográficos e os videográficos" vinculadas ao imperativo consagrado no art.º 6º, n.º 1 daquele diploma. Por outro lado, é a própria Lei que determina alguns dos aspectos de organização e funcionamento da pessoa colectiva, prescrevendo determinadas matérias que deverão encontrar-se reguladas nos respectivos estatutos e programando a respectiva estrutura interna [art.º 6º, n.º 2, alínea h)], impondo que a mesma inclua como membros "os organismos que se venham a constituir e que requeiram a sua integração, sempre que se mostre que estes são representativos dos interesses e direitos que se visa proteger" (art.º 6º, n.º 3) e estipulando a arbitragem obrigatória com o árbitro presidente designado por despacho do Ministro da Cultura (art.º 6º, n.º 4).

16.º De resto, a entidade em causa, que tem por objecto a cobrança e gestão das quantias previstas naquela Lei (art.º 6º, n.º 1), tem igualmente o dever de "afectar 20% do total das remunerações percebidas para acções de incentivo à actividade cultural e à investigação e divulgação dos direitos de autor e direitos conexos" (art.º 7º, n.º 1). Regista-se da mesma forma uma importante função cultural no âmbito das atribuições da pessoa colectiva, com o regime de isenções previsto no art.º 4º do diploma, não sendo devidas as remunerações, "nos termos de despacho conjunto dos Ministros das Finanças e da Cultura, por entidades de carácter cultural sem fins lucrativos para uso em projectos de relevante interesse público".

17.º A gestão colectiva do direito de autor, com todas as questões que lhe são inerentes, impõe que o Estado chame a si a regulamentação e a fiscalização deste tipo de entidades, atento o interesse público em causa.

18.º No caso concreto, com a previsão da quantia em apreço, o Estado elevou a fim público o objectivo que visa a compensação dos autores e de outros intervenientes designados na Lei, conferindo a uma outra entidade as funções de arrecadação e de gestão daquelas receitas, na prossecução de uma óbvia política cultural para a concretização da qual os contribuintes são chamados a participar sem que para estes se vislumbre a obtenção de qualquer contrapartida específica, constituindo, assim, a denominada quantia não mais que um meio de financiamento daquele fim público, ou seja, um verdadeiro imposto.

19.º A pessoa colectiva está, assim, investida de poderes de autoridade, exercendo funções públicas em princípio apenas cometidas ao Estado ou a outras entidades públicas, como é o caso da arrecadação e gestão de receitas tributárias, com titularidade em nome próprio desse poder tributário, podendo eventualmente enquadrar-se no conceito reportado às associações públicas, definidas por Diogo Freitas do Amaral como "as pessoas colectivas públicas, de tipo associativo, criadas para assegurar a prossecução de determinados interesses públicos pertencentes a um grupo de pessoas que se organizam para a sua prossecução" (in "Curso de Direito Administrativo", Volume I, 2ª edição, Almedina, 1996, pg. 400).

20.º De qualquer forma e independentemente do facto de, após uma análise da legislação aplicável à entidade que for constituída em concreto, esta poder vir a ser considerada uma pessoa colectiva pública ou uma pessoa colectiva privada, a verdade é que a mesma prossegue inevitavelmente fins públicos, conforme fica demonstrado.

21.º Os fins prosseguidos pela pessoa colectiva não têm carácter sancionatório, não se pondo a questão da eventual tributação de actividades ilícitas - no caso, utilização ilegal de obras protegidas pelo direito de autor - já que, como atrás fica referido, a quantia em apreço não incide concretamente sobre as utilizações ilícitas de bens protegidos pelo direito de autor, mas apenas sobre bens abstracta e potencialmente geradores de uma actuação daquele tipo.

22.º Ainda que se entenda que o imposto em causa se enquadra no conceito de imposto sancionatório, visando, assim, punir a utilização ilícita de obras protegidas pela legislação relativa ao direito de autor, partindo designadamente da ideia que defende a impossibilidade prática de uma fiscalização eficaz naquele domínio, tal imposto seria inconstitucional, por equivaler, como considera Nuno de Sá Gomes, a uma "punição automática por via legislativa, violando assim o artigo 32.º da Constituição" (in "Manual de Direito Fiscal", Volume I, Rei dos Livros, 1996, pg. 70), já não só abstraindo da culpa ou do nexo de causalidade, mas radicalmente da própria verificação do facto ilícito.

23.º A anualidade estipulada para a fixação da remuneração prevista no art.º 3º, n.º 1 da Lei n.º 62/98 reforça o entendimento aqui expendido sobre a natureza jurídico-constitucional da quantia.

24.º Não concedendo sobre a qualificação acima feita, sempre se dirá, no entanto, que mesmo que se considere que a remuneração em análise consubstancia uma

receita do tipo parafiscal, atendendo à manifesta evolução do panorama tributário português e à diversidade que actualmente o caracteriza, há que atender ao facto de a mencionada quantia conter os elementos essenciais que definem a figura do imposto, pelo que a mesma estaria inevitavelmente submetida ao regime e disciplina jurídica específicos daquele, muito particularmente ao princípio da legalidade tributária. A propósito desta questão, refere Nuno de Sá Gomes, ob. cit., pg. 318, que no plano jurídico, o estudo da parafiscalidade tem "fundamentalmente interesse enquanto permite detectar verdadeiros impostos que, sob a designação eufemística de taxas, contribuições (...), os Governos pretendem subtrair aos princípios jurídicos que dominam a criação e conteúdo dos impostos, mas que, nessa medida, serão inconstitucionais, não obstante o generalizado, reiterado e impune uso dessas figuras e regimes tributários". Ainda J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira ao afirmarem que "a Constituição não deu guarida ao equívoco conceito de parafiscalidade, que comporta figuras que são verdadeiros impostos, que como tais devem ser tratados para todos os efeitos (reserva de Lei parlamentar ...), mesmo que cobrados em benefício de outras entidades que não o Estado (...)" (in "Constituição da República Portuguesa Anotada", 3ª edição revista, 1993, pg. 460).

25.º E é isso que não acontece no caso vertente, como se verá.

26.º Adianta José Casalta Nabais, in "Estudos sobre a Jurisprudência do Tribunal Constitucional", Editorial Notícias, 1993, pgs. 265 e 266, que "o princípio da legalidade fiscal (...) exprime-se assim numa reserva material de Lei formal que se analisa em dois aspectos ou (sub) princípios: 1) no princípio da reserva da Lei formal (...) que implica a reserva à Lei ou ao Decreto-Lei (parlamentarmente) autorizado da matéria fiscal referenciada; 2) no princípio da reserva material ou conteudística, em geral referido com base na dogmática alemã, por princípio da tipicidade (...), que impõe que a Lei ou o decreto-lei autorizado contenha a disciplina completa da matéria reservada".

27.º Os princípios da legalidade e da tipicidade em matéria fiscal encontram-se hoje consagrados respectivamente nos arts.º 165º, n.º 1, alínea i) e 103º, n.º 2 da Constituição, sendo que a última revisão do texto constitucional veio acrescentar à reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República "o regime geral das taxas e demais contribuições financeiras a favor das entidades públicas" (art.º 165º, n.º 1, alínea i), 2ª parte).

28.º A propósito do princípio da tipicidade, consagrado no art.º 103º, n.º 2 do

texto constitucional, onde se pode ler que "os impostos são criados por Lei, que determina a incidência, a taxa, os benefícios fiscais e as garantias dos contribuintes", refere José Cabalta Nabais, ob. cit., pgs. 269 e 270, que "quanto aos elementos dos impostos a reservar à Lei, estão aí incluídas as normas que definem o *an e o quantum* dos impostos, ou seja, as normas que criam ou definem a incidência dos impostos entendida esta no sentido amplo que abarca todos os pressupostos de cuja articulação resulta o nascimento ou não da obrigação de imposto e, bem assim, os elementos da mesma obrigação, o que se reconduz à definição normativa: 1) do facto ou situação que dá origem ao imposto (...); 2) dos sujeitos activos e passivos (...); 3) do montante do imposto (...); 4) dos benefícios fiscais".

29.º Atente-se agora nos comandos normativos de algumas das disposições do diploma em análise no presente requerimento.

Assim,

30.º Prescreve o art.º 3º, n.º 1 da Lei n.º 62/98 que o montante da remuneração prevista no art.º 2º, ou seja, a quantia a incluir no preço de venda ao público dos bens aí mencionados, destinada a compensar os autores e outros intervenientes pela reprodução ou gravação de obras, "é anualmente fixado, em função do tipo de suporte e da duração do registo que o permite, por despacho conjunto dos Ministros das Finanças e da Cultura, ouvidas as entidades referidas nos artigos 6º e 8º", ou seja, a pessoa colectiva já atrás mencionada e uma Comissão de Acompanhamento instituída pelo mesmo diploma.

31.º De resto, não é líquida a compatibilização da disposição a que se acaba de fazer referência com aquela que prevê, no n.º 3 do mesmo artigo, que "a remuneração a incluir no preço de venda ao público dos aparelhos de fixação e reprodução de obras e prestações é igual a 3% do preço de venda estabelecido pelos respectivos fabricantes e importadores".

32.º Por outro lado, pode ler-se no n.º 2 do mesmo preceito que "sempre que a utilização seja habitual e para servir o público, o preço de venda ao público das fotocópias, electrocópias e demais suportes inclui uma remuneração cujo montante é fixado por acordo entre a pessoa colectiva prevista no artigo 6º e as entidades públicas e privadas, com ou sem fins lucrativos, que utilizem aparelhos que permitam a fixação e a reprodução de obras e prestações".

33.º O art.º 4º, sob a epígrafe "isenções", adianta não serem devidas as mencionadas remunerações "nos termos de despacho conjunto dos Ministros das Finanças e da Cultura, por entidades de carácter cultural sem fins lucrativos para uso em projectos

de relevante interesse público" (2ª parte).

34.º Ou seja, o montante da quantia estabelecida pela Lei n.º 62/98 é fixado por despacho conjunto de dois Ministros (art.º 3.º, n.º 1). Por sua vez, o montante da remuneração a incluir especificamente no preço de venda ao público das fotocópias, electrocópias e outros suportes é fixado por acordo entre a pessoa colectiva gestora da mesma e outras entidades públicas e privadas (art.º 3º, n.º 2). Ainda de referir que parte do regime de benefícios fiscais relativos ao imposto é decidido por despacho conjunto de dois Ministros (art. 4º, 2ª parte), em manifesta violação do princípio da tipicidade legal consagrado no art.º 103º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa.

35.º Referindo-se precisamente ao mencionado princípio constitucional, adiantam J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, ob. cit., pg. 458, que deve "o imposto ser desenhado na Lei de forma suficientemente determinada, sem margem para desenvolvimento regulamentar nem para discricionaridade administrativa quanto aos seus elementos essenciais. Sendo essa a indiscutível densificação dogmática do princípio da tipicidade legal dos impostos, não pode deixar de considerar-se como constitucionalmente excluída a possibilidade de a Lei conferir às autoridades administrativas (estaduais, regionais ou locais) a faculdade de fixar dentro de limites legais mais ou menos abertos, por exemplo, as taxas de determinados impostos".

36.º Acrescenta igualmente José Casalta Nabais, ob. cit., pg. 273, no âmbito da questão da intensidade da reserva de Lei fiscal, que "esta não se fica pelos princípios ou bases gerais da incidência, taxa, benefícios fiscais e garantias dos contribuintes, compreendendo antes toda a disciplina normativa destes elementos, a qual não pode ser assim deixada para regulamentos ou para a acção discricionária da Administração". Por maioria de razão, também não pode ser remetida para acordos entre quaisquer outras entidades públicas ou privadas, como prevê o diploma em apreço.

37º. As mencionadas disposições da Lei n.º 62/98 ofendem igualmente o princípio da legalidade fiscal contido, por seu turno, no art.º 165º, n.º 1, alínea i) da Lei Fundamental. A este propósito adiantam J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, ob. cit., pgs. 458 e 459, que "é certo que, quanto à reserva de Lei da AR, o art. 168º-1/i (hoje art.º 165º) fala apenas em criação de impostos (...). Deve entender-se, contudo, que naquela expressão estão abrangidos todos os elementos referidos no n.º 2 (do art.º 106º, actual art.º 103º), desde logo porque se trata de elementos essenciais à própria definição do imposto e, depois, porque é esta interpretação que está de acordo com o sentido his-

tórico da reserva parlamentar da Lei fiscal, que arranca originariamente da ideia de autotributação, isto é, de a imposição fiscal só poder ser determinada pelos próprios cidadãos através dos seus representantes no parlamento". Apenas a título de exemplo, refira-se o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 205/87, publicado no Diário da República , I Série, de 03.07.87, que diz que os dois preceitos constitucionais devem ser lidos conjugadamente, e que constitui matéria da competência legislativa da Assembleia da República "não só a criação de cada imposto, mas também a determinação dos respectivos elementos essenciais enunciados no n.º 2 do artigo 106º" (pg. 2610). No que toca às isenções, e após confirmar o entendimento de que aquelas se encontram integradas na categoria dos benefícios fiscais, esclarece um outro aresto do mesmo tribunal (o n.º 274/86, publicado no Diário da República, I Série, de 29.10.86, pg. 3255), que as mesmas se contam "entre os elementos essenciais do imposto (...), devendo compartilhar, ao mesmo título que os demais, das garantias que a reserva de competência legislativa da AR implica".

38.º O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 461/87, publicado no Diário da República, I Série, de 15.01.88, refere, por seu turno, que "não cabe na reserva relativa de competência da Assembleia da República, pelo que se enquadra no domínio da competência legislativa concorrencial daquele órgão de soberania e do Governo, tudo o que, em matéria fiscal, excede a determinação daqueles elementos essenciais (v.g., as regras relativas à liquidação e cobrança)" (pg. 138 e sublinhado nosso). A propósito acrescentam ainda Gomes Canotilho e Vital Moreira, ob. cit., pg. 459, que "fora da reserva parlamentar de Lei fiscal parece ficar a matéria da liquidação e da cobrança (...), naquilo que não afecte as garantias dos contribuintes, pois ela não consta do elenco mencionado no n.º 2. Em todo o caso mantém-se a regra da reserva de Lei, não podendo a liquidação e a cobrança ser reguladas por via regulamentar".

39.º Não é isto que se passa igualmente com a cobrança da quantia estabelecida pela Lei n.º 62/98, onde se pode ler, no n.º 4 do art.º 5º, reportado precisamente àquela matéria, que "serão celebrados acordos entre as entidades interessadas no procedimento, que regularão os modos de cumprimento das obrigações previstas na presente Lei", mais uma vez com preterição do princípio que a Lei Fundamental consagra no art.º 103º, n.º 3.

Deste modo, e pelas razões expostas,

40.º As disposições contidas nos arts.º 3º, n.ºs 1 e 2 e art.º 4, 2ª parte da Lei n.º 62/98 desrespeitam os princípios constitucionais consagrados nos arts.º 165º, n.º 1, alí-

nea i) e 103º, n.º 2 da Lei Fundamental, prevendo a violação da reserva de competência legislativa da Assembleia da República, configurando a criação de um imposto com ofensa do direito fundamental dos cidadãos de não serem obrigados a pagar impostos que não hajam sido criados nos termos da Constituição, de acordo com o definido pelo n.º 3 do art.º 103º do texto constitucional. Este último normativo encontra-se ainda ofendido pela disposição constante do art.º 5º, n.º 4 do mesmo diploma.

41.º De resto, verifica-se ainda uma violação do art.º 112º, n.º 6 do texto constitucional, onde se pode ler que "nenhuma Lei pode (...) conferir a actos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos". Em anotação ao referido preceito, referem Gomes Canotilho e Vital Moreira, ob. cit., pg. 512, que "a deslegalização está sempre excluída nas matérias sujeitas ao princípio da reserva de Lei, sendo inconstitucionais quaisquer fenómenos de deslegalização incidentes sobre matérias que constitucionalmente não podem ser reguladas senão por via de Lei. A deslegalização – ou seja a retracção da disciplina legislativa a favor da disciplina por via regulamentar – só é possível fora do domínio necessário da Lei".

42.º As questões acima suscitadas a propósito da Lei n.º 62/98 tornam ainda pertinentes algumas considerações em matéria de certeza e segurança jurídicas.

43.º A propósito do princípio geral da segurança jurídica, afirma J. J. Gomes Canotilho que "o princípio da determinabilidade das leis reconduz-se (...) a duas ideias fundamentais. A primeira é a da exigência de clareza das normas legais, pois de uma Lei obscura ou contraditória pode não ser possível, através da interpretação, obter um sentido inequívoco capaz de alicerçar uma solução jurídica para o problema concreto. A segunda aponta para a exigência de densidade suficiente na regulamentação legal, pois um acto legislativo (...) que não contém uma disciplina suficientemente concreta (=densa, determinada) não oferece uma medida jurídica capaz de: (1) alicerçar posições juridicamente protegidas dos cidadãos; (2) constituir uma norma de actuação para a administração; (3) possibilitar, como norma de controlo, a fiscalização da legalidade e a defesa dos direitos e interesses dos cidadãos".(in "Direito Constitucional e Teoria da Constituição", 1998, pg. 251).

44.º A possibilidade de fixação de algumas das quantias estabelecidas pela Lei n.º 62/98 mediante acordos entre a pessoa colectiva criada pelo mesmo diploma e outras entidades públicas e privadas, como é o caso designadamente da remuneração a que

se refere o art.º 3º, n.º 2, já acima mencionada, põe seguramente em crise as exigências que estão subjacentes ao princípio da segurança jurídica aplicado ao domínio tributário.

45.º Os acordos em causa, que elegem a negociação e o diálogo como fontes principais da tributação em causa, serão provavelmente também eles fonte de insegurança quanto aos termos em que a prestação é acordada e devida, não só em relação a transacções futuras mas também em relação a factos já ocorridos, com a inerente questão da retroactividade das figuras tributárias.

46.º No elenco que faz dos princípios jurídicos fundamentais, também aplicáveis ao Direito Fiscal, inclui Nuno de Sá Gomes os relativos à "proibição do arbítrio geral, o que determina a inconstitucionalidade de normas que institucionalizem o arbítrio fiscal", acrescentando que é o que acontece com as "normas de tributação totalmente indeterminadas", e os princípios da "protecção da confiança e da segurança jurídica em relação às manifestações de força do Estado" (in "Manual de Direito Fiscal", Volume II, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, DGCI, 1996, pgs. 25 e 26).

47.º Independentemente da questão que envolve a qualificação jurídico-constitucional da figura tributária estabelecida pela Lei n.º 62/98, sempre se diria, no entanto, que a fixação da mesma através da negociação e do diálogo, nos termos definidos no diploma, seria manifestamente potenciadora de profunda indefinição, incerteza e insegurança, com potencial violação do princípio da não retroactividade das leis tributárias, hoje expressamente consagrado no art.º 103º, n.º 3 da Constituição, ele próprio enformador do valor da segurança jurídica e inerente protecção da confiança dos cidadãos, essencial num verdadeiro Estado de direito.

48.º Conforme afirma Saldanha Sanches, ao chamar a atenção para o facto de a segurança do direito e a justiça na tributação representarem "uma função paralela como garantias constitucionais contra o arbítrio fiscal" no domínio tributário, "se a administração fiscal pode lançar tributos a seu bel-prazer, sem normas que limitem a sua actividade, o lançamento dos impostos terá necessariamente uma natureza arbitrária, deixando os cidadãos sujeitos a decisões imprevisíveis, destituídas de regras que lhe dêem previsibilidade e transparência, criando assim uma repartição da carga fiscal que provém de decisões unilaterais e incontroladas" (in "A Segurança Jurídica no Estado Social de Direito", Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, DGCI, 1985, pg. 283).

Nestes termos, requer-se ao Tribunal Constitucional que declare a inconstitucionalidade com força obrigatória geral das normas contidas:

a) Nos artigos 3º, n.ºs 1 e 2 e 4º, 2ª parte da Lei n.º 62/98, de 01 de Setembro,

por violação das disposições constantes dos artigos 165º, n.º 1, alínea i), 103º, n.º 2 e 112º, n.º 6 da Constituição da República Portuguesa.

b) No artigo 5º, n.º 4 do mesmo diploma, por violação das normas contidas nos artigos 103º, n.º 3 e 112.º, n.º 6 da Lei Fundamental.

Ao
Meritíssimo Conselheiro
Presidente do Tribunal Constitucional

R-4528/99

O Provedor de Justiça, no uso da sua competência prevista no art.º 281.º, n.º 2, d), da Constituição da República Portuguesa, vem requerer ao Tribunal Constitucional a fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade das normas contidas

a) no art.º 25.º, 2, c), do decreto–Lei 244/98, de 8 de Agosto;

b) no art.º 101.º, n.º 1, a), b) e c), e n.º 2, do mesmo Decreto-Lei;

c) no art.º 125.º, 2, do mesmo Decreto-Lei;

d) no art.º 68.º, n.º 1, do decreto–Lei 59/93, de 3 de Março.

e) no art.º 97.º do Código Penal, na versão actualmente vigente;

f) no artigo 34.º, n.º 1, do Decreto-Lei 15/93, de 22 de Janeiro.

Entende o Provedor de Justiça violarem essas normas as contidas nos artigos 30.º, n.º 4, 33.º, n.º 1, e 36.º, n.º 6, da Constituição, pelas razões adiante aduzidas.

I
Da inconstitucionalidade da norma identificada em a)

1.º O Decreto–Lei 244/98, de 8 de Agosto, regula as condições de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território português.

2.º No seu art.º 25.º estabelece-se os termos em que deve ser negada a entrada a cidadãos estrangeiros em território nacional, elencando-se no n.º 2 várias causas de inscrição na lista nacional de não admissão.

3.º De entre as várias causas aí especificadas, realço a descrita na alínea c), mandando interditar a entrada em Portugal (e consequentemente no chamado Espaço Schengen) a quem tenha sido condenado em pena de prisão não inferior a um ano.

4.º A inscrição na lista de não admissão e consequente interdição de entrada é automática, não prevendo a norma qualquer ponderação.

5.º Esta consequência automática de uma decisão que não procedeu à valoração expressa da sua adequação e proporcionalidade colide frontalmente com a disposi-

ção do art.º 30.º, n.º 4, da Constituição, segundo a qual "nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos"

6.º Em anotação a este normativo constitucional referem os Profs. Gomes Canotilho e Vital Moreira (cfr. Constituição da República Portuguesa Anotada, 3ª edição, pág. 198) "o que se pretende é proibir que à condenação em certas penas se acrescente de forma automática, mecanicamente, independentemente de decisão judicial, por efeito directo da Lei, uma outra pena daquela natureza. "

7.º E fazem notar ainda os mesmos autores que "a teleologia intrínseca da norma consiste em retirar às penas efeitos estigmatizantes, impossibilitadores da readaptação social do delinquente e impedir que, de forma mecânica, sem atender aos princípios de culpa, da necessidade e da jurisdicionalidade, se decrete a morte civil, profissional ou política do cidadão (cfr. acs. TC n.º 16/84, 91/84, 310/85, 75/86, entre outros)".

8.º E, 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. (Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 127/84 e 16/84).

9.º Ora no caso vertente faz-se corresponder à aplicação de uma pena de prisão com um mínimo de certa duração a privação do direito, mesmo observadas que estejam as condições legais, de entrar em Portugal.

10.º Julga-se clara a contradição entre o efeito jurídico desta norma e a norma prevista no art.º 30.º, n.º 4, da Constituição, redundado numa inconstitucionalidade material.

11.º A respeito de norma que impunha a expulsão automática de cidadão estrangeiro condenado em pena de certa duração, o hoje revogado art.º 43.º do decreto–Lei 264-B/81, de 3 de Setembro, e da sua inconstitucionalidade face ao teor do art.º 30.º, n.º 4, introduzido na revisão constitucional de 1982, veja-se o que escreveu o Professor Doutro Figueiredo Dias, no seu Direito penal português. As consequências jurídicas do crime, Editorial Notícias, 1993, §§ 225 e 226.

12.º Algumas dúvidas suscita-me a alínea a) do mesmo art.º 25.º, n.º 2, mas julgo possível interpretar essa norma como apenas aplicável durante o período em que tenha sido decretada judicialmente a interdição de entrada, não podendo ser consequência perpétua ou de duração indefinida da pena de expulsão.

II
Da inconstitucionalidade das normas identificadas em b), c), d), e) e f)

13.º O art.º 101.º, n.º 1, a), b) e c), e n.º 2, do citado decreto–Lei 244/98, de 8 de Agosto, prevêem de modo genérico a possibilidade de ser aplicada a pena acessória de expulsão, no primeiro caso quanto a estrangeiros não residentes, no segundo quando possuam residência em Portugal há menos de 4 anos, no terceiro quando essa permanência seja entre 4 e 10 anos e na quarta norma identificada quando a residência ultrapasse esse limite.

14.º Faço notar que a Lei utiliza como definição de residente, segundo o art.º 3.º do mesmo diploma, aquele estrangeiro que esteja habilitado com título válido de residência em Portugal, sendo fácil verificar que esse condicionalismo jurídico pode ser, e geralmente será, desmentido no plano dos factos por uma permanência mais ou menos longa como imigrante dito ilegal.

15.º O art.º 125.º, 2, do mesmo Decreto-Lei 244/98, prescreve como consequência necessária do crime de violação de decisão de expulsão a aplicação de pena acessória de expulsão.

16.º O art.º 97.º do Código Penal, na versão actualmente vigente, permite a substituição da medida de internamento a inimputável de nacionalidade estrangeira pela medida de expulsão.

17.º O art.º 34.º, n.º 1, do Decreto-Lei 15/93, de 22 de Janeiro, estabelece, no tocante aos tipos penais contidos nesse diploma, a possibilidade de ser decretada a expulsão caso se trate de cidadãos estrangeiros.

18.º O acórdão do Tribunal Constitucional 181/97 julgou inconstitucional esta última norma por entender que a mesma, em raciocínio que se acompanha, viola as normas dos art.ºs 33.º, n.º 1, e 36.º, n.º 6, da Constituição, na medida em que seja aplicável a cidadãos estrangeiros que tenham filhos menores de nacionalidade portuguesa com eles residentes em território nacional.

19.º O art.º 125.º, 2, do mesmo Decreto-Lei 244/98, também foi julgado inconstitucional pelo acórdão do Tribunal Constitucional 470/99, em aplicação de raciocínio análogo ao contido no acórdão 181/97.

20.º Na verdade, aplicar uma pena de expulsão a quem tenha consigo a coabitar filhos menores de nacionalidade portuguesa implica, na provável maioria das situa-

ções, a saída forçada de território nacional desses cidadãos portugueses.

21.º Não me parece lícito praticar aqui a especiosidade de lembrar que não há um acto jurídico de expulsão nem tão pouco ficam esses menores impedidos de reentrar em território português.

22.º Julgo que aqui como na generalidade da interpretação do Direito há que atentar com mais acuidade na materialidade subjacente ao âmbito de protecção da norma, bastando para se considerar como violado o art.º 33.º, n.º 1, da Constituição, a prática de actos por parte do Estado de que resulte a saída compulsória de cidadãos do país.

23.º No caso vertente, na esmagadora maioria das situações o progenitor expulso tenderá a levar consigo a sua família, nem sequer se podendo falar, a respeito dos menores, num acto voluntário, ainda que inquinado pela coacção exercida pelas circunstâncias, de exílio.

24.º O facto de se tratar de filhos menores, dependentes economicamente, reforça a necessidade do seu afastamento do país, em nada se permitindo diferenciar a situação prevista no art.º 97.º do Código Penal, já que os motivos que podem determinar a inimputabilidade penal não são forçosamente causa de inibição de poder paternal ou, o que mais releva, serão necessariamente reconduzíveis à necessidade de afastamento entre pais e filhos.

25.º Disjuntivamente, caso se entenda que a coacção exercida para a saída do país dos filhos menores de nacionalidade portuguesa não é em grau suficiente para se considerar violado o teor do art.º 33.º, n.º 1, da Constituição, não é menos verdade que se violará então, impondo-o como alternativa, a norma prevista no art.º 36.º, n .º 6, d Constituição, separando os pais dos filhos por uma decisão judicial que, manifestamente, não é a que está prevista no inciso final da norma constitucional, por nada ter que ver com as condições do exercício do poder paternal e o seu bom desemp enho.

26.º Não creio caberem aqui a contra-argumentação expendida no voto de vencido ao acórdão 181/97, segundo o qual a separação entre pais e filhos é admissível, por ser inerente à pena de prisão, nem os argumentos que tentam levar esta questão para o plano da proporcionalidade das penas em concreto.

27.º Como bem se escreve no acórdão em causa, infirmando-se o acórdão então recorrido, não há analogia entre a separação entre pais e filhos provocados pela prisão e pela expulsão.

28.º Neste último caso, a separação entre pais e filhos é imposta pela própria natureza da pena, salvo o caso previsto na Lei para filhos menores de três anos em rela-

ção às respectivas mães que estiverem detidas, e não implica qualquer expulsão do território nacional, assim nunca estando em causa uma das normas constitucionais cuja violação se invoca.

29.º No caso que agora me ocupa, trata-se de discutir a admissibilidade de uma pena acessória e a sua conformidade com as normas constitucionais pertinentes.

30.º Não estamos a discutir os efeitos e admissibilidade de uma pena que a Constituição permite para todos os cidadãos, a de prisão, mas sim a de uma pena acessória, a de expulsão, que a Constituição manifestamente não tem por imperiosa, de tal modo que a proíbe expressamente em certos caso.

31.º É, além do mais, certo que a constitucionalidade da pena de expulsão não é em abstracto questionável se os filhos menores forem também de nacionalidade estrangeira, assim não se separando a família em alternativa à expatriação.

32.º Também não posso concordar com a perspectivação desta questão por via da análise dos casos concretos e da medida em que neles ocorrem ou não argumentos de necessidade, proporcionalidade e adequação desta pena acessória.

33.º Se é certo que perante o caso concreto toda e qualquer pena deve ser sujeita a este crivo, por se tratar de restrição a direitos fundamentais, o que se deve apreciar primeiramente é se a norma em abstracto se conforma com os valores constitucionais, permitindo-se num segundo nível de análise a sua aplicação quando for constitucional e legalmente adequada.

34.º O que ora se contesta é a própria consagração legislativa da pena de expulsão em termos de poder provocar a consequente expulsão de cidadãos nacionais ou, em alternativa, a separação familiar.

35.º Entendo que nessa análise não cabem juízos de proporcionalidade, face ao teor das normas constitucionais afectadas e ao que se passa a expor.

36.º Assim, há que partir do princípio de que a expulsão não pode ser vista como uma discriminação em função da nacionalidade na punição de crimes praticados.

37.º Em tese, a sanção sofrida por um nacional pela prática de determinado crime deve ser idêntica à de um estrangeiro, cœteris paribus.

38.º Só assim não é, podendo apenas o estrangeiro sofrer a pena acessória de expulsão, porque a Constituição proíbe a expulsão de cidadãos nacionais.

39.º O juízo de proporcionalidade opera face ao crime praticado e às circunstâncias objectivas e subjectivas que o rodeiam, alcançando-se uma punição que, à parti-

da, tem que ser idêntica qualquer que seja a nacionalidade do agente.

40.º O contrário seria considerar mais censurável um acto praticado em função da nacionalidade de quem o pratica, discriminação que julgo inaceitável face ao princípio da igualdade e todo o enquadramento constitucional e jus-internacional em matéria de protecção dos direitos do Homem.

41.º Assumindo que está que, no caso concreto, seria proporcional e adequada a aplicação da pena acessória de expulsão, não sendo ela aplicável no casos 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.

42.º Defendo assim que este crivo da necessidade, proporcionalidade e adequação deve operar ao nível da escolha e determinação da pena, não ao nível da apreciação da sua licitude face a outros parâmetros constitucionais como os que entendo estarem aqui em causa.

43.º Apesar de já se encontrarem revogadas, o mesmo raciocínio não pode deixar de ser aplicado às normas contidas no art.º 68.º, n.º 1, do decreto–Lei 59/93, de 3 de Março, antecessoras das agora previstas no decreto–Lei 244/98.

44.º Mesmo considerando o entendimento que o Tribunal Constitucional tem sistematicamente mantido a respeito de normas revogadas, neste caso há manifestamente interesse no conhecimento do fundo da questão, tendo em vista os efeitos retroactivos sobre os casos entretanto transitados em julgado, por via da excepção constante da segunda parte do art.º 282.º, n.º 3, da Constituição.

Nestes termos, requer-se ao Tribunal Constitucional que declare com força obrigatória geral a inconstitucionalidade das normas contidas:

1. No art.º 25.º, 2, c), do decreto–Lei 244/98, de 8 de Agosto, por violação do art.º 30.º, n.º 4, da Constituição;

2. Nos arts.º 101.º, n.º 1, a), b) e c), e n.º 2, 125.º, n.º 2, do decreto–Lei 244/98, de 8 de Agosto, no art.º 97.º do Código Penal, no artigo 34.º, n.º 1, do Decreto-Lei 15/93, de 22 de Janeiro, e no art.º 68.º, n.º 1, do decreto–Lei 59/93, de 3 de Março, na parte em que permitem a expulsão de cidadãos estrangeiros que tenham a seu cargo filhos menores de nacionalidade portuguesa, por violação conjugada dos art.ºs 33.º, n.º 1, e 36.º, n.º 6, da Constituição.

Ao
Meritíssimo Conselheiro
Presidente do Tribunal Constitucional

R-5851/99
1999.12.03

O Provedor de Justiça, no uso da sua competência prevista no art.º 281.º, n.º 2, d), da Constituição da República Portuguesa, vem requerer ao Tribunal Constitucional a fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade de parte da norma contida no artigo 6.º, n.º 2, a), da Lei 144/99, de 31 de Agosto. Entende o Provedor de Justiça violar essa norma as contidas nos artigos 33.º, n.º 4, e 18.º, n.º 2, da Constituição, pelas razões adiante aduzidas.

1.º A Lei 144/99, de 31 de Agosto, vem dispor sobre cooperação judiciária internacional em matéria penal, designadamente no seu título II em matéria de extradição.

2.º Embora não integrado nesse título, mas sim em sede de disposições gerais, no caso sobre requisitos negativos da cooperação internacional, vem o art.º 6.º, n.º 1, e), impor a recusa de cooperação, no caso vertente da extradição, quando "o facto a que respeita for punível com pena de morte ou outra de que possa resultar lesão irreversível da integridade da pessoa".

3.º No entanto, o mesmo artigo, no seu n.º 2, a), esclarece que a mesma recusa não terá obrigatoriamente lugar, sendo permitida a cooperação-extradição, quando o Estado que formula o pedido assegurar, por acto com determinados requisitos, que a pena em causa tiver sido previamente comutada.

4.º A Constituição da República Portuguesa de 1976, no seguimento de tradição humanista secular no combate à pena de morte e no espírito de respeito e garantia dos 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).

5.º 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 (cfr.

Ac. do Tribunal Constitucional 474/95).

6.º 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 excepção em determinado condicionalismo.

7.º O art.º 6.º, n.º 2, a), da Lei 144/99, de 31 de Agosto, faz no essencial tábua rasa dessa distinção constitucional, admitindo quer para uma quer para outra situação a possibilidade de extradição caso se verifique um condicionalismo correspondente ao previsto no art.º 33.º, n.º 5, já que a comutação prevista é, sem dúvida, uma das garantias acolhidas nesta norma.

8.º Se a comutação irrevogável é uma garantia especialmente reforçada, não deixa de o ser para efeitos do art.º 33.º, n.º 5, da Constituição, desse valor específico nada se permitindo assegurar quanto à sua compatibilidade com o n.º 4.

9.º Note-se que os termos do art.º 33.º, n.º 5, da Constituição, são mais exactamente reproduzidos na alínea b) do n.º 2 do art.º 6.º da Lei 144/99, tornando de algum modo inútil a parte da alínea a) que se refere à prisão perpétua, por constituir uma espécie dentro do género admitido pela norma constitucional citada.

10.º Poder-se-ia, falsamente, argumentar que o escopo do art.º 33.º, n.º4, qual seja o da protecção da vida humana (aqui se abrangendo a integridade física face a irreversíveis e graves lesões) e da não aplicação efectiva da pena de morte, fica suficientemente protegido pela verificação dos requisitos previstos na Lei, obedecendo assim aos termos do art.º 33.º, n.º 5, da Constituição, eventualmente de forma ligeiríssima mais reforçados.

11.º Não se crê, no entanto, ser essa a vontade da Constituição, todos os elementos de interpretação apontando no sentido contrário.

12.º Assim, o elemento literal aponta-nos para a necessidade de se dar utilidade à distinção feita na Lei Fundamental entre a previsão do n.º 4 e a do n.º 5 do art.º 33.º, não sendo de presumir, muito pelo contrário, a identidade de regimes.

13.º No que ao elemento histórico diz respeito, conforme relatado pelo Dr. Marques Guedes, um dos intervenientes no processo de revisão constitucional por parte de um dos dois maiores partidos (cfr. Uma Constituição moderna para Portugal, pg. 90-91), é patente a evolução sofrida durante o último processo de revisão constitucional,

intentando um dos partidos introduzir norma idêntica à agora acolhida na Lei, uniformizando os regimes da pena de morte e da prisão perpétua, proposta essa que, apesar de acolhida inicialmente no acordo de revisão constitucional entre os dois maiores partidos, acabou por não fazer vencimento.

14.º No que ao elemento sistemático diz respeito, permito-me remeter para o que deixaram escrito Jorge Miranda e Miguel Pedrosa Machado, em "O caso Varizo (extradição e *"non bis in idem"*)", Direito e Justiça, volume IX, 1995, tomo 1, pg. 226 e seguintes, e o primeiro destes autores no seu Manual de Direito Constitucional, tomo IV, pg. 166 e segs.

15.º Finalmente, analisando a teleologia da distinção encontra-se um fundamento material para a não admissibilidade no caso do art.º 33.º, n.º 4, da excepção permitida no respectivo n.º 5, sendo para o caso irrelevante a qualificação jurídica das garantias dadas pelo estado requisitante.

16.º Refira-se ainda a circunstância não despicienda de se ter introduzido expressamente a possibilidade de condicionalismos na proibição de extradição em caso de prisão perpétua, mantendo-se o texto anterior quanto à pena de morte, assim se inculcando de modo mais expressivo a natureza absoluta da proibição actualmente constante do art.º 33.º, n.º 4 (cfr. Pedro Caeiro, "Proibições constitucionais de extraditar em função da pena aplicável", Revista Portuguesa de Ciências Criminais, ano 8.º, fasc. 1, Janeiro-Março 1998, pg. 23; ligando a proibição de extraditar à protecção absoluta da vida humana, cfr. Gomes Canotilho/Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa anotada, 3.ª ed., pg. 211).

17.º A Constituição manifestamente não pretende permitir que a cidadãos estrangeiros que residam ou se encontrem em Portugal, ou mesmo cidadãos portugueses, no quadro do actual art.º 33.º, n.º 3, possa ser efectivamente aplicada a pena de morte ou a de prisão perpétua.

18.º No caso da prisão perpétua a Constituição basta-se com a garantia, nos termos nela previstos, assumida pelo estado requisitante em como não será aplicada.

19.º É certo, contudo, que o acto do estado requisitante, valendo embora como um compromisso assumido perante o Estado português, pode sempre ser violado.

20.º Isto é também verdade quando se exige um acto irrevogável e vinculativo, sendo certo que essa irrevogabilidade e vinculatividade, em última instância dependerão sempre das condições específicas do ordenamento interno do estado requisitantes, des i-

gnadamente em sede de invalidade da deliberação revogatória e sua fiscalização, bem como das condições de facto inerentes à vida interna do próprio estado requisitante, propiciadoras ou não de um efectivo estado de Direito.

21.º E mesmo incorrendo o estado infractor em responsabilidade internacional, não é menos certo que o cidadão extraditado se encontra sujeito ao seu *jus imperii*, podendo sofrer a pena que, lícita ou ilicitamente, esse estado decida infligir-lhe, sem que a protecção do Estado português lhe possa valer.

22.º É um risco que a Constituição se permite correr quanto à prisão perpétua mas já não quanto à pena de morte, inclusivamente pela natureza irreversível e irremediável da aplicação da mesma.

23.º O mesmo se diga face a lesões irreversíveis da integridade física.

24.º É este, sem dúvida, o sentido da distinção feita nos actuais n.ºs 4 e 5 do art.º 33.º pela Lei constitucional 1/97, e é esta importante distinção entre regimes que não é respeitada pela norma ora sindicada.

25.º Em sentido coincidente face a norma análoga, no domínio de versão anterior da Constituição mas sem que ocorram motivos que justifiquem outra conclusão, tem decidido já o Tribunal Constitucional (veja-se, por todos, o ac. 417/95), considerando a existência de garantias, por supostamente firmes que sejam, como irrelevantes para o texto constitucional que, como se viu, não foi alterado pela revisão de 1997.

26.º O mesmo tem sido defendido pela doutrina (cfr. Gomes Canotilho, anotação ao ac. do TC 474/95, in Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 128, n.º 3857, pg. 250).

27.º Para além de assim contrariar o teor do art.º 33.º, n.º 4, pode-se entender como também violado o art.º 18.º, nº 2, da Constituição, já que se intenta restringir uma garantia das compreendidas no título II da parte I da Constituição, sem que se possa incluir tal caso nos "expressamente previstos" na Lei Fundamental.

Termos em que se requer ao Tribunal Constitucional que declare com força obrigatória geral a inconstitucionalidade da norma constante do artigo 6.º, n.º 2, a), da Lei 144/99, de 31 de Agosto, na parte em que permite a extradição em casos em que seja aplicável a pena de morte ou de que resulte lesão irreversível da integridade física segundo o direito do estado requisitante, por violação das normas contidas nos art.ºs 33.º, n.º 4, e 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa.

Ao
Meritíssimo Conselheiro
Presidente do Tribunal Constitucional

R-5899/99
1999.12.10

O Provedor de Justiça, no uso da sua competência prevista no art.º 281.º, n.º 2, d), da Constituição da República Portuguesa, vem requerer ao Tribunal Constitucional a fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade da norma contida nos artigos 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei 204/91, de 7 de Junho, e 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei 61/92, de 15 de Abril. Entende o Provedor de Justiça violarem essas normas as contidas nos artigos 13.º e 59.º, n.º 1, a), da Constituição, pelas razões adiante aduzidas.

1.º O decreto–Lei 353-A/89, de 16 de Outubro, aprovou o Novo Sistema Retributivo da Função Pública, tendo, no seu art.º 38.º, n.º 2, estabelecido que o descongelamento da progressão nas categorias, seria gradual, distribuindo-se em três fases.

2.º A segunda fase do descongelamento de escalões operou-se nos termos do decreto–Lei 204/91, de 7 de Junho, que, para obviar a situações de injustiça relativa para funcionários promovidos após 1 de Outubro de 1989, como afirmado expressamente no seu preâmbulo, estabeleceu no seu art.º 3.º, n.º 1, que nesses casos a integração seria feita em escalão da nova categoria a que correspondesse um índice de valor não inferior a dez pontos ao que resultaria da aplicação das regras gerais estabelecidas para esse descongelamento.

3.º Do mesmo passo dispôs o art.º 3.º, n.º 1, do decreto–Lei 61/92, de 15 de Abril, que procedeu à terceira fase do descongelamento previsto na norma acima citada do decreto–Lei 353-A/89, também consagrando idêntico regime especial para os funcionários promovidos após 1 de Outubro de 1989.

4.º As situações de injustiça relativa denunciadas no preâmbulo do decreto–Lei 204/91 realmente existiram, tendo ficado solucionadas com os diplomas em causa.

5.º Mas, como demonstrei em recomendação que dirigi a Sua Excelência o Ministro das Finanças em 9 de Novembro de 1994, publicada no meu Relatório à Assembleia da República - 1994, Lisboa, 1996, pg. 202 e segs., cuja cópia junto em anexo, a aplicação dos normativos legais citados conduziu à criação de outras situações de injustiça relativa, com estabelecimento de uma relação inversa entre antiguidade e índice

remuneratório, ultrapassando alguns funcionários com menor antiguidade na categoria outros mais antigos (veja-se o n.º 7 da mesma recomendação e os exemplos aí apresentados).

6.º Esta situação, decerto não subjectivamente querida pelo legislador mas objectivamente resultante da Lei, é desconforme com o princípio da igualdade, visto criar uma diferenciação de tratamento não substantivamente acolhida por nenhum valor constitucional.

7.º Seria discutível e no limite eventualmente admissível, dependendo de opção legislativa, a não consideração da antiguidade no posicionamento remuneratório.

8.º No entanto a opção legislativa, na progressão para as carreiras horizontais, na progressão e promoção nas carreiras verticais, tem como base a antiguidade, de modo praticamente exclusivo quanto à progressão.

9.º E é de todo inadmissível fazer-se corresponder uma maior antiguidade a uma situação remuneratória inferior, por, ainda que correspondesse a uma valoração expressamente assumida, a mesma não reflectir critérios constitucionalmente aceitáveis e representativos da dignidade e valor do trabalho prestado.

10.º Do mesmo modo, como já entendeu esse Tribunal no seu acórdão 180/99, em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade, as normas em causa, na medida em que prevêem essa inversão de posicionamento, violam o princípio ínsito no art.º 59.º, n.º 1, a), da Constituição, segundo o qual a trabalho igual, salário igual, entendendo-se como é forçoso que um tratamento igual sugere o estrito respeito das desigualdades quando constitucionalmente valoradas.

Termos em que se requer ao Tribunal Constitucional que declare com força obrigatória geral a inconstitucionalidade das normas constante dos artigos 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei 204/91, de 7 de Junho, e 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei 61/92, de 15 de Abril, na parte em que, limitando o seu âmbito a funcionários promovidos após 1 de Outubro de 1989, permitem o recebimento de remuneração superior por funcionários com menor antiguidade na categoria, por violação das normas contidas nos art.ºs 13.º e 59.º, n.º 1, a), da Constituição da República Portuguesa.

Ao
Meritíssimo Conselheiro
Presidente do Tribunal Constitucional

R-648/95
1999.10.01

O Provedor de Justiça, no exercício do poder que lhe é conferido pelo artigo 281.º, n.º 2, alínea d), da Constituição, reproduzido pelo artigo 20.º, n.º 3, do seu Estatuto, aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, requer ao Tribunal Constitucional, em cumprimento do disposto no artigo 51.º, n.º 1, da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, a apreciação e declaração com força obrigatória geral da inconstitucionalidade das normas contidas nos n.ºs 1 e 2 da Portaria 153/96, de 15 de Maio, e nos artigos 1.º, n.ºs 6 e 7, 2.ª parte, e 8.º do Decreto-Lei n.º 48/96, também de 15 de Maio, por entender violarem as mesmas os artigos 18.º, n.º 2, ex vi art.ºs 17.º e 61.º, n.º 1, e 112.º, n.º 6, da Constituição, nos termos e com os fundamentos seguintes:

I
O Objecto do Pedido

1.º O Decreto-Lei n.º 48/96, de 15 de Maio, estabelece o regime dos horários de funcionamento dos estabelecimentos comerciais.

2.º O seu artigo 1.º, n.º 1, institui como regra geral a possibilidade de abertura dos estabelecimentos de venda ao público e de prestação de serviços entre as 6 e as 24 horas de todos os dias da semana.

3.º Os números seguintes do mesmo artigo prevêem, depois, regimes especiais para determinados tipos de estabelecimentos, determinando o n.º 6 que o horário de funcionamento das grandes superfícies comerciais contínuas, tal como definidas no Decreto-Lei n.º 258/92, com a redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 83/95, de 26 de Abril, será regulamentado através de Portaria do Ministro da Economia.

4.º E o n.º 7 do mesmo artigo estabelece que, no caso de estabelecimentos situados em centros comerciais, aplicar-se-á o horário de funcionamento previsto e estatuído no n.º 1, salvo se os mesmos atingirem áreas de venda contínua, tal como definidas no mencionado Decreto-Lei n.º 258/92, de 20 de Novembro, com a redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 83/95, de 26 de Abril, caso em que terão de observar o horário a estabelecer na Portaria de regulamentação mencionada no número anterior

5.º Este regime vem substituir o definido pelo artigo 1.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 417/83, de 25 de Novembro, o qual, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei

n.º 86/95, de 28 de Abril, determinava o encerramento das grandes superfícies comerciais contínuas entre as 2 e as 6 horas de todos os dias da semana e aos domingos e feriados nos meses de Janeiro a Outubro no que excedesse um período de seis horas em horário a fixar.

6.º O Decreto-Lei 48/96, de acordo com o seu art.º 8.º, entraria em vigor com a publicação da Portaria prevista no seu art.º 1.º, n.º 6.

7.º No seguimento destas normas legislativas, veio a Portaria 153/96, da mesma data, a estabelecer no seu n.º 1 um horário mais restritivo para as grandes superfícies comerciais contínuas e no n.º 2 a aplicação do mesmo regime aos estabelecimentos situados em centros comerciais referidos no n.º 7 do art.º 1.º do Decreto-Lei 48/96.

II
A Relação entre o Decreto-Lei 48/96 e a Portaria 153/96

8.º No rigor da letra do art.º 8.º, torna-se confusa a relação entre o Decreto-Lei 48/96 e a Portaria 153/96.

9.º Esta é aprovada ao abrigo de e visando regulamentar o diploma legislativo, sendo certo que este ainda não estaria em vigor por, conforme o seu art.º 8.º, só alcançar eficácia precisamente com a publicação da Portaria em apreço.

10.º De qualquer modo, considerando muito embora que se trata apenas de uma má técnica legislativa, o certo é que temos um acto legislativo que coloca a sua entrada em vigor na dependência da publicação de certo acto regulamentar.

11.º Não se trata da verificação de certos condicionalismos que integrem a previsão da norma, como seja a existência de estado de guerra, de sítio ou de emergência.

12.º Nesta última situação, embora dependa de actos jurídicos, inclusivamente considerados pela doutrina como tendo força afim à da Lei, a verificação da existência funciona para efeitos da aplicabilidade das normas legislativas em causa como um simples facto jurídico.

13.º Integram a previsão da norma mas não são condição da sua entrada em vigor.

14.º Também não se pode confundir a presente situação com a necessidade de regulamentação que torne exequível certa norma legislativa.

15.º Exequibilidade e vigência são conceitos muito distintos, sendo viável, perante o acto legislativo em causa, imaginar que a grande maioria das suas normas, a

começar pelas que conferem competência ao Ministro da Economia para a emissão dos regulamentos em causa, são de aplicação directa, sem necessidade de qualquer regulamentação. Isto pode-se dizer, desde logo, do seu art.º 1.º, n.º 1.

16.º Não pode deixar de se considerar violado o normativo contido no art.º 112.º, n.º 6, da Constituição, na medida em que um acto legislativo vê, com força obrigatória geral, paralisados os seus efeitos enquanto não ocorrer a publicação de um acto de outra natureza, no caso regulamentar, facto aliás incerto.

17.º É assim inconstitucional materialmente o art.º 8.º do Decreto-Lei 48/96.

18.º Poder-se-á dizer ser esta uma questão bizantina no caso concreto, atendendo à simultaneidade da publicação de um e outro acto, assim se tendo inclusivamente encurtado a *vacatio legis*.

19.º Julga-se, no entanto, que a declaração de inconstitucionalidade desta norma poderá ter efeitos pedagógicos em casos futuros.

20.º Por outro lado, ao estabelecer-se a possibilidade, no art.º 1.º, n.º 6, de derrogação do regime aplicável à generalidade dos estabelecimentos, prevista no n.º 1, está-se de igual modo a permitir uma modificação, com eficácia externa, de uma norma legislativa por uma norma de outra natureza, regulamentar, neste caso modificando a permissão jurídica de abertura ao público em função de uma categoria particular de destinatários da norma do mesmo n.º 1.

21.º É certo que, na ausência de portaria regulamentadora e, conforme se defendeu, não podendo o diploma legislativo necessariamente ver a sua eficácia incondicionalmente dependente da existência ou não dessa regulamentação, a sua entrada em vigor teria ocorrido verdadeiramente no fim do prazo supletivo de *vacatio legis*.

22.º E, assim, caso a Portaria, por hipótese válida, não tivesse sido publicada no mesmo dia, nenhuma dúvida tenho que fosse aplicável às grandes superfícies o regime geral do art.º 1.º, n.º 1.

23.º O art.º 1.º, n.º 6, do Decreto-Lei 48/96 viola assim frontalmente o preceituado no art.º 112.º, n.º 6, da Constituição, ao permitir a modificação do seu n.º 1.

24.º A inconstitucionalidade da norma constante do artigo 1.º, n.º 6, do Decreto-Lei n.º 48/96, não pode deixar de implicar, de forma consequente, a inconstitucionalidade da norma que a 2ª parte do n.º 7 do mesmo artigo encerra, na medida em que estende o regime definido nos termos do n.º 6 às grandes superfícies comerciais contínuas que se situem em centros comerciais.

III
O Tratamento Normativo da Restrição da Liberdade de Iniciativa Económica Privada

25.º A liberdade de iniciativa económica privada é garantida pelo artigo 61.º, n.º 1, da Constituição, "nos quadros definidos pela Constituição e pela Lei e tendo em conta o interesse geral".

26.º 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 (ANTÓNIO SOUSA FRANCO/GUILHERME D'OLIVEIRA MARTINS, A Constituição económica portuguesa - Ensaio interpretativo, Coimbra, 1993, p. 196), e possui um duplo sentido, pois inclui quer a liberdade de iniciar uma actividade económica, quer a liberdade de gestão e actividade da empresa (cfr. J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa anotada, 3.ª ed., Coimbra, 1993, p. 327).

27.º A liberdade de gestão ou de organização da empresa é "o direito de organizar livremente o processo de produção, isto é, de definir objectivos, combinar os factores de produção e dirigir a actuação das pessoas empregues na actividade empresarial. Esta liberdade é inerente à actividade empresarial, pois esta consiste basicamente na combinação trabalho/capital para a obtenção de um produto. Ao empresário compete maximizar a produção, minimizando os custos, de modo a assegurar rentabilidade ao capital investido" (MANUEL AFONSO VAZ, Direito Económico, 2.ª ed., Coimbra, 1990, p. 121).

28.º A partir desta caracterização sumária do conteúdo da liberdade de iniciativa económica privada, na sua vertente liberdade de gestão, pode seguramente entender-se que a instalação e o modo de organização das grandes superfícies comerciais contínuas, incluindo o horário de funcionamento, se integram no âmbito de protecção daquele direito fundamental.

29.º Assim, 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, consequentemente, os períodos em que terão de se encontrar encerrados.

30.º A liberdade de iniciativa económica privada integra o Título III da Cons-

tituição, referente aos direitos e deveres económicos, sociais e culturais.

31.º 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 reconhecida, nessa parte, natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias (cfr., neste sentido, por todos, JORGE MIRANDA, Manual de Direito Constitucional, IV, 2.ª ed., Coimbra, 1993, p. 454).

32.º A liberdade de iniciativa económica privada gozará, então, nos termos do artigo 17.º da Constituição, e no âmbito referido, do regime dos direitos, liberdades e garantias.

33.º Nessa medida as restrições normativas de que for alvo têm de respeitar os requisitos definidos pelo artigo 18.º, n.ºs 2 e 3 da Constituição: além de previsão expressa no texto constitucional, terão de limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, e não poderão diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial do direito fundamental em causa, devendo ainda revestir a forma de Lei com carácter geral e abstracto e sem efeito retroactivo.

34.º Pela leitura do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 48/96, de 15 de Maio, verifica-se que o legislador entendeu necessário alterar o regime jurídico dos horários de funcionamento dos estabelecimentos comerciais, a fim de proporcionar "A correcção de distorções da concorrência, especialmente através da introdução de uma uniformização nacional do regime de funcionamento das grandes superfícies que não desvirtue as potencialidades do mercado nem perpetue as clivagens que se vinham fazendo sentir e que levaram, inclusivamente, à coexistência, no mesmo concelho, de estabelecimentos com períodos de abertura muito diferentes; A promoção de uma política que prossiga a consolidação e o fortalecimento das pequenas e médias empresas, como segmento indispensável à reconquista do mercado nacional, numa estratégia geradora de emprego, integradora da distribuição com as pequenas e médias empresas agrícolas e industriais, e que permita, num justo equilíbrio de oportunidades, a coexistência de todas as formas empresariais; A preservação dos hábitos de consumo adquiridos e a satisfação das necessidades de abastecimento dos consumidores".

35.º Mas ainda no preâmbulo, o legislador logo esclarece que, afinal, "com o presente diploma estabelece-se um novo regime do horário de funcionamento dos estabelecimentos comerciais, com excepção dos respeitantes às grandes superfícies contí-

nuas. Constituindo este diploma um quadro geral de referência, estes últimos serão fixados através de Portaria do Ministro da Economia, a qual estabelecerá um horário único relativamente aos domingos e feriados".

36.º E efectivamente, o artigo 1.º, n.º 6 do diploma, remete para portaria do Ministro da Economia, sem fixação de quaisquer critérios, a regulamentação do horário de funcionamento das grandes superfícies comerciais contínuas.

37.º Esta solução legal corresponde a uma deslegalização (ou degradação do grau hierárquico) da matéria em causa.

38.º A deslegalização, com salvaguarda do regime previsto no art.º 112.º, n.º 6, não é, em si mesma, uma prática desconforme à Constituição, mas nem todas as matérias podem ser dela objecto. Como refere JORGE MIRANDA, "têm de ser observados os limites decorrentes das reservas constitucionais de matérias e competências. Onde houver reserva de Lei o legislador excederia as suas atribuições se reduzisse matérias aí compreendidas ao nível regulamentar" (Manual de Direito Constitucional, V, Coimbra, 1997, p. 212). Pode falar-se, nestes casos, em "incompetência negativa do legislador que se [verifica] quando o legislador reenvia irregularmente a fixação de regras jurídicas cuja competência lhe pertence para outra autoridade" (J.J. GOMES CANOTILHO, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Coimbra, 1998, p. 739).

39.º A inadmissibilidade da deslegalização em matérias sujeitas a reserva de Lei material tem também sido afirmada pela jurisdição constitucional, na senda do Parecer da Comissão Constitucional n.º 29/81 (in Pareceres da Comissão Constitucional, 17.º Vol., 1983, pp. 60 e ss.) - cfr. acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 458/93 e 641/95, in Acórdãos do Tribunal Constitucional, 25.º Vol., 1993, pp. 164-165, e DR, I Série-A, 26.12.95, p. 8091, respectivamente).

40.º A matéria das restrições aos direitos, liberdades e garantias está sujeita ao princípio da reserva de Lei, nos termos do artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, como já se referiu, pelo que "quaisquer intervenções - tenham conteúdo normativo ou não normativo - de órgãos administrativos ou jurisdicionais só podem dar-se a título secundário, derivado ou executivo, nunca com critérios próprios ou autónomos de decisão" (JORGE MIRANDA, Manual ..., IV, p. 294).

41.º É idêntico o entendimento do Tribunal Constitucional, que considera "que a própria regulamentação (e não apenas a restrição) dos direitos, liberdades e garantias tem de ser feita por Lei, ou então com base na Lei, mas sempre em termos de aos regulamentos da Administração não poder caber mais do que o estabelecimento de meros

pormenores de execução" (Acórdão n.º 174/93, in Acórdãos do Tribunal Constitucional, 24.º Vol., 1993, p. 72).

42.º O artigo 1.º, n.º 6, do Decreto-Lei n.º 48/96, ao referir que o horário de funcionamento das grandes superfícies comerciais será "regulamentado" através de Portaria, não está a remeter para um regulamento de execução, que se limitaria a desenvolver ou a completar uma solução pré-fixada pela Lei, o que não poria em causa a reserva de Lei em matéria de restrições de direitos, liberdades e garantias.

43.º A norma em causa prevê claramente o tratamento da questão através de regulamento independente (no sentido que lhe é conferido por J. J. GOMES CANOTILHO e pela jurisprudência constitucional, de regulamento para o qual a Lei se limita a definir a competência objectiva ou subjectiva para a sua emissão - cfr. Direito Constitucional ..., p. 734, e Acórdão n.º 641/95, loc. cit.), que terá de fixar, ele próprio - com ampla liberdade, visto que a Lei não previu quaisquer critérios -, o regime do horário de funcionamento das grandes superfícies comerciais.

44.º Ainda que se considerasse que a norma contida no artigo 1.º, n.º 6, do Decreto-Lei n.º 48/96 apenas poderia operar dentro dos limites horários referidos no n.º 1 do mesmo artigo - o que se admite por mera hipótese, já que os demais regimes especiais criados pelos restantes números do artigo em causa ultrapassam ou se afastam desses limites -, nem assim o diploma regulamentar que determine o horário de funcionamento das grandes superfícies comerciais deixaria de ter carácter inovatório e de estabelecer, ele mesmo, os termos da restrição à liberdade de iniciativa económica privada assim corporizada.

45.º O que parece determinante é que a Lei institui directamente um regime geral para o horário de funcionamento dos estabelecimentos de venda ao público e de prestação de serviços, e alguns regimes especiais para determinados tipos de estabelecimentos, sendo que, para as grandes superfícies comerciais contínuas, remete para regulamento a possibilidade de definição de um outro regime. Assim, é o regulamento, e não a Lei, que vai decidir em que dias e em que horas as grandes superfícies comerciais contínuas podem estar abertas ao público, e nessa medida, ao configurar-se como regulação primária restritiva de direitos, liberdades e garantias, ofende o princípio constitucional da reserva de Lei nessa matéria.

46.º Pode, pois, concluir-se que a norma contida no n.º 1.º da Portaria 153/96, ao estabelecer um horário de funcionamento das grandes superfícies comerciais contí-

nuas viola o artigo 18.º, n.º 3, da Constituição, ao efectuar uma inovação normativa em matéria objecto de reserva (constitucional) de Lei.

47.º Tal vício é também assacável ao n.º 2 da mesma Portaria, pelas razões já apontadas no n.º 24 desta petição.

Termos em que se requer a declaração com força obrigatória geral da inconstitucionalidade das normas contidas:

a) no artigo 1.º, n.sº 6 e 7, 2.ª parte, do Decreto-Lei n.º 48/96, de 15 de Maio, por violação do art.º 112.º, n.º 6, da Constituição.

b) no artigo 8.º do mesmo diploma, por violação da mesma norma constitucional;

c) nos n.ºs 1 e 2 da Portaria 153/96, de 15 de Maio, por violação dos artigos 18.º, n.º 2 e 61.º, n.º 1, da Constituição.

Ao
Meritíssimo Conselheiro
Presidente do Tribunal Constitucional

P-11/99
1999.06.25

O Provedor de Justiça, no uso da sua competência prevista no art.º 281.º, n.º 2, d), da Constituição da República Portuguesa, vem requerer ao Tribunal Constitucional a fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade das normas contidas nos artigos 13.º, n.º 3 e 14.º, n.º 2, do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores (EPARAA), na redacção constante da Lei 39/80, de 5 de Agosto, e na numeração da Lei 61/98, de 27 de Agosto. Entende o Provedor de Justiça violarem essas normas as contidas nos artigos 4.º, 6.º, 13.º e 225.º, n.º 3, da Constituição, pelas razões adiante aduzidas.

1.º O art.º 13.º, n.º 3, do EPARAA prevê a existência de dois círculos adicionais para a eleição da Assembleia Legislativa Regional, um correspondendo aos "açorianos" residentes noutras parcelas do território português e outro aos residentes no estrangeiro, cada um elegendo um deputado.

2.º O art.º 14.º, n.º 2, por sua vez, define que são eleitores naqueles círculos, ou seja, são "açorianos" os cidadãos portugueses residentes na área em causa e que tenham nascido no território da região autónoma.

3.º Faz-se assim participar na identificação do âmbito subjectivo de uma pes-

soa colectiva de população e território não o critério da residência mas sim o da naturalidade, com a criação de um arremedo de dupla cidadania.

4.º Normas idênticas constavam da Lei Eleitoral para a Assembleia Legislativa Regional dos Açores (Decreto-Lei 267/80, de 8 de Agosto), tendo sido declaradas inconstitucionais pela resolução do Conselho da Revolução n.º 68/82 (DR, I, 1982.04.22), com suporte em parecer no mesmo sentido da Comissão Constitucional (Parecer 11/82, publicado nos Pareceres da Comissão constitucional, 19.º volume, pg. 57 e segs.).

5.º Contudo, pelo princípio do pedido, não é possível estender a eficácia dessa declaração de inconstitucionalidade às normas constantes do EPARAA, apesar de ser evidente que a mesma *ratio decidendi* é aplicável em ambas as situações.

6.º Norma de idêntico alcance, em decreto que aprovava o Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma da Madeira, foi já objecto de uma pronúncia no sentido da inconstitucionalidade por esse Tribunal Constitucional, através do acórdão n.º 1/91 (Acórdãos do Tribunal Constitucional, 18.º volume, pg. 7 e segs.), tirado em fiscalização preventiva, considerando violados o art.º 4.º, 6.º e 227.º, n.º 1 e 3, (hoje o 225.º), da Constituição, com argumentação que se acompanha e que aqui se tem como reproduzida.

7.º Além das normas constitucionais que o citado acórdão considera como violados, julga-se ainda estar a ser infringido o princípio da igualdade, visto se estar perante a atribuição de direitos políticos em função do local de nascimento, sem que haja norma constitucional que tal permita.

8.º No mesmo sentido aponta o Parecer da Comissão Constitucional acima citado (cfr. Pareceres da Comissão Constitucional, 19.º volume, pgs. 75-76), que mereceu a concordância do Conselho da Revolução.

9.º É certo que as normas em causa nunca foram aplicadas, mercê da declaração de inconstitucionalidade das disposições do Decreto-Lei 267/80, de 8 de Agosto, a que se fez referência, o que no entanto em nada afecta o seu desvalor constitucional nem a possibilidade de serem sindicadas por esse Tribunal em sede de fiscalização abstracta sucessiva de constitucionalidade, importando expurgá-las do EPARAA.

Nestes termos, requeiro ao Tribunal Constitucional a declaração da inconstitucionalidade com força obrigatória geral, de acordo com o art.º 281.º, 2, d) e para os efeitos do art.º 282.º da Constituição, das normas contidas nos artigos 13.º, n.º 3, e 14.º, n.º 2, do Estatuto Político-Administrativo da Região Autó-

noma dos Açores (EPARAA), na redacção constante da Lei 39/80, de 5 de Agosto, e na numeração da Lei 61/98, de 27 de Agosto, por violação do princípio da igualdade e das normas dos artigos 4.º, 6.º e 225.º, n.º 3, da Constituição.

Ao
Meritíssimo Conselheiro
Presidente do Tribunal Constitucional

P-24/99
1999.12.14

O Provedor de Justiça, no uso da sua competência prevista no art.º 281.º, n.º 2, d), da Constituição da República Portuguesa, vem requerer ao Tribunal Constitucional a fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade da norma contida no artigo 82.º, n.º 1, d), do Decreto-Lei 498/72, de 9 de Dezembro (Estatuto da Aposentação). Entende o Provedor de Justiça violar essa norma as contidas nos artigos 13.º, 15.º, e 18.º, n.º 2, da Constituição, pelas razões adiante aduzidas.

1.º O art.º 82.º, n.º 1, d), do Estatuto da Aposentação, prescreve 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.

2.º Desta forma, a nacionalidade portuguesa é considerada pela Lei como condição sine qua non para a constituição ou manutenção da situação jurídica de aposentação, em idênticos termos ao que tal exigência é constitucional ou legalmente imposta para o exercício de cargos públicos.

3.º 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, no âmbito mais vasto da Declaração Universal dos Direitos do Homem (cfr. art.º 16.º, n.º 2, da Constituição).

4.º Importa, pois, enquadrar a norma em apreço no princípio de equiparação de direitos de estrangeiros e apátridas aos cidadãos nacionais e respectivas excepções, nos termos dos n.ºs 1 e 2 do art.º 15.º da Lei Fundamental.

5.º Entre essas excepções ao princípio da equiparação, releva aqui em primeiro lugar aquela que veda aos estrangeiros o exercício de direitos políticos ou de funções

públicas que não tenham carácter predominantemente técnico.

6.º Quanto à primeira excepção, não se vê como o direito à aposentação, radicado na prestação de serviço ao Estado ou a outra pessoa colectiva pública, possa ser considerado um direito político.

7.º O próprio direito de acesso à função pública está integrado sistematicamente nos direitos, liberdades e garantias pessoais e não nos de participação política (epígrafe do capítulo II do título II da parte I da Constituição), muito menos aqui se podendo integrar o direito à segurança social, no caso já subjectivada e devida aos funcionários públicos.

8.º Quanto à outra excepção prevista no art.º 15.º, visando "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)", conforme escrevem Gomes Canotilho, e Vital Moreira, Vital, Constituição anotada, 3.ª edição, pg. 135), não se vê como a ela poderá ser reconduzida a situação de aposentação, em que não há exercício de qualquer função pública.

9.º Embora não esteja assim vedada ope constitutionis a aposentação de cidadãos estrangeiros, resta apurar se será lícita a estatuição de tal medida por via legislativa, já que 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.

10.º É incontornável que essas restrições não podem escapar ao quadro geral das restrições aos direitos fundamentais, não se podendo, desde logo, revelar totalizantes, sob pena de desvirtuação do próprio princípio da equiparação, que é regra e não excepção (assim, Jorge MIRANDA, Manual de Direito Constitucional, tomo III, 3.ª ed., pg. 142).

11.º No caso em apreço, assumindo que o interessado reúne as demais condições para beneficiar da pensão de aposentação, a questão está em saber, em primeiro lugar, se a razão de ser que veda a estrangeiros o exercício de certos cargos é aplicável à situação de aposentação, em segundo lugar, e indiciando-se a resposta negativa à primeira questão, se é viável face aos valores constitucionais constituir autonomamente uma interdição legal justificável apenas face ao instituto da aposentação.

12.º Quanto à primeira questão, o exercício de funções públicas por estrangeiros encontra simultaneamente um limite e um fundamento na primeira parte do art.º

15.º, n.º 2, da Constituição, não podendo a Lei ordinária introduzir outras restrições que não sejam autorizadas pelo regime do art.º 18.º, tratando-se, como se trata de um direito, liberdade e garantia.

13.º A *ratio* desta limitação de direitos dos estrangeiros é a que já se indicou acima, citando Gomes Canotilho e Vital Moreira, entendendo-se que a função pública, na medida em que consiste no exercício de poderes públicos de autoridade, não é compatível com a ausência da cidadania portuguesa.

14.º Ora, se o exercício dos cargos que dão origem à aposentação estará sujeito a este crivo da nacionalidade, sendo exercício de funções públicas, em nenhum caso se pode pensar como análoga a situação de aposentado, em que por natureza não há exercício de qualquer função.

15.º 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 requisitos 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.

16.º Se isto é assim, nenhum fundamento tendo a analogia ou paralelismo de situações entre o exercício de funções públicas e a aposentação, por maioria de razão não se pode considerar como constitucionalmente adequada a restrição introduzida pelo art.º 82.º, n.º 1, d), do Estatuto da Aposentação, entendendo-se agora com razão de ser restringida apenas ao âmbito deste instituto.

17.º Repare-se, aliás, que esta segunda questão nem chega a ganhar verdadeira autonomia, já que a norma indissoluvelmente liga a restrição às restrições vigentes para o exercício de funções públicas, apenas se podendo colocar uma situação diferente caso toda e qualquer situação de aposentação exigisse a nacionalidade portuguesa, caso em que a sua inconstitucionalidade material seria abundantemente tida como óbvia.

18.º Não há quaisquer razões de interesse colectivo que justifiquem a norma em apreço.

19.º De harmonia com o princípio da igualdade, recebido no art.º 13.º da Constituição, são proibidas quaisquer discriminações constitucionalmente ilegítimas, devendo qualquer diferenciação de tratamento ser razoavelmente fundada e visar a protecção de um valor ou interesse constitucionalmente relevante.

20.º Ora, uma diferenciação de tratamento entre os nacionais portugueses e os

não–nacionais como a presente configura uma diferenciação discriminatória por restringir um direito com base na cidadania (cf. art.º 13.º, n.º 2, da Constituição), não autorizada constitucionalmente no art.º 15.º

21.º 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.

Termos em que se requer ao Tribunal Constitucional que declare com força obrigatória geral a inconstitucionalidade da norma constante do artigo 82.º, n.º 1, d), do Decreto-Lei 498/72, de 9 de Dezembro (Estatuto da Aposentação), por violação das normas contidas nos art.ºs 13.º, 15.º e 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa.

Ao
Meritíssimo Conselheiro
Presidente do Tribunal Constitucional

R-3797/99
1999.10.19

O Provedor de Justiça, no uso da sua competência prevista no art.º 283.º da Constituição da República Portuguesa, vem requerer ao Tribunal Constitucional a verificação da inconstitucionalidade por omissão de medidas legislativas que confiram exequibilidade à parte final do art.º 239.º, n.º 4, da Constituição, pelas razões adiante aduzidas.

1.º Desde a versão originária da Constituição de 1976, no seu art.º 246.º, n.º 2, que foi possibilitada a grupos de cidadãos eleitores a apresentação de candidaturas às assembleias de freguesia.

2.º No seguimento da consagração desta permissão constitucional, veio o Decreto-Lei 701-A/76, de 29 de Setembro, no seu artigo 5.º, a regular as condições necessárias à apresentação dessas candidaturas.

3.º A Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de Setembro, alargou a possibilidade da apresentação de candidaturas por grupos de cidadãos eleitorais a todos os órgãos autárquicos, na redacção que foi dada ao actual art.º 239.º, n.º 4, da Constituição.

4.º A possibilidade de iniciativa não partidária de apresentação de candidaturas

foi contudo sujeita aos termos a fixar em Lei que delimitasse as condições para o seu exercício.

5.º Não exige a Constituição que essa Lei seja publicada no que às freguesias diz respeito, visto já existir concretização bastante do regime no citado art.º 5.º do decreto–Lei 701-A/76 (para o aproveitamento de Lei anterior, cfr. Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, tomo II, pg. 520).

6.º Já no que aos órgãos dos municípios diz respeito, não existe no ordenamento jurídico português nenhuma norma legislativa que dê o mínimo cumprimento àquela determinação constitucional, não sendo possível recorrer à analogia com as disposições citadas do decreto–Lei 701-A/76, pela manifesta disparidade de situações a regular.

7.º Temos assim uma norma constitucional que de nada depende para poder produzir os seus efeitos a não ser a existência de Lei que lhe confira essa mesma exequibilidade

8.º Lei essa que está o legislador obrigado a aprovar, pelo comando que lhe é dirigido pela parte final do art.º 239.º, n.º 4 (cfr. Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, tomo II, pg. 247)

9.º Dois anos decorreram desde a entrada em vigor da Lei Constitucional 1/97 e não se conhece sequer iniciativa legislativa que se proponha colmatar a inconstitucionalidade por omissão, quanto mais, como é determinante para uma não verificação dessa mesma inconstitucionalidade, a publicação das normas exigidas constitucionalmente.

10.º A Lei 169/99, de 18 de Setembro, incidindo sobre a matéria da regime jurídico de funcionamento e competências dos órgãos dos municípios e freguesias, nada adiantou a este respeito.

11.º 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

12.º Na ausência dessa fixação, é unânime a doutrina em estabelecer a apreciação do momento relevante para se formular um juízo de incumprimento de acordo com a natureza da norma e as condições objectivas que tornem mais ou menos necessária ou imperiosa a tarefa legislativa (cfr. Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, tomo II, pg. 521, e J. J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, pg. 920).

13.º A este respeito, não se crê que os dois anos transcorridos e a regra do art.º 167.º, n.º 5, da Constituição tenham tornado lícita a omissão até agora verificada.

14.º Se é certo que as próximas eleições gerais para os órgãos autárquicos apenas decorrerão em Dezembro de 2001, não é menos certa a possibilidade de entretanto se poderem realizar eleições intercalares, onde a faculdade de grupos de cidadãos eleitores se prevalecerem do novo direito conferido pelo art.º 239.º, n.º 4, lhes está vedada pela inexistência do acto legislativo que confira exequibilidade a essa mesma norma constitucional.

15.º Contrariamente, em relação aos órgãos das regiões administrativas nenhuma censura do ponto de vista constitucional é possível, face ao condicionalismo que se conhece na instituição em concreto dessas autarquias locais.

16.º Por último, face a todos os elementos de interpretação da norma do art.º 239.º, n.º 4, afasta-se liminarmente a hipótese de a mesma poder ser interpretada no sentido de dar ao legislador a faculdade de escolher qual ou quais os órgãos para os quais é admissível a iniciativa popular de candidaturas.

17.º O sentido da alteração constitucional é, manifestamente, no sentido de se estender a todos os órgãos essa possibilidade, não sendo adequado um entendimento restritivo da mesma (assim, Alexandre de Sousa Pinheiro e Mário João de Brito Fernandes, Comentário à IV Revisão constitucional, pg. 522).

Nestes termos, requer-se ao Tribunal Constitucional que verifique a inconstitucionalidade por omissão resultante da falta de normas legislativas que confiram exequibilidade à norma constante do art.º 239.º, n.º 4, da Constituição.

2.6.3. Inspecções

Sistema Prisional

Conforme já mencionado no Relatório de 1998, concluiu-se em 1999 a segunda inspecção ao sistema prisional, de que resultaram várias centenas de recomendações. De tudo foi feito relatório especial, já entregue à Assembleia da República, pelo que apenas se transcreve aqui o texto com que o mesmo foi apresentado publicamente:

"1. Em 1996, como é do conhecimento público, entendi ser adequado sistema-

tizar a minha intervenção no sistema prisional, até aí feita de forma pontual e dispersa, de acordo com os casos concretos sobre os quais me era apresentada queixa ou de que eu tinha conhecimento através da comunicação social.

Realizei nesse ano "uma acção mais vasta, abrangendo a totalidade dos 51 estabelecimentos prisionais civis existentes em Portugal", que resultou num relatório final com uma reflexão sobre os problemas do sistema penitenciário português, considerado no seu conjunto, e a apresentação, ainda que sumária, da realidade nele vivida.

2. Dois anos e meio depois, decidi ser altura de verificar quais as mudanças relevantes que se teriam produzido no sistema prisional, tendo sido visitados, entre 12 de Outubro e 11 de Novembro passado, os 54 estabelecimentos actualmente existentes em funcionamento.

Tal como em 1996, esta inspecção traduz-se num relatório, composto de duas partes, designadas por A e B, nesta surgindo os relatórios elaborados a propósito de cada estabelecimento. Na parte A coligem-se as apreciações em torno de grandes temas, por esta ordem, caracterização dos reclusos, acolhimento e regulação interna, alojamento, alimentação, saúde, ocupação, tempos livres e convívio, relações com o exterior, segurança e disciplina e administração penitenciária.

3. Dirigi em 1996 a Sua Excelência o Ministro da Justiça duas centenas de recomendações, em matéria administrativa e legislativa, afinal as pistas que entendi adequado apontar como vias a seguir pelo nosso sistema penitenciário, para ultrapassar as três principais máculas que o afectavam, a saber, a insuficiência da prestação de cuidados de saúde, agravada pela proliferação de doenças infecciosas, a insuficiência do alojamento, em quantidade e qualidade e a deficiência verificada ao nível da ocupação de todos os reclusos, que permitisse cumprir o propósito da sua reinserção social.

De entre as várias recomendações que então fiz, incidindo sobre os mais variados temas da organização e funcionamento do sistema e de cada um dos seus componentes, começo por lembrar as que estavam directamente relacionadas com as situações mais degradantes, não só do ponto de vista físico mas também organizacional que me foi dado então observar.

4. Refiro-me às recomendações que fiz então para que fossem encerrados o estabelecimento prisional regional de Coimbra, as alas sul e norte do estabelecimento prisional de Alcoentre, o estabelecimento prisional do Montijo e a então Cadeia de apoio de Monção.

Não está agora em causa discutir de novo as razões, então sobejamente aduzi-

das, para esse encerramento proposto, nem relembrar a troca de argumentos então travada.

Limito-me, pois, a registar, quase três anos volvidos, a nova situação vivida em três destes estabelecimentos. Assim, as anteriores instalações masculinas do EPR de Coimbra forma encerradas, encontrando-se agora a funcionar em dois pavilhões novos, erguidos na cerca do estabelecimento central da mesma localidade. As alas sul e norte de Alcoentre, que então descrevi como "espelho da degradação, da incúria e da sobrelotação, não proporcionando (...) o mínimo de dignidade que é exigível em meio prisional", foram encerradas e sujeitas a obras de total reconstrução, encontrando-se agora em condições bastante razoáveis. A cadeia do Montijo tem vindo a ser alvo de total remodelação, por fases, encontrando-se a parte já remodelada em boas condições. Já o caso do agora EPR de Monção me merece algumas reservas. Se a estrutura física beneficiou de obras nos últimos anos, a sua situação funcional em nada se alterou, salvo a qualificação jurídica como estabelecimento prisional regional. Daí resulta a ausência de um conjunto mínimo de serviços, de todo inexistentes, esperando que a notícia, colhida há escassos dias, da nomeação de director em exclusividade para esse estabelecimento possa representar a vontade de mudança.

5. Grande parte do que escrevi em 1996 assenta na adequação do regime legal às novas realidades, vinte anos passados sobre a entrada em vigor do decreto-lei 265/79. Devo lamentar que ainda não tenha chegado o momento da reforma do regime penitenciário, maioritariamente contido no referido diploma, apesar da existência de estudo nesse sentido a que ainda não foi dada sequência no procedimento legislativo. Grande parte do que escrevi em 1996 assenta na adequação do regime legal às novas realidades, vinte anos passados sobre a entrada em vigor do referido diploma. Já existe um excelente instrumento de trabalho para tal, sob a forma de um relatório, datado de 1997, da comissão para a reforma do sistema de execução de penas e medidas, presidida pela Senhora Professora Doutora Anabela Rodrigues, que merece no geral a minha concordância e que urge ser alvo de decisão política.

Nesse âmbito legislativo, precisamente num aspecto em que não estou de acordo com a posição maioritária da referida comissão, coloco como pilar cimeiro a revisão do papel do IRS no sistema de execução de penas. Já aflorado no meu relatório de 1996, expressamente tratado no meu relatório de 1997, resultante da inspecção então realizada ao mesmo instituto, julgo necessário frisar a urgência de o recentrar no fulcro

da sua razão de ser – a assistência prisional e pós-prisional no sentido de se alcançar a reabilitação.

6. Não parecendo adequado, dado o lapso de tempo decorrido, tentar extrair grandes conclusões da comparação dos números obtidos em 1996 com os deste ano, em matéria de caracterização dos reclusos, sempre se dirá que o número total destes sofreu um aumento de cerca de 9%, mais rápido no fim de 1996 e princípio de 1997, tendo desde então decrescido ligeiramente.

Obteve-se um total declarado de 14556 reclusos, 10% dos quais do sexo feminino. O aumento das reclusas parece ter sido um pouco mais que proporcional ao aumento geral, aspecto que é particularmente preocupante pela pressão especificamente exigida ao nível do alojamento e da eventualidade de se ter que atender ao caso tão peculiar e delicado como é o acolhimento de crianças em meio prisional.

A análise da população feminina apresenta particularidades dignas de nota. Assim, ao contrário da população masculina em que pouco menos de metade são reincidentes, no caso feminino a percentagem de primárias é esmagadora, alcançando os 90%. Também em termos de origem geográfica há uma concentração enorme na região do Grande Porto e da Grande Lisboa. Todo este quadro é compatível com as motivações dos crimes, muito mais relacionadas com a toxicodependência do que no caso masculino.

Um elemento, espera-se que duradouro, verificado é a grande diminuição, não só em termos relativos como absolutos, do número de preventivos. Assim, dos 34% declarados em 1996 passou-se a 28%, número mais relevante se atendermos à subida do número total de reclusos. Se não parece indiciar-se um aumento das penas alternativas à de prisão, esta evolução sugere uma maior celeridade da justiça ou uma alteração de critérios na aplicação da medida de prisão preventiva, assim diminuindo as situações de clausura de quem não foi objecto de sentença condenatória.

Indagados os estabelecimentos sobre a sua percepção quanto às motivações do crime, se ligadas ou não à toxicodependência, os números alcançados permitem indicar uma percentagem masculina de 60% e feminina de mais de 80% como com ela relacionados.

Neste quadro, permito-me fazer especial menção da mais de centena e meia de indivíduos que foram declarados como cumprindo pena de prisão por simples consumo de estupefacientes, parecendo-me evidente que o seu lugar seria antes em centros de tratamento médico especializado.

Entre os condenados, quase 80% cumpre penas de longas duração, isto é, com mais de três anos.

Julgo ainda ser de frisar o grande aumento de regimes abertos concedidos, em especial pelo que reflectem em termos de ocupação dos reclusos e em abertura à sociedade exterior. Assim, em termos de regime aberto virado para o interior ocorreu um aumento de 50% em relação ao número observado em 1996, sendo esse aumento de 100% no que diz respeito ao regime aberto voltado para o exterior.

Matéria alvo de alguma polémica no ano que findou foi o das concessões de licenças de saída. Dos números alcançados, verifica-se uma baixa taxa de insucesso, de cerca de 0,5% nas saídas de curta duração e de cerca de 1,5% nas de longa duração. De notar ainda que a taxa de insucesso é virtualmente nula no caso feminino. Penso, pois, que o alarmismo suscitado à volta de um caso bastante mediático foi injustificado.

7. A taxa de ocupação, tomando como parâmetro os espaços de alojamento efectivamente à disposição e em utilização está sensivelmente idêntica à realmente vivida em 1996, situando-se nos 142%. Caso se considerem as camas que estavam em obras de remodelação, disponíveis a curto prazo, a taxa actual desce para 134%. Questão sempre candente, pelo seu imediatismo e pelos efeitos bastante visíveis na vida prisional é a da sobrelotação.

Na abordagem deste problema, um primeiro aspecto considerado foi o da correcção do termo original de comparação, isto é, do nível de sobrelotação existente em 1996. Este tinha sido calculado com base na lotação declarada então pelos estabelecimentos, tendo eu então recomendado que se procedesse a uma análise da sua correcção, face a variados parâmetros de habitabilidade, análise essa que foi efectuada, e bem, em 1997 pela Direcção Geral dos Serviços Prisionais.

Verificando agora o estado do parque prisional em 1996, entendi tomar como certa uma taxa de ocupação para esse ano na ordem dos 143%.

Hoje, tomando como parâmetro os espaços de alojamento efectivamente à disposição e em utilização, a taxa de ocupação está sensivelmente idêntica, situando-se nos 142%.

Noto, no entanto, que mesmo admitindo-se este valor ele corresponde a um aumento considerável do número de vagas, já que, como se disse atrás, o número de reclusos subiu cerca de 9%.

Tendo em consideração que muitos estabelecimentos estavam em obras de re-

modelação, com prazo de conclusão a breve trecho, entendi como adequado calcular uma outra taxa de ocupação, admitindo a rápida disponibilização desses espaços. Com esse critério, a taxa de ocupação seria hoje de cerca de 134%, correspondendo a uma quebra de 9 pontos percentuais desde 1996.

Como estabelecimentos mais sobrelotados, temos os regionais, sendo aliás aqueles em que mais se sente o fenómeno, pela escassez de espaços comuns, que permitam diluir esse excesso de ocupantes. Vinte e seis estabelecimentos tinham taxas de ocupação superiores a 150%, sendo que, ao contrário dos seis EPR que em 1996 tinham taxas superiores a 300%, hoje só o EPR de Portimão (e, de momento, o de Montijo) apresenta valor superior a esse limite. Só em 19.º lugar se encontra o estabelecimento central mais sobrelotado, o EP do Porto.

8. Se em 1996 deixei vincada a ideia que a sobrelotação não era impeditiva da realização das mudanças que se impunham, não podendo servir de álibi, verifico agora, com satisfação, que a realidade me deu razão. Muito do que apontei em 1996 foi alcançado, sem que a sobrelotação tenha desaparecido, tendo aliás simultaneamente sido mitigada. Tal não significa, naturalmente, que a sobrelotação não tenha que ser obrigatoriamente eliminada e no período mais curto de tempo, seja pelo aumento de vagas, seja, o que se prefere mas se lamenta não ser, previsivelmente suficiente, pelo aumento do número de penas alternativas à de prisão e do número e qualidade de sucesso na reinserção e na não desinserção, isto é, da prevenção do crime na sua raiz.

A própria estrutura da organização do estabelecimento deve ser repensada. O aumento verificado nos técnicos de reeducação é de saudar, nunca esquecendo a necessidade de se garantir sempre um envolvimento do IRS, após o devido recentramento de competências, bastante desviadas nos anos 90.

Notou-se também alguma renovação entre os dirigentes dos estabelecimentos prisionais, com a mudança ou rotação de cerca de metade, desde a última visita.

Em situação de sublotação estavam os EP de Funchal (98,4%), Vale de Judeus (97,8%) e de Izeda (88,9%) e o Hospital Prisional de São João de Deus (78,4%).

9. Em termos de alojamento, sem prejuízo do que já se fez, julgo que o essencial permanece inacabado. E o essencial é a construção do novo estabelecimento prisional feminino do Norte, assim garantindo um tratamento igual e adequado a reclusos e reclusas; o essencial é a construção de novos espaços que permitam eliminar o défice ainda existente, correspondendo a um terço da actual capacidade; o verdadeiramente essencial é dispor de estabelecimentos que, pela sua própria estrutura, permitam ser mais

do que depósitos de homens e mulheres, através da separação entre reclusos com características e necessidades diversas, permitindo um atendimento e tratamento de cada caso o mais personalizado possível.

O nosso parque prisional, na sua esmagadora maioria, não permite esse tipo de actuação, sendo hoje, na generalidade, incumprido o já de si tímido e formal preceito legal que impõe a separação de certas categorias de reclusos, como entre preventivos e condenados, jovens e adultos e primários e reincidentes. De entre elas, destaco a dos jovens com idade inferior a 21 anos, para cujo número continua a ser largamente insuficiente o estabelecimento prisional de Leiria. Está criada há três anos um estabelecimento com o mesmo objectivo, em Viseu. É imperativo que, quanto antes, seja posto em funcionamento, sendo certo que a separação dos jovens pode ser um meio poderoso e decisivo na sua reinserção e que a reinserção de um jovem representa uma vida útil recuperada para o próprio e para a sociedade.

Não se pode ignorar que este programa exige verbas avultadas. Para grandes necessidades, no entanto, grandes remédios e foi nesse sentido que recomendei a análise de experiências similares em países da União Europeia, como o caso da França, para a concertação de acções entre instituições públicas e privadas.

No que às condições físicas de alojamento diz respeito, o degradante e repulsivo balde higiénico ganha papel de relevo. Sendo a regra em 1996, assumindo contornos particularmente chocantes em situações de sobrelotação, com 3 e 4 ocupantes na mesma cela, se o mesmo já não se pode dizer em 1998, infelizmente também não se pode ainda qualificar a sua existência como excepção, existente que ainda é em estabelecimentos com número avultado de reclusos. O balde foi ainda referenciado total ou parcialmente em 9 estabelecimentos centrais e especiais, e em 21 estabelecimentos regionais.

10. O sector alimentar encontra-se em melhores condições do que em 1996, facto a que não será alheia a tendência verificada para a contratação de empresas privadas do ramo, com tradução na renovação de equipamentos e instalações.

A estrutura ao nível dos refeitórios pareceu continuar, no entanto, insuficiente, facto a que também não é alheio a sobrelotação.

Verifiquei, com agrado, os efeitos decorrentes de duas das minhas recomendações nesta matéria em 1996. Uma delas, a maior tecnicidade na composição das ementas, foi adquirida através da contratação de dois especialistas um para a região norte e outro para o sul. Na outra, visando a introdução de um reforço alimentar que permitisse

ultrapassar o grande lapso de tempo existente entre a hora do jantar e o pequeno almoço, apesar de algumas dificuldades, parece que se cumpriu no essencial o fim visado.

11. Ao nível da ocupação dos reclusos, foram agora encontradas taxas mais elevadas ao nível do ensino e do trabalho. A formação profissional está em melhor situação que em 1996, tendo, no entanto, sofrido um inexplicável recuo de 1997 para o ano findo.

Há, no entanto, que se encontrar um novo paradigma da realidade laboral prisional, assente menos na ergoterapia e mais na preparação adequada e eficiente para o (re)ingresso no mundo activo. A actividade de faxinagem apresenta um peso desproporcionado no trabalho prisional, pouco diferenciado e pouco voltado para a preparação para a vida em liberdade.

Não se pode esquecer a necessidade de aproximar as remunerações dos reclusos das dos trabalhadores livres, tendo como meta a equiparação possível, por, para além do que representa em termos de sobrevivência, sua e de suas famílias, se incrementar o sentido de justiça, base essencial de uma política de reinserção.

Hoje o valor-hora do salário mínimo nacional representa um dia da remuneração mínima de um recluso. Mesmo considerando as despesas que estão cobertas pela situação de reclusão, é um valor de todo desproporcionado, que os aumentos dos últimos anos, se bem que superiores largamente à taxa de inflação, não conseguiu ultrapassar.

12. Tomei nota que está em marcha, com a construção de estruturas apropriadas e a aprovação de regulamento próprio o acatamento da minha recomendação de 1996 sobre realização de visitas íntimas, a avançar como projecto piloto nos EP de Funchal e de Vale de Judeus. Faço votos para que rapidamente se alargue aos outros estabelecimentos prisionais e em termos mais abrangentes.

Além dos problemas de melhoria da qualidade de vida em função da do alojamento, entendo merecedor de atenção o incremento da qualidade de reinserção. Nesse particular, as condições de tratamento penitenciário individualizado, *rectius* resultantes em primeira linha da possibilidade de separação entre reclusos, actualmente inexistente, ganham maior dinamismo. Só com a construção e remodelação profunda dos actuais estabelecimentos, ou seja, de uma profunda reconversão de todo o parque prisional, como já disse, será possível adaptar a estrutura física à nova estrutura teorética da reinserção.

Devo aqui realçar, pela sua natureza de ponta, um projecto existente no esta-

belecimento prisional regional de Ponta Delgada com a utilização de meios informáticos e telemáticos – o chamado teletrabalho. Reunindo uma componente de formação profissional, parece-me de chamar particularmente a atenção para este projecto e método de trabalho, especialmente talhado que está para o meio prisional, minimizando deslocações e comprometimento de pessoal de vigilância. Muito desejaria que este projecto fosse acarinhado e estendido a todos os estabelecimentos prisionais.

13. Em matéria de saúde, as duas sombras negras continuam a chamar-se toxicodependência e doenças infecciosas.

Quanto à primeira, deixando algumas considerações adicionais mais para diante, não posso deixar de considerar o panorama tão ou mais negro que em 1996, pese embora o incremento de programas de apoio a toxicodependentes, designadamente pela construção de unidades livres de droga.

No que às doenças infecciosas diz respeito, é petrificante a análise dos dados declarados pelos vários estabelecimentos. Um quarto da população prisional está infectada pelas hepatites víricas (B e C), acusando um acréscimo global de 2323 casos declarados desde 1996, isto em termos instantâneos, não contando com os que entretanto entraram e saíram do sistema.

No que aos seropositivos para o VIH diz respeito, globalmente aponta-se para cerca de 11% de reclusos, valor que uma tendência de tipo ascendente face aos 9% de 1996. Estes números são calculados bastante por baixo, tendo em atenção o escasso conhecimento que muitos estabelecimentos revelaram desta matéria. Por outro lado, estabelecimentos houve que declararam percentagem impressionantes, como o de Sintra (26%) e o da Polícia Judiciária de Lisboa, com uns espantosos 53%.

Foram mencionados ainda com SIDA declarada 379 casos, 38 dos quais internados no hospital prisional. Neste, quase 90% da mortalidade verificada reporta-se a casos de SIDA.

Já tendo apontado números sobre as hepatites B/C, há estabelecimentos que têm a maioria dos seu reclusos com esse grave problema de saúde, existindo mesmo um que atinge os 90%.

Finalmente, relacionada essencialmente com a SIDA, a tuberculose recrudesceu, apurando-se uma duplicação do número de casos declarados em 1996.

Estes dados não devem preocupar apenas os responsáveis dos serviços prisionais. O meio prisional não é estanque ao meio livre e o estado de saúde num reflecte-se

mais cedo ou mais tarde no outro.

A grande pressão exercida pela toxicodependência e pelas doenças infecciosas, conduzindo, ademais, a um esforço financeiro brutalmente acrescido cada ano que passa, exige um empenhamento mais esforçado, não só do Ministério da Justiça, mas de todo o Estado, essencialmente do Ministério da Saúde, enquanto serviço governativo com a atribuição de velar pela saúde pública.

Assim, julgo imprescindível um maior envolvimento das estruturas deste último Ministério, evitando-se, ademais, por ridículas se não fossem graves, situações como a verificada no hospital prisional em que determinado equipamento, de grande valia para a prevenção e tratamento da tuberculose, não foi comparticipado por uma estrutura do Ministério da Saúde com responsabilidades no combate à SIDA, com o argumento de que o sistema prisional não era um subsistema do Serviço Nacional de Saúde.

No que ainda à saúde diz respeito, persiste alguma indefinição sistémica, que se reflecte nalguma desarticulação que se sentiu no terreno, com eventual sobrecarga de algumas estruturas e défice de aproveitamento doutras. Também a precariedade da situação jurídico-laboral de boa parte dos quadros médicos e paramédicos induz alguma preocupação quanto ao futuro.

No entanto, é de justiça reconhecer a construção entretanto levada a cabo de novas e modernas unidades de saúde, designadamente no Porto, Paços de Ferreira, Leiria e no Linhó. Também, tal como recomendei, foram levadas a cabo obras de alargamento e melhoria no hospital prisional, na sua clínica psiquiátrica e na clínica de Santa Cruz do Bispo.

Embora condicionado às reservas que formulei quanto ao seu quadro jurídico contratual, também é justo reconhecer o aumento de pessoal médico e de enfermagem, sendo no entanto ainda manifestamente insuficiente para as necessidades actuais e previsivelmente para as futuras.

14. A terminar, duas notas sobre questões muito sensíveis no âmbito prisional, embora de alcance diverso.

Seja a primeira sobre o fenómeno da toxicodependência em meio prisional. Sem prejuízo da necessidade de se assumir uma política forte de combate ao tráfico e de prevenção do consumo, julgo adequado verificar em que termos e com que limites pode o Estado actuar e exigir comportamentos aos seus cidadãos, neste caso em situação de reclusão.

Tal como em 1996, o número de toxicodependentes declarado pelos vários estabelecimentos ronda os 60 a 70%, aqui se englobando, decerto, dependências de diversos níveis e caracterização médica. Em termos de números absolutos estamos a falar de mais de nove mil pessoas e, como amostra, indico o caso de um grande estabelecimento central em que o respectivo director admitiu, para além dos referidos 70% de toxicodependentes, que 30% da população continuaria a consumir regularmente mesmo dentro dos muros da prisão.

Apesar da apreensões feitas, é manifesto que a droga existe em grandes quantidades nas nossas cadeias e sempre continuará a existir, em maior ou menor quantidade, como efeito colateral inevitável da desejável abertura ao exterior.

Se é responsabilidade do Estado, tal como na sociedade livre, combater o tráfico por todos os meios ao seu alcance, não é menos certo que essa actuação deve ser conduzida no interesse da protecção dos bens jurídicos essenciais de todos os intervenientes, designadamente da parte mais fraca, os consumidores dependentes de tais produtos.

Estou a pensar, essencialmente, nas drogas injectáveis e nos riscos para a saúde, não só dos próprios mas de todos os que com eles terão contacto, derivados da partilha de seringas.

Em 1996 recomendei que se estudasse a possível adopção em meio prisional de um método de distribuição de seringas por troca, à semelhança do que se faz em alguns países europeus. Essa minha recomendação, mesmo cautelosa que era, foi liminarmente rejeitada, pela alegação de razões, aliás muito respeitáveis, de segurança.

Julgo que os tempos estão maduros para uma abordagem diferente do problema. Assim, motivado mas não justificado apenas pela situação prisional, recomendei ao Senhor Ministro da Justiça a adopção de um plano de redução de riscos nas cadeias, concretizando-se na despenalização do consumo privado de estupefacientes e na criação em todos os estabelecimentos prisionais de instalações próprias para, com acompanhamento clínico, poderem os consumidores beneficiar das máximas condições de higiene, com utilização de seringa descartável entregue imediatamente após o seu uso.

Esta solução tem que ser enquadrada legislativamente de igual modo para o meio livre, sendo imprescindível uma delimitação mais aperfeiçoada, quer na lei, quer na prática judiciária, das várias situações de tráfico, algumas a propender irresistivelmente para o lado do consumo, e da reacção penal adequada a cada uma delas.

Repito que o acatamento desta minha recomendação não pode representar um baixar de braços perante a droga. O combate ao tráfico e ao consumo, a este já não por via penal ou disciplinar mas pela prevenção e persuasão, deve continuar. Nesse sentido, aliás, apontam outras minhas recomendações constantes deste relatório, designadamente no sentido do alargamento e intensificação de buscas e controlos a todos os níveis e zonas dos estabelecimentos prisionais.

Não podemos é continuar numa política de avestruz, hipocritamente assente em bons princípios mas totalmente desmentida na realidade. Cada caso de contaminação representa, além de um intenso drama pessoal e familiar, um verdadeiro drama para a sociedade, não só pelo custo social positivo das prestações que terá que desembolsar, sendo disso elucidativo o aumento dos gastos em medicamentos verificado desde 1996, mas principalmente pelo custo negativo, representado no contributo que perde de um dos seus membros.

Mais importante que isso, é a própria moral social que fica em jogo, ao se exigir quotidianamente a alguém, em situação de dependência, na verdade um doente e não um criminoso *qua tale*, que coloque a sua própria vida em risco.

Naturalmente preferiria a adopção de métodos de tratamento e mecanismo que garantissem a todos, reclusos e não reclusos, a possibilidade, mais ou menos imperativamente assegurada, de largarem o consumo de drogas. Não sendo tal objectivo realista, estou confiante que a proporcionalidade da acção do Estado e a sensatez hão-de triunfar.

15. Finalmente, uma palavra sobre um assunto que tem estado em discussão, embora ainda não a suficiente, nos últimos meses: a possibilidade e adequação de um perdão de penas.

Já em 22 de Novembro, através das páginas de um órgão da comunicação social, tive ocasião de me exprimir a esse respeito. Não acredito em perdões ou amnistias por razões de conveniência para as instituições públicas que têm a seu cargo a administração da Justiça. Não julgo, pois, que a apreciação que possa ser feita do sistema prisional induza qualquer resposta, num sentido positivo ou negativo.

Tal como as penas, a sua redução por amnistia ou perdão não deve perder de vista os fins que a justiça penal prossegue, designadamente, o da reinserção social.

Atendendo a todos os factores objectivos e subjectivos que se somaram desde que a última amnistia genérica teve lugar, em 1994, julgo estarem preenchidos os requisitos para que um perdão limitado de penas, não necessariamente distinguindo entre

crimes mas especialmente, pelo tempo perdoado, em penas de curta e média duração, isto é, até três anos, e em parte residual idêntica nas penas mais longas, possa ser aprovado pelo órgão competente. Trata-se naturalmente de uma opção política que só ao Parlamento cabe tomar. Por mim, apenas devo frisar a necessidade que existe de essa medida ser tomada como factor de reinserção, logo exigindo um esforço redobrado das instituições públicas relacionadas com esta missão, à cabeça das quais o Instituto de Reinserção Social, que terá, como é sua atribuição legal, que desempenhar um papel fulcral no acompanhamento antes e após a libertação por efeito desta medida de clemência.

Qualquer política prisional passa sempre pela cooperação interessada e participativa de toda a comunidade. É nessa cooperação, induzida pela necessária abertura e primeiro gesto por parte do sistema, que estará o sucesso ou insucesso do que queremos das nossas prisões.

Como em 1996, termino recordando que mais importante do que «a construção de novas paredes de clausura, [...] solução a médio prazo para aligeirar alguns dos males de que enferma o sistema prisional, [que] não deve ser tomada como a única meta a alcançar» é «garantir que aquelas que já existem possam beneficiar de um sopro de liberdade que tornem mais suportáveis as actuais condições de vida nas prisões.»"

Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa

Na sequência de várias queixas contra esta entidade, tendo por base o processo de atribuição de concessões de exploração dos jogos sociais (Totobola/Totoloto), foi efectuada uma visita ao Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, tendo-se consultado os processos dos reclamantes e questionado sobre a previsão e aplicação de critérios que diminuíssem a discricionaridade na atribuição das mencionadas concessões.

Nada havendo a apontar nos casos concretos e manifestando-se a existência de um novo regulamento com fixação de critérios considerados justos se adequados, foi arquivado o processo.

Instituto de Medicina Legal de Lisboa

Na sequência de uma queixa recebida, foram efectuadas várias visitas ao IML,

mantendo-se reuniões com a respectiva Direcção. Foram abordados vários aspectos do funcionamento do Instituto, designadamente quanto ao pessoal, condições de prestação de serviço, desenrolar da formação médica e condições de instalação física. Também alguns aspectos de natureza administrativo-financeira foram inquiridos. O processo transitou para 2000.

2.7.

Extensão da Provedoria de Justiça nos Açores

2.7.1. Introdução

No ano de 1999 a actividade da Extensão da Provedoria de Justiça da Região Autónoma dos Açores foi marcada por três eventos significativos: a visita do Provedor de Justiça aos Açores, a abertura e instrução de um processo sobre a alegada venda de crianças na ilha Terceira e o recebimento de mais de um milhar de queixas (sobre a alegada prática de crimes de burla por uma empresa de serviços telefónicos de valor acrescentado, ou SVA) todas apresentadas presencialmente num período de aproximadamente dois meses.

Refira-se ainda que no âmbito da instrução destes processos relativos a SVA o Provedor de Justiça fez uso da faculdade, conferida pelo artigo 35º do seu Estatuto, de comunicar ao Ministério Público a verificação de indícios da prática de crime de burla (artigo 218º, do Código Penal).

O número de reclamantes que anualmente se dirige ao Provedor de Justiça constitui o principal indicador do grau de divulgação deste Órgão do Estado; mas devem analisar-se os elementos apurados com alguma prudência: os dados relativos à *origem geográfica das queixas* revela a crescente tendência de desequilíbrio entre a ilha Terceira e as restantes ilhas do arquipélago e a análise comparativa com os dados relativos à ilha de São Miguel revela o perigo da Extensão dos Açores se estar a transformar num órgão de dimensão acentuadamente terceirense.

Parece, pois, fazer cada vez mais sentido defender que o crescimento da Extensão dos Açores deve acontecer através de uma intervenção mais próxima da população da ilha de São Miguel. Sendo certo que não se podem ignorar os custos económicos que esta actuação mais alargada implicará, também não deixa de ser verdade que foi a necessidade de fazer face ao *deficit* de cidadania resultante da descontinuidade geográfica que, em primeira linha, motivou a abertura da Extensão dos Açores.

Não pode o Provedor de Justiça desatender o facto da ilha de São Miguel com-

portar mais de metade da população dos Açores: faz cada vez mais sentido assegurar a existência, de forma definitiva, de um local físico de recebimento de queixas, o qual funcionaria em paralelo como uma estrutura local de divulgação deste Órgão do Estado, sem esquecer a aposta nos meios informáticos.

Se atentarmos na experiência da ilha Terceira, verificamos que uma presença regular da Provedoria de Justiça na ilha de São Miguel será indispensável para dar a conhecer o âmbito de actuação do Provedor de Justiça e as especiais características da sua intervenção. Com efeito, uma substancial percentagem dos reclamantes que se deslocam pessoalmente a esta Extensão pretendem, primeiramente, obter informações sobre as competências do Provedor de Justiça e somente numa segunda fase revelam a intenção de exercitar o direito de queixa.

Em virtude da ocorrência excepcional relativa ao processo das chamadas de valor acrescentado, o número de queixas apresentadas presencialmente foi, em 1999, de 88%. Note-se que no ano anterior fora de 37%.

Em face do número de queixas das ilhas do Grupo Central (Terceira, São Jorge, Pico, Faial e Graciosa) é evidente a constatação da enorme dificuldade que tem constituído a divulgação do Provedor de Justiça nos Grupos Oriental e Ocidental. Estas limitações não sendo novas agravaram-se em 1999.

Note-se que cerca de 88% das queixas apresentadas no ano de 1999 foi resultado de deslocações pessoais às instalações da Extensão dos Açores. Somente 11,5% dos processos foi aberto em virtude de reclamações escritas (os restantes 0,5% referem-se a processos da iniciativa do Provedor de Justiça).

Outro aspecto que importa destacar é o da suspensão do desenvolvimento do programa informático da Extensão dos Açores. Não obstante o Instituto Superior de Engenharia do Porto, através do Dr. Jorge Mendes, ter manifestado total disponibilidade em prosseguir a colaboração não remunerada com a Provedoria de Justiça foi notória a necessidade de assegurar a presença de um analista na Extensão dos Açores. Após alguns contactos iniciais, era esperado o apoio financeiro da Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento para a concretização desta última fase do programa. No entanto, uma vez que a Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento apenas revelou não dispor do montante necessário para custear este projecto alguns meses depois da formulação do pedido, não houve possibilidade para encetar novos contactos em 1999. Em 2000 pretende-se renovar o protocolo com o Instituto Superior de Engenharia do Porto e dar por concluído o desenvolvimento do sistema informático.

Importa chamar a atenção para o facto do funcionamento em pleno do programa informático representar a desafectação da funcionária administrativa da realização das tarefas meramente burocráticas de organização dos processos com evidentes ganhos ao nível da gestão de tempo e recursos na Extensão dos Açores.

Mesmo exceptuando o número de reclamações relativas à questão dos serviços telefónicos de valor acrescentado (1445), a Extensão da Provedoria de Justiça da Região Autónoma dos Açores recebeu, em 1999, 277 queixas o que representou um aumento de 72% relativamente ao ano anterior. Se atentarmos no número total de queixas (1722) o aumento situa-se em cerca de 800%.

Não pode deixar de se frisar, uma vez mais (este facto fora já notado em 1998 e devidamente assinalado no respectivo relatório anual), que a instrução dos processos na Extensão dos Açores é feita por um único assessor e que, por esta via, são tratadas todas as matérias incluídas no âmbito de actuação do Provedor de Justiça (exceptuando os pedidos de declaração de inconstitucionalidade que têm vindo a ser encaminhados para a respectiva área). O estudo dos processos, a realização das diligências instrutórias, a elaboração de ofícios de esclarecimento e a formulação de estudos que sustentem o arquivamento ou os projectos de recomendação estão a cargo de uma só pessoa. Para além de acarretar alguma demora adicional na resolução dos processos esta circunstância impõe a necessidade de ser transferida para o sector administrativo a realização de todas as tarefas cuja concretização não tenha obrigatoriamente de ser levada a cabo pelo assessor.

Se atentarmos nos números anuais relativos aos processos *entrados*, *movimentados* e *arquivados* desde a instalação da Extensão dos Açores até 1999 é notório o crescimento da actividade a todos os níveis.

Quanto às queixas *entradas*, passaram de 88 em 1996, para 124 em 1997 (aumento de 40%), 190 em 1998 (+ 50% relativamente ao ano anterior) e fixaram-se em 1722 em 1999 (como já referido, + 800%).

Os processos *movimentados* dão-nos uma perspectiva ainda mais exacta da actividade da Extensão dos Açores: de 88 em 1996, para 189 em 1997 (+ 114%), para 320 em 1998 (+ 69%) e, finalmente, 1889 em 1999 (+ 490%). Mas a este propósito deve referir-se que o número atendível em 1999 deve ser 445 (atendendo a que 1445 queixas são relativas, como se disse, ao mesmo assunto e a sua instrução foi conjunta), pelo que o aumento a considerar deve ser de cerca de 45%.

Quanto aos processos *arquivados*, passaram de 23 em 1996, para 59 em 1997 (156%) e 158 em 1998 (+ 167%). Já no ano de 1999 foram arquivados 160 processos (+ 1%).

Não obstante, não pode deixar de se lembrar que algumas das realizações previstas para o ano de 1999 ficaram por cumprir, designadamente as relativas à divulgação da Linha Recados da Criança e da Linha do Cidadão Idoso; também o programa de deslocações inter-ilhas não teve concretização por manifesta impossibilidade de agenda.

Por outro lado, as próprias acções de divulgação do Órgão do Estado Provedor de Justiça não foram levadas a cabo de forma estruturada e sistemática como estava previsto, nomeadamente através da divulgação de prospecto. Com efeito, a classificação informática iniciada em 1998 visou em grande medida permitir obter elementos sobre as áreas geográficas (em termos de concelhos e freguesias) nas quais se registava um menor número de reclamantes e a análise destes dados tinha como principal escopo a realização de intervenções destinadas a divulgar as atribuições e competências do Provedor de Justiça, bem como o estudo das melhores formas de ser efectivado o direito de queixa. Em certa medida este objectivo ficou por concretizar.

O número total dos queixosos destes processos significou, desde logo e por si só, que o contínuo aumento das queixas dos residentes na Região Autónoma dos Açores verificado desde 1996, deu lugar no presente ano ao posicionamento dos Açores no primeiro lugar da rubrica *queixas por 10.000 habitantes: distritos e regiões autónomas.*

Mas, mais relevante do que esta circunstância estatística, a apresentação presencial de mais de 1400 reclamações em menos de três meses representou uma sobrecarga administrativa que implicou uma alteração substancial da normal instrução dos restantes processos uma vez que impôs a afectação da quase totalidade dos meios humanos e materiais da Extensão dos Açores para, nas semanas seguintes, serem levadas a cabo as respectivas tarefas burocráticas e a elaboração e expedição dos primeiros ofícios aos reclamantes.

No entanto, é de referir o cumprimento do objectivo de conseguir uma intervenção célere o qual ficou consubstanciado nas recomendações que a neste âmbito foram dirigidas a Sua Excelência o Primeiro Ministro, ao Presidente do ICP - Instituto das Comunicações de Portugal e ao Presidente do Conselho de Administração da Portugal Telecom, S.A.

Na sequência desta última, a Portugal Telecom deu conta da decisão de suspender a cobrança dos juros relativos às chamadas telefónicas reclamadas pelo que a

circunstância de muitos açorianos se terem dirigido ao Provedor de Justiça não irá significar, em caso algum (mesmo que não seja apurada a verificação do crime de burla), que os queixosos venham a ser financeiramente prejudicados.

Por outro lado, a colaboração mantida com o ICP-Instituto das Comunicações de Portugal na parte relativa à fiscalização das empresas prestadoras dos serviços reclamados e com o Ministério Público, no que diz respeito ao desencadeamento das diligências de investigação criminal, conferiu prontidão à actuação daquelas entidades públicas. Este facto teve naturais e muito positivos reflexos ao nível do sentimento de segurança gerado na comunidade: a agitação social inicialmente sentida dissipou-se e os reclamantes têm vindo a aguardar com grande serenidade a conclusão das diligências em curso.

Em Junho e Julho de 1999 teve lugar a visita do Provedor de Justiça aos Açores que incluiu, para além da estadia na ilha Terceira, uma deslocação à ilha de São Miguel.

Uma vez que no período imediatamente anterior à realização da visita haviam sido divulgadas as primeiras notícias sobre a alegada existência de casos de venda de crianças e de situações de ilegalidade nos processos de adopção de menores na ilha Terceira, o Provedor de Justiça de Justiça realizou, no período da visita à Região, algumas reuniões com entidades públicas com competência naquelas matérias.

Por outro lado, a Extensão dos Açores ficou desde logo incumbida, por determinação do Provedor de Justiça, do estudo do problema do registo civil de nascimento, bem como do procedimento de comunicação dos nascimentos ocorridos nos estabelecimentos de saúde oficiais.

Também nesta matéria a conclusão da primeira fase do processo - com elaboração de uma Recomendação do Provedor de Justiça no sentido de serem alterados os procedimentos de registo civil de nascimento - foi célere e permitiu cumprir o objectivo de atender com cuidado e de forma pronta às situações socialmente graves e juridicamente inadequadas. Este aspecto é essencial para a divulgação da ideia de que a intervenção do Provedor de Justiça é distinta das demais formas de actuação dos poderes públicos, designadamente através dos meios contenciosos.

Quanto ao nível de desburocratização da Extensão da Provedoria de Justiça da Região Autónoma dos Açores deve concluir-se, em função dos números que este relatório revela, que tende a ser elevado. Mas este facto, sendo um factor revelador do traba-

lho positivo da Extensão dos Açores, não deixa igualmente de resultar da escassez de meios a que tem sido necessário fazer face.

A este propósito deve lembrar-se o procedimento seguido no recebimento dos mais de 1400 reclamantes que pessoalmente, e no período de menos de 40 dias úteis, apresentaram queixas sobre os SVA: para além de ser tirada uma cópia da respectiva factura telefónica, cada reclamante apresentava a sua queixa; acrescidamente, obtinha uma declaração da Extensão dos Açores relativa à existência de queixa na Provedoria de Justiça (para ser apresentada aos balcões da Portugal Telecom); era ainda informado da susceptibilidade de não efectuar o pagamento da chamada SVA sem que esse facto acarretasse o corte do serviço telefónico; era igualmente alertado sobre a possibilidade de solicitar o *barramento* de acesso aos serviços de valor acrescentado; e, por fim, era explicado o procedimento a seguir nas situações em que o pagamento das chamadas fora já realizado e nos casos em que o pagamento era efectuado através de transferência bancária. A duração média do atendimento foi, note-se, de 12 minutos por cada reclamante recebido.

Em face da instalação da Extensão da Provedoria de Justiça da Região Autónoma da Madeira deve afirmar-se que a (natural) existência de problemas comuns nas Extensões dos Açores e da Madeira vai implicar uma colaboração estreita e, certamente, uma actuação próxima das estruturas nas Regiões.

A análise da intervenção do Provedor de Justiça nos Açores deve obrigatoriamente levar em consideração tanto as matérias mais vezes reclamadas como as entidades mais vezes visadas.

No que diz respeito às relações com a Administração Regional dos Açores importa ter presente que dos 191 processos instruídos tendo como entidade visada o Governo Regional dos Açores, 126 (66%) foram relativos à Secretaria Regional da Educação e Assuntos Sociais. Destas, 67 diziam respeito à Direcção Regional de Educação, 29 à Direcção Regional de Saúde e 19 à Direcção Regional de Solidariedade e Segurança Social. Nenhuma destas tendências surpreende e segue, *grosso modo*, as linhas gerais também observadas no Continente.

Não obstante a percentagem de reclamantes homens tenha sempre sido superior à de mulheres, existe um relativo equilíbrio que se tem mantido ao longo dos anos. Assim, a proporção foi, entre 1996 e 1999, de cerca de 60% (de reclamantes homens) para 40% (de queixosas). Em 1999, situou-se em 66% (homens) e 34% (mulheres).

2.7.2. Recomendações

Assuntos Político-Constitucionais e Direitos, Liberdades e Garantias

A
Sua Excelência
o Primeiro-Ministro

R-3979/97
Rec. n.º 19/A/99
1999.03.22

I
Introdução

Foi recebida na Extensão da Provedoria de Justiça da Região Autónoma dos Açores uma reclamação relativa à não contratação pelas USFORAZORES de cidadãos portugueses nascidos nos Estados Unidos da América. Motivou a queixa o entendimento das forças norte-americanas estacionadas na Base das Lajes, nos Açores, segundo o qual os cidadãos detentores de dupla nacionalidade (portuguesa e americana) não estão em condições de celebrar contratos de trabalho com as USFORAZORES, em virtude do Acordo Laboral apenas permitir a contratação de "trabalhadores portugueses".

No âmbito da instrução do processo aberto na Provedoria de Justiça foram ouvidas a Comissão Laboral criada pelo Acordo da Base das Lajes, a qual não expressou qualquer entendimento relativamente à matéria em apreço, e a Direcção-Geral de Política de Defesa Nacional do Ministério da Defesa, que remeteu a este Órgão do Estado uma informação do senhor Director do Departamento de Estudos e Coordenação na qual o senhor Director-Geral de Política de Defesa Nacional exarou despacho, e um parecer jurídico do Ministério dos Negócios Estrangeiros. Acrescidamente, o Gabinete de Sua Excelência o Chefe do Estado-Maior da Força Aérea, a coberto do ofício nº 1780, de 05/02/99, expressou a posição respectiva sobre a questão em análise.

A informação do senhor Director do Departamento de Estudos e Coordenação da Direcção-Geral de Política de Defesa Nacional do Ministério da Defesa conclui, após diversas considerações relativamente às circunstâncias explicativas da posição das USFORAZORES, "(...) haver todo o interesse em submeter o (...) assunto à apreciação do Ministério dos Negócios Estrangeiros (Direcção-Geral das Relações Bilaterais)" em especial atendendo ao facto de "(...) que a questão não se esgota nos seus aspectos jurídico-laborais" .

O senhor Director-Geral de Política de Defesa Nacional exarou despacho de concordância "(...) com o desejável envolvimento do MNE/DGRB (...)" .

O supra mencionado parecer jurídico do Ministério dos Negócios Estrangeiros resultou de solicitação da Direcção de Serviços da América do Norte da Direcção-Geral das Relações Bilaterais e pronunciou-se "(...) sobre a interpretação das normas do acordo laboral no tocante à sua aplicabilidade ou não às relações de trabalho constituídas entre as Forças Armadas dos Estados Unidos da América nos Açores e os trabalhadores luso-americanos" .

Afirma este estudo, entre outras conclusões, que "as pessoas com dupla nacionalidade portuguesa e americana, em Portugal são consideradas portuguesas, só esta nacionalidade relevando perante as autoridades portuguesas. Por isso, todos os sujeitos de direito interno português, designadamente as USFORAZORES, que para o efeito são entidades privadas, têm de reconhecer esses cidadãos portugueses como tal, porque o são segundo o direito territorialmente aplicável" .

A posição do Estado-Maior da Força Aérea, aparece sintetizada em três parágrafos do mencionado ofício :

"Os contratos de trabalho a celebrar ocorrem em Portugal e, para além de sujeitos ao regime previsto nos Acordos (nomeadamente o Acordo Laboral), estão também sujeitos às normas internas sobre matéria laboral. Outras normas, que não tenham estas origens, não podem ser consideradas.

Por outro lado, apesar dos cidadãos em causa terem outra nacionalidade - situação reconhecida pacificamente por Portugal -, não deixam de ser portugueses e por isso devem ter o mesmo tratamento que os demais.

A (...) expressão "trabalhadores portugueses" é entendida como todos aqueles que, face à Lei portuguesa, são considerados cidadãos nacionais (artº 27º da Lei nº 37/81, de 03OUT)".

Não deve deixar de se anotar, nesta fase da análise, a argumentação da parte

norte-americana chegada à Provedoria de Justiça através de cópia de ofício do Comando das Forças dos Estados Unidos nos Açores , apresentado em anexo à já referida comunicação do Gabinete do Chefe de Estado-Maior da Força Aérea.

A leitura do ofício dirigido ao Comando Aéreo dos Açores permite ir extraindo algumas das motivações da posição das entidades militares norte-americanas. A dado passo é afirmado que *"the primary reason why USFORAZORES may not employ local nationals, who also possess U.S. citizenship, in local national positions is that the United States does not recognize dual citizenship. If an individual possesses U.S. citizenship and is also a citizen of another country, the United States must consider them only to be a citizen of the United States"*. Mas a matéria em análise não só não se afigura nova para as autoridades norte-americanas como aparece regulada por normativo invocado no ofício que tenho vindo a referir. Com efeito é afirmado, adiante, que *"the applicable regulation in this case is the Air Force Supplement to the Federal Personnel Manual (...) which states, "Some countries recognize dual citizenship but the U.S. government does not. There is no authority to hire a U.S. citizen as a local national because such employment is not exempt from U.S. employment and pay laws and implementing regulations. Where a U.S. citizen is employed unknowingly as a local national and later makes known his or her U.S. citizenship, the employment must be terminated promptly because the employee is serving under unauthorized appointment""*.

Seguidamente, conclui o mesmo ofício, referindo-se a duas situações de dupla nacionalidade e à forma anteriormente encontrada para solucionar as dificuldades em empregar cidadãos nestas condições, que *"in one case matter was resolved by the individual renouncing their U.S. citizenship. This is certainly one possible solution. In the other case, the position was converted to a U.S. citizen position (...). This in not an appropriate solution because it would negatively affect Portuguese nationals by decreasing the number of Portuguese positions available"*.

II
Exposição de Motivos

Apresentada a matéria objecto da presente análise, e sintetizadas as posições em confronto, importa enquadrar juridicamente a questão para tentar buscar uma solução justa, sem descurar a conformidade com os princípios e normas do ordenamento jurídico português. O problema em análise é, pois, o da inscrição, no processo de recru-

tamento resultante do Acordo de Cooperação e Defesa entre a República Portuguesa e os Estados Unidos da América, de cidadãos detentores de dupla nacionalidade portuguesa e norte-americana.

O Decreto do Presidente da República nº 72/95, de 11 de Outubro, ratificou o Acordo de Cooperação e Defesa entre a República Portuguesa e os Estados Unidos da América, o Acordo Técnico e o Acordo Laboral, assinados em Lisboa em 1 de Junho de 1995, e aprovados para ratificação pela Resolução da Assembleia da República nº 38/95, de 21 de Junho de 1995.

Dispõe o nº 2 do artigo IV, do Acordo de Cooperação e Defesa que "os termos da contratação de cidadãos portugueses pelas Forças dos Estados Unidos da América estacionadas na Região Autónoma dos Açores são regulados pelo Acordo Laboral (...)". O artigo 1º do Acordo Laboral prevê que, conjuntamente com a disciplina contida neste, a regulação das relações de emprego entre as USFORAZORES e os trabalhadores portugueses seja feita nos termos Regulamento do Trabalho. O Decreto nº 58/97, de 15 de Outubro, aprovou este regulamento.

Conforme é estatuído no artigo 7º do Acordo Laboral, a Secção de Recrutamento de Pessoal Civil (SRPC) instrui os processos de candidatura dos cidadãos portugueses que, ao abrigo do disposto no nº 1 do artigo 6º do mesmo Acordo, pretendam celebrar contrato de trabalho com as USFORAZORES, pelo que é naquele serviço que os candidatos devem proceder à sua inscrição (artigo 22º, nº 1, do Regulamento do Trabalho). A Secção de Recrutamento de Pessoal Civil convoca, então, os candidatos ao CPF [ou seja, ao Escritório do Pessoal Civil das USFORAZORES [artigo 12º, nº 1, também do Regulamento do Trabalho)], e fornece uma lista, também ao CPF, de todos candidatos disponíveis que satisfaçam as exigências da função (artigo 23º, nº 3, do mesmo Regulamento). Seguidamente, o pessoal escolhido apresenta-se ao CPF para marcação de exames médicos e testes (artigo 31º, nº 1, ainda do Regulamento que tenho vindo a referir), o qual organiza as propostas individuais de admissão que são enviadas para a Secção de Recrutamento de Pessoal Civil para finalização do processo (artigo 31º, nº 2, igualmente do Regulamento do Trabalho).

A regulamentação do procedimento que acabo de expor sucintamente não inclui nenhuma restrição relativamente à admissão dos candidatos portugueses - designadamente atendendo à condição dos portugueses também cidadãos de outro Estado. Mas, a par desta constatação essencial, deve ter-se presente a disposição contida no artigo 5º do Acordo Laboral. A norma em causa dispõe assim:

Artigo 5º
Postos de trabalho

As USFORAZORES não colocarão cidadãos dos Estados Unidos da América, quer a tempo inteiro que em part-time, em postos de trabalho anteriormente ocupados por trabalhadores portugueses apenas com a finalidade de evitar o recrutamento e colocação destes últimos, excepto se não houver candidatos portugueses convocados devidamente qualificados.

É bom de ver que a disposição citada tem uma redacção, para dizer o mínimo, ambígua. Ao proibir que as USFORAZORES contratem cidadãos norte-americanos "apenas com a finalidade de evitar o recrutamento e colocação" dos trabalhadores portugueses, poder-se-iam encontrar razões para defender que a celebração daqueles contratos de trabalho seria permitida se a sua finalidade não fosse exclusivamente o evitar o recrutamento e colocação de cidadãos portugueses. Logo, a redacção da disposição permitiria concluir que as USFORAZORES poderiam contratar trabalhadores norte-americanos com a finalidade, desde que não exclusiva, de evitar o recrutamento e colocação de cidadãos portugueses. Como é fácil de ver, o argumento literal não é, por si só, decisivo.

Com efeito, resulta com nitidez que não foi esta a intenção das partes contratantes. Mais: a finalidade da norma em apreço, ainda que imperfeitamente expressa na letra do artigo 5º, é obviamente a protecção dos cidadãos portugueses, em especial dos residentes na ilha Terceira . Por agora justifica-se mais concluir que, pese embora haver sido consagrado um regime de protecção ao trabalhador português, não foi prevista a situação de candidatura de cidadãos com dupla nacionalidade portuguesa e norte-americana.

A doutrina qualifica o indivíduo, no caso em que "mais de um Estado [o considera] como integrado no respectivo património humano", como "plurinacional" . E os autores cujos estudos incidem nestas questões reconhecem que esta ocorrência, em que "o indivíduo aparece vinculado a uma dupla dependência estadual (...)", pode "em certos casos provocar situações de compatibilidade difícil e delicadas questões de conflitos de deveres" .

Não querendo problematizar a questão da pertinência do fenómeno da plurinacionalidade - discussão que não faz sentido nesta sede -, não posso deixar de concordar

com aqueles que vêem na dupla nacionalidade "o reconhecimento de uma realidade: a da pluralidade de ligações de um mesmo indivíduo a várias culturas nacionais" .

Serve esta constatação para afastar in limine a possibilidade do conflito positivo de nacionalidades ser resolvido com recurso à renúncia de uma das nacionalidades (que, no caso em apreço e tendo em vista a pretendida obtenção de emprego, corresponderia à perda da nacionalidade norte-americana). A hipótese, exposta ainda que com reservas no supra mencionado ofício do Comando das Forças dos Estados Unidos nos Açores, deve ser rejeitada em absoluto, até porque corresponde, não à resolução do problema, mas à sua negação: solucionar a questão da dupla nacionalidade através da transformação do facto que lhe está subjacente numa situação de uma só nacionalidade significaria negar o reconhecimento jurídico da ligação efectiva às duas comunidades nacionais.

É certo que o ordenamento jurídico português encontra solução para o conflito entre a nacionalidade portuguesa e a estrangeira mediante o disposto no artigo 27º, da Lei nº 37/81, de 3 de Outubro (Lei da Nacionalidade). Rememore-se o preceito:

Artigo 27º
Conflitos de nacionalidade portuguesa e estrangeira

Se alguém tiver duas ou mais nacionalidades e uma delas for portuguesa, só esta releva face à Lei portuguesa. Todavia, as relações de emprego entre as Forças dos Estados Unidos da América nos Açores (USFORAZORES) e os trabalhadores portugueses são reguladas nos termos do Acordo de Cooperação e Defesa entre a República Portuguesa e os Estados Unidos da América, e não pelo direito ordinário português (seja o da nacionalidade, seja o laboral, ou seja qualquer outro). Em concreto, o regime jurídico aplicável ao recrutamento de trabalhadores, à celebração de contratos de trabalho, à classificação profissional, à remuneração, e aos demais aspectos da relação laboral vem previsto no Acordo Laboral e no Regulamento do Trabalho .

Do mesmo passo, os aspectos relativos à utilização de instalações, ao trânsito de aviões militares e ao estacionamento de pessoal militar e civil dos Estados Unidos da América são disciplinados no Acordo Técnico afastando-se, desse modo, o funcionamento das normais disposições legais que resultariam da plena soberania e do controlo sobre o território, o mar territorial e o espaço aéreo português.

Esta especificidade de regime aplicável resulta do disposto no artigo 8º da Constituição da República Portuguesa e, em especial, do nº 2 que estabelece a recepção

automática das normas de direito internacional público convencional internacionalmente vinculativas do Estado Português. O Acordo de Cooperação e Defesa entre a República Portuguesa e os Estados Unidos da América, o Acordo Técnico e o Acordo Laboral vigoram na ordem jurídica interna portuguesa como se de disposições de direito interno se tratassem.

Sendo certo que a doutrina discute a questão da primazia do direito internacional público (convencional) sobre o direito ordinário interno , igualmente pacífico é que "as normas de DIP vigoram na ordem interna com a mesma relevância das normas de direito interno, desde logo quanto à subordinação hierárquica à Constituição - sendo, pois, inconstitucionais se infringirem as normas da Constituição ou os seus princípios (...)" .

Faz sentido, pois, confrontar as disposições do Acordo de Cooperação e Defesa entre a República Portuguesa e os Estados Unidos da América, do Acordo Técnico e do Acordo Laboral com as normas da Constituição. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA fazem notar que na "(...) matéria de fiscalização da constitucionalidade, a Constituição não faz distinções, pelo que caem na sua alçada todas as convenções internacionais (...)" , e concluem que "(...) a Constituição prevalece sobre o DIP" .

O direito ao trabalho (artigo 58º, nº 1, da Constituição), "o primeiro dos direitos económicos, social e culturais" , pese embora não conferir um direito subjectivo de obtenção de um particular posto de trabalho, não deixa de configurar "um direito positivo" nos termos do qual os cidadãos esperam do Estado a garantia da sua efectivação. Acresce a indissociável ligação do trabalho (ou do emprego) à garantia de uma dignidade humana que cabe ao Estado não só garantir como efectivar. E, enquanto direito à sobrevivência, o direito ao trabalho integra o conteúdo do próprio direito à vida . A conclusão não pode deixar de ser só uma: atendendo à definição constitucional de cidadania portuguesa (artigo 4º) não é legítima a restrição do exercício do direito ao trabalho aos cidadãos portugueses fundada na detenção simultânea da nacionalidade americana. Esta diferenciação de tratamento jurídico apresenta-se contrária à dignidade humana e incompatível com o princípio do Estado de direito democrático. Neste sentido, a dupla nacionalidade constitui um factor de discriminação ilegítimo pelo que a diferenciação de tratamento dos cidadãos portugueses por ela motivada é ilícita e ofensiva do princípio da igualdade (artigo 13º).

Os preceitos do Acordo de Cooperação e Defesa entre a República Portuguesa

e os Estados Unidos da América, do Acordo Técnico e do Acordo Laboral não podem deixar de ser lidos à luz do que acabei de deixar exposto. E decorre daqui que a circunstância de não ter sido autonomizada a posição jurídica dos cidadãos detentores de dupla nacionalidade resultou da absoluta irrelevância, em termos de capacidade de gozo de direitos, que tal situação assume no ordenamento jurídico português: cidadãos portugueses são todos aqueles como tal reconhecidos pela Lei portuguesa.

Subsiste, no entanto, a invocada impossibilidade das autoridades norte-americanas em considerar como portugueses cidadãos que sejam, ao mesmo tempo, seus nacionais.

O ordenamento jurídico português encontra-se em posição privilegiada para compreender a recusa norte-americana em contratar cidadãos com (também) a nacionalidade americana. Afinal, tal circunstância resulta de entendimento próximo do expendido no artigo 27º da Lei portuguesa da nacionalidade: se alguém tiver duas ou mais nacionalidades só a norte-americana releva perante as respectivas entidades americanas. A supressão deve ser obtida, então, mediante o Acordo de Cooperação e Defesa entre a República Portuguesa e os Estados Unidos da América, e do Acordo Laboral.

Versando a questão dos conflitos relativos à situação dos trabalhadores foi consagrado no Acordo Laboral o artigo 15º, que é do seguinte teor:

Artigo 15º
Resolução de conflitos

1. Para além da execução das disposições constantes do presente Acordo e do Regulamento do Trabalho, o processo de intervenção a vários níveis previsto no artigo 2º será também observado para a resolução de conflitos que envolvam reclamações de trabalhadores.

2. A aplicação deste mecanismo deverá ser realizada, de modo a salvaguardar a soberania, os sistemas constitucional e legal de cada uma das Partes e os direitos dos respectivos cidadãos.

3. No caso de todas as medidas disponíveis no âmbito dos três níveis do processo bilateral se encontrarem esgotadas sem que tenha sido alcançada uma resolução para um conflito laboral concreto, e caso tal venha a ser posteriormente objecto de contestação por parte de um trabalhador português da qual resulte uma sentença judicial, Portugal e os Estados Unidos da América, sem intenção de proceder à reapreciação daquela sentença, reconhecem que esta situação constituiria uma questão para resolução

entre os dois países, enquanto Estados soberanos, no quadro da comissão bilateral permanente. Recordo o teor do artigo 27º do Acordo Laboral que estabelece o sistema de três níveis de intervenção:

Artigo 2º
Relações Funcionais

1. Na aplicação das normas do presente Acordo e do Regulamento do Trabalho, e tendo em vista contribuir para o desenvolvimento de um bom relacionamento laboral, são considerados os seguintes níveis de intervenção:

a) Primeiro nível - comandante da Base Aérea nº 4/comandante das USFORAZORES;
b) Segundo nível - comissão laboral;
c) Terceiro nível - comissão bilateral permanente, estabelecida pelo artigo III do Acordo de Cooperação e Defesa.

2 - Ambas as Partes, em cada nível, utilizarão todas as possibilidades destas relações funcionais de moda mais efectivo possível, por forma que o maior número de assuntos possa ser resolvido ao nível mais baixo possível.

Justifica-se, igualmente, a transcrição da parte relevante para o presente estudo do preceito relativo à comissão bilateral permanente, o qual consta do artigo III do Acordo de Cooperação e Defesa entre Portugal e os Estados Unidos da América:

Artigo III
Comissão bilateral permanente

1. As Partes decidem criar uma comissão bilateral permanente (adiante designada Comissão), com vista à promoção da execução do presente Acordo e da cooperação entre os seus dois países, de acordo com as disposições legais aplicáveis das duas Partes.

2. A Comissão será constituída por um número idêntico de altos funcionários governamentais designados por cada uma das Partes (...).

3. A Comissão reunirá semestralmente e sempre que necessário (...).

Parece-me seguro concluir que a questão da recusa de inscrição, no processo de recrutamento resultante do Acordo de Cooperação e Defesa entre a República Portuguesa e os Estados Unidos da América, de cidadãos detentores de dupla nacionalidade

portuguesa e norte-americana deveria ter sido incluída na agenda da comissão bilateral permanente . A situação de incerteza em que vivem os cidadãos plurinacionais interessados - que na prática corresponde à inviabilidade da titularidade do direito ao trabalho - deve ser feita cessar por iniciativa da Parte portuguesa, atendendo a que a prática da não aceitação de candidatos com a nacionalidade portuguesa fere o ordenamento jurídico-constitucional português nos termos referidos.

Acresce que, como deixei exposto e na decorrência do princípio da subordinação hierárquica à Constituição, tenho por inconstitucional, por violação das disposições constantes dos artigos 4º, 13º e 58º da Constituição, a interpretação do artigo 5º do Acordo Laboral no sentido de excluir do conceito de trabalhadores portugueses os cidadãos detentores de dupla nacionalidade portuguesa e americana.

III
Conclusões

Pelas razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no artigo 20º, nº 1, alínea a), da Lei nº 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

A. que, com urgência, Portugal, enquanto Parte no Acordo de Cooperação e Defesa entre Portugal e os Estados Unidos da América, apresente para resolução na comissão bilateral permanente a questão da contratação de cidadãos portugueses detentores de dupla nacionalidade portuguesa e norte-americana;

B. que a Parte portuguesa faça notar a inconstitucionalidade, por violação das disposições constantes dos artigos 4º, 13º e 58º da Constituição, da interpretação do Acordo Laboral que exclui do conceito de trabalhadores portugueses os cidadãos detentores de dupla nacionalidade portuguesa e americana.

Recomendação sem resposta

A
Sua Excelência
o Ministro da Administração Interna

R-3434/98
Rec. n.º 76/A/99
1999.11.09

I
Introdução

Em 27/07/98, foi aberto processo na Extensão da Provedoria de Justiça da Região Autónoma dos Açores em virtude de reclamação relativa à exclusão do concurso de admissão ao 29º Curso de Promoção a Chefe de Esquadra da 1ª Subchefe X....

Os factos relevantes para a presente instrução não se apresentam controvertidos. Assim:

1. A 1ª Subchefe X... concorreu ao 29º Curso de Promoção a Chefe de Esquadra;

2. A interessada ficou posicionada em nono lugar, conforme consta da ordem de serviço nº ..., de .../.../95, do Comando-Geral da Polícia de Segurança Pública – sendo que foram admitidos vinte e cinco opositores ao referido concurso;

3. O senhor Subintendente Armindo Fausto Amaral, Comandante Regional de Angra do Heroísmo da Polícia de Segurança Pública remeteu à Escola Superior de Polícia, em 27/03/95, a folha de informação (identificada como anexo I, modelo 2) relativa à 1ª Subchefe X...;

4. Na parte II deste documento, epigrafada "apreciação das qualidades", o ponto 1 ("qualidades morais"), alínea a) ("comportamento moral"), foi preenchido de modo a qualificar a interessada como estando posicionada na coluna 2 ("abaixo da média");

5. Importa referir que, na parte III da mesma informação ("juízo ampliativo") foi lavrado o seguinte comentário:

> "Trata-se de uma graduada que é uma boa executante. Todavia, para funções de Comando terá de se aperfeiçoar e modificar comportamentos"

6. A coberto do ofício nº SP/438/95, de 25/09/95, dirigido ao senhor Comandante da Escola Superior de Polícia, o senhor Comandante Regional de Angra do Heroísmo da Polícia de Segurança Pública prestou as seguintes informações:

" Sobre o assunto de que trata o V/ofício-Confidencial - em referência, infor-

mo a V. Exa. o seguinte:

- Aquando do preenchimento da FOLHA DE INFORMAÇÃO-CONFIDENCIAL (Anexo 1-Mod.2) relativamente à lº Subchefe nºs 00/000 000, X..., no que concerne à II Parte, nº1, alínea a), o seu enquadramento no ponto 2 (abaixo da média) teve por base o seguinte:

- Este Comando não possui elementos probatórios que atestem o mau comportamento moral da referenciada. Todavia, a mesma não conseguiu evitar que a generalidade do pessoal do Comando se refira a ela em termos negativos, atribuindo-lhe relacionamentos extraconjugais com alguns homens, de que terão resultado situações de escândalo na própria Esquadra onde prestava serviço.

No que respeita à III Parte, no capítulo do Juízo Ampliativo, ao classificá-la como boa executante, mas que teria, para ser oficial e exercer funções de comando, de modificar comportamentos, teve por base o seguinte juízo:

- Ainda em conexão com o referido sobre o comportamento moral, há a acrescentar que a mesma subchefe esteve como monitora na E.P.P. no ano lectivo de 1994/95 e solicitou a sua continuação em Torres Novas no ano lectivo de 1995/96, deixando entregues à mãe um filho de 11 e uma filha de 13 anos, alheando-se, de certo modo, da responsabilidade que lhe caberia na condução da educação de uma filha adolescente. O pedido, porém, não lhe foi concedido por informação negativa deste Comando.

Os dados desta informação complementar não puderam ser dados a conhecer à referenciada, em virtude da mesma se encontrar, na situação de licença para férias, no Continente, para onde seguiu após o conhecimento telefónico, a partir de Lisboa, de uma carta anónima relativa a si".

7. Em 27/09/95, o júri do concurso proferiu a seguinte deliberação:

1. O Júri do Concurso de Admissão ao 29º Curso de Promoção a Chefe de Esquadra, admitiu ao referido concurso a 1ª Subchefe nºs 00/000 000 – X..., do Comando Regional de Angra do Heroísmo, em virtude de na informação inicialmente feita e que acompanhou o seu processo de candidatura, não ser explícito qualquer tipo de comportamento que apontasse para a falta das qualidades morais minimamente exigidas para o exercício do posto de Chefe de Esquadra.

2. Face a informação complementar do sobredito Comando Regional, enviado a esta Escola e aqui recebido em 27SET95, o júri entendeu que a candidata em causa

não possui qualidades morais indispensáveis ao desempenho da função, não satisfazendo assim o disposto no artº 7º, nº 4 das Normas de Admissão e Frequência aos Cursos de Promoção a Chefe de Esquadra e Comissário, aprovadas por Despacho do Comandante-Geral de 27JUL86, publicados em anexo à O.S. nº 82 (I Parte), de 03JUL86, pelo que deliberou o seguinte:

a) Que a 1ª Subchefe nºs 00/000 000 – X..., do Comando Regional de Angra do Heroísmo, seja excluída da admissão ao 29º Curso de Promoção a Chefe de Esquadra;

b) Que, em consequência do constante na alínea a) e em obediência ao numerus clausus estabelecido para o citado concurso, se solicite ao Comando-Geral a convocação para o curso do 26º classificado do retromencionado concurso.

8. Nesta deliberação foi aposto, em 28/09/95, o despacho de "Concordo" (segundo parece do senhor Comandante-Geral da Polícia de Segurança Pública);

9. Por despacho de 20/11/95 foi mantida a decisão de exclusão à admissão ao 29º curso de promoção a chefe de esquadra;

10. Deste despacho foi interposto recurso hierárquico para o Ministro da Administração Interna que, em 19/07/96 e por despacho proferido no Parecer nº 399-T/96 do processo nº 84/96, concedeu provimento ao recurso e revogou o acto impugnado;

11. Em 20/08/96 (segundo se pode depreender do comprovativo de envio de fax), a interessada solicitou ao Ministro da Administração Interna o reconhecimento do direito de frequentar o curso de promoção a chefe de esquadra que se iniciaria em Outubro de 1996;

12. Já no âmbito da instrução do processo aberto na Extensão da Provedoria de Justiça da Região Autónoma dos Açores foi recebido o ofício nº 2046, de 06/10/98, do Gabinete do Secretário de Estado da Administração Interna, que, em suma, defende que "(...) a posição que a interessada obteve no concurso em que foi excluída não poderia dar-lhe o direito a ser admitida em curso de promoção cujos frequentadores tenham sido escolhidos através de outro concurso (...)" (vide parecer nº 467-T/98 no qual foi exarado despacho em 03/10/98).

À luz do que fica transcrito, importa tomar posição sobre a matéria reclamada.

II
Exposição de Motivos

O facto que motivou a abertura do processo no âmbito de cuja instrução formulo a presente recomendação foi a exclusão indevida da 1ª Subchefe X... do concurso de admissão ao 29º Curso de Promoção a Chefe de Esquadra. Mas, como resulta à saciedade da simples leitura do conjunto de factos que deixei expostos, a exclusão da interessada não foi resultado de um mero erro administrativo, de uma apreciação errónea de factos ou de um deficiente entendimento sobre a interpretação do normativo aplicável.

Com efeito, o comportamento da Polícia de Segurança Pública – através, sucessivamente, do senhor Comandante Regional de Angra do Heroísmo, do júri do concurso e, finalmente, do senhor Comandante-Geral - é indiciador de uma total arbitrariedade, a que se soma uma absoluta incongruência. Se não, vejamos:

a) O senhor Comandante Regional de Angra do Heroísmo informou que a candidata tem um comportamento moral "abaixo da média" e que "(...) para funções de Comando terá de se aperfeiçoar e modificar comportamentos";

b) Esta informação foi considerada insuficiente;

c) Tal facto levou a que o senhor Comandante Regional de Angra do Heroísmo viesse reconhecer que o "comando não possuía elementos probatórios que atestassem o mau comportamento moral da referenciada" acrescentando, unicamente, que a generalidade do pessoal do Comando se referia à interessada em termos negativos. Finalmente, e quanto à necessária modificação de comportamentos, o senhor Comandante relatou que a interessada "solicitou a sua continuação em Torres Novas no ano lectivo de 1995/96, deixando entregues à mãe um filho de 11 e uma filha de 13 anos, alheando-se, de certo modo, da responsabilidade que lhe caberia na condução da educação de uma filha adolescente";

d) Em face dos esclarecimentos, o júri do concurso deliberou, concluindo, que a interessada não possuía "qualidades morais indispensáveis ao desempenho da função";

e) O senhor Comandante-Geral concordou com a deliberação.

Acrescente-se que o formulário usado - a folha de informação identificada como anexo I, modelo 2 (vide Normas de Admissão e Frequência aos cursos de Chefe de Esquadra e Comissário) – impede, em absoluto, o cumprimento do pressuposto ad-

ministrativo da rigorosa objectividade na descrição dos factos; e implica necessariamente o desrespeito do princípio de que a transmissão de elementos deve ser feita em termos de evitar que tais informações possam suscitar estados de opinião susceptíveis de influenciar a apreciação dos factos pelos órgãos competentes.

Não obstante, a simples leitura do processo revela que a decisão de exclusão da 1ª Subchefe X... foi resultado da prática, de uma forma quase grosseira, de actos claramente violadores de direitos, liberdades e garantias constitucionalmente consagrados, prática essa reiterada desde 27/03/95 até 20/11/95 – e que apenas cessaram (os actos mas não os efeitos) em 19/07/96.

A interessada foi impedida de aceder ao exercício de um cargo profissional para o qual, não só tinha os requisitos teóricos necessários, como estava habilitada pela prestação de provas práticas com resultados muito satisfatórios. E este impedimento atingiu, inquestionavelmente, o conteúdo do direito ao trabalho (artigo 58º da Constituição da República Portuguesa, adiante C.R.P.), nas vertentes da livre escolha da profissão, da igualdade de oportunidades e não discriminação no acesso a cargos profissionais artigo 58º, nº 2, alínea b), da C.R.P..

Por outro lado, não posso deixar de registar que a elevada classificação da interessada – que ficara em nono lugar em cento e trinta e dois candidatos – contrasta gritantemente com a ligeireza (e invalidade) da argumentação que fundamentou a exclusão.

Como é bom de ver, não julgo violado o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar da interessada (artigo 26º, nº 2, da C.R.P.). Diferentemente, o caso em apreço configura uma situação de violação do bom nome e reputação da senhora D. X... uma vez que ocorreu uma óbvia lesão da honra, dignidade e consideração social mediante a imputação feita pelo senhor Comandante Regional de Angra do Heroísmo da Polícia de Segurança Pública na folha de informação e no ofício subsequente. E esta lesão foi, se não agravada, pelo menos mantida na deliberação do júri do concurso de 27/09/95.

Da leitura de toda a literatura existente sobre as qualidades morais da interessada não resulta a alegação de uma só situação concreta. Por outras palavras, a argumentação cinge-se a juízos conclusivos - aliás, a um juízo (supostamente moral) conclusivo – que foi considerado suficiente pelas sucessivas instâncias, até ao Comando-Geral, e isto, acrescente-se, sem que à interessada fosse dada a oportunidade de se pro-

nunciar.

De acordo com o nº 2 do artigo 18º da C.R.P., as restrições dos direitos, liberdades e garantias consagrados constitucionalmente devem obedecer, para além do mais, aos princípios da adequação, da necessidade, e da proporcionalidade entre as limitações impostas e os fins visados. Ora, demonstrar, em face do quadro factual exposto, que a actuação da Polícia de Segurança Pública não foi adequada, necessária ou tão pouco proporcional ao fim visado é, no mínimo, redundante.

Na situação que me foi dada averiguar verificou-se culpa funcional uma vez que os actos ilícitos violadores da Lei, maxime da Lei Fundamental, e dos princípios aplicáveis, foram praticados no exercício dos cargos de Comandante Regional de Angra do Heroísmo, de Presidente do júri do concurso e de Comandante-Geral, e dentro dos limites das suas atribuições e competências.

As actividades ilícitas, bem como as culpas funcionais, são imputáveis ao Comandante Regional de Angra do Heroísmo, ao Presidente do júri do concurso e ao Comandante-Geral porquanto estes revelaram, no mínimo, negligência, falta de zelo, e desconhecimento das regras de ordem técnica e de natureza prudencial que deveriam ter sido aplicadas (vide artigo 6º do Decreto-Lei nº 48.051, de 21 de Novembro de 1967).

Estão, aliás, reunidos os demais pressupostos para a verificação da responsabilidade civil extra-contratual: o prejuízo ou dano, e o nexo de causalidade adequada. E acresce que o procedimento que me foi dado averiguar afectou de forma inadmissível os princípios da confiança e segurança jurídica ínsitas no conceito de Estado de direito democrático a que se reporta o artigo 2º da C.R.P., e infringiu o estatuído no seu artigo 18, nº 1.

Por tudo isto, mais estranha se torna a argumentação defendida até à exaustão de que a interessada não poderia frequentar o curso seguinte. Importaria, então, perguntar: os cursos de promoção a chefe de esquadra subsequentes revestiram-se de características tão diferentes dos anteriores, em termos de provas físicas e escritas, que impediram que a 1ª Subchefe X... os frequentasse? Mas ainda que assim fosse, não se justificaria que esta nova exclusão (agora em sede de recurso) fosse devidamente fundamentada?

A invalidade da actuação que impediu o acesso da 1ª Subchefe X... ao 29º Curso de Promoção a Chefe de Esquadra acarretou a obrigação de reparação da violação dos direitos da interessada. Não tendo sido possível a reposição natural da situação – integração no 29º curso – impunha-se, então, a reconstituição da situação hipotética

mais próxima - inclusão em curso subsequente -, e a reparação pecuniária dos danos provocados.

Anote-se, por fim, que o mesmo zelo procedimental que afastou a possibilidade da interessada frequentar um curso diferente daquele a que concorrera inicialmente poderia ter motivado, por exemplo, a ponderação de procedimento disciplinar – ou mesmo criminal – em relação a todos quantos violaram, de forma tão grosseira, direitos constitucionalmente consagrados.

III
Conclusões

Foi este o conjunto de factos que motivou a intervenção do Provedor de Justiça na função principal que lhe cabe de promoção dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, e de defesa da justiça no exercício dos poderes públicos.

Afigura-se-me claro que a presente situação configura um caso de responsabilidade civil do Estado, por actos ilícitos culposamente praticados pelos respectivos órgãos ou agentes administrativos no exercício das suas funções e por causa desse exercício. Com efeito, estamos perante um procedimento ilícito; este conjunto de actos inválidos foi gerador de danos; e a interessada pode alegar ter ipso facto sofrido danos emergentes daquele procedimento.

Importa esclarecer que a posição que sustento na presente recomendação – a inclusão da interessada no próximo curso de promoção a chefe de esquadra e o pagamento de indemnização por danos sofridos – leva em linha de conta duas realidades distintas:

a) Por um lado, a eliminação do efeito negativo da não admissão ao concurso não se opera pelo mero reconhecimento do erro, ainda que acrescido do pagamento de indemnização relativa aos prejuízos concretamente sofridos em consequência do acto ilegal praticado pela Polícia de Segurança Pública e posteriormente revogado (teoria da indemnização);

b) E, por outro lado, a teoria da indemnização deve ceder, num primeiro momento, à da reposição nos casos em que o lesado mantém o interesse no desempenho da categoria superior a que tinha direito, se não fora o acto ilegal praticado pela Administração (teoria da reposição).

Atento à necessidade de se estabelecer uma ligação entre a lesão e o dano -

através da previsibilidade deste em face daquela – sou levado a concluir que a indemnização cujo pagamento recomendo se deve confinar aos danos que a lesada provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão do seu direito ou interesse protegido.

Mas, no contencioso administrativo, e ao contrário do que sucede no contencioso de plena jurisdição, a tutela é indirecta - ou seja, não se opera pela restauração directa da situação do lesado, decorrente da própria decisão -, antes cabendo à Administração tomar as providências adequadas em ordem a que a decisão anulatória produza os seus efeitos práticos normais. Assim, salvo os casos de impossibilidade ou de grave prejuízo para o interesse público, na execução da decisão anulatória proferida, a Administração deve reconstituir a situação (hipotética) que existiria à data do trânsito em julgado, como se o acto ilegal não tivesse sido praticado.

No caso em apreço, revogado o acto administrativo que excluíra a 1ª Subchefe X... do 29º Curso de Promoção a Chefe de Esquadra, a Administração daria execução à decisão revogatória ao proferir um acto de sinal contrário, e ao providenciar pela admissão a que a candidata tinha direito.

Mas, acrescidamente, deve a Administração, através de Vossa Excelência, reconhecer a procedência da alegação da ofensa de direitos subjectivos ou de interesses legalmente protegidos, bem como a prova da existência de nexo causal entre a ilegalidade e o prejuízo. E esta responsabilidade da Administração podia ser efectivada por acordo com a lesada quanto ao montante da indemnização, com fundamento no Decreto-Lei nº 48.051, de 29 de Novembro de 1967. O Provedor de Justiça manifesta, desde já, a disponibilidade deste Órgão do Estado para proceder à necessária mediação para apuramento do montante da indemnização.

Pelas razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no artigo 20º, nº 1, alínea a), da Lei nº 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

A. Que a 1ª Subchefe X... seja admitida ao próximo curso de promoção a chefe de esquadra, sem necessidade de prestação de provas adicionais;

B. Que a 1ª Subchefe X... seja ressarcida dos danos causados no procedimento de candidatura ao 29º Curso de Promoção a Chefe de Esquadra, e que o montante da indemnização seja apurado por acordo com a interessada, com fundamento no Decreto-Lei nº 48.051, de 29 de Novembro de 1967.

Recomendação sem resposta

Ambiente

Exm.º Senhor
Presidente da Câmara Municipal de Ponta Delgada

R-2657/98
Rec. n.º 4/A/99
1999.01.18

I
Introdução

Em virtude de reclamação que me foi dirigida, foi aberto na Provedoria de Justiça (Extensão da Região Autónoma dos Açores) um processo relativo ao funcionamento, na Rua M..., ..., em Ponta Delgada, de uma cocheira com cerca de 19 cavalos. Para além das implicações ambientais que o facto reclamado acarretava, a queixa mencionava a violação do disposto no artigo 100º do Código de Posturas do Município. A texto da reclamação referia, ainda, que havia já sido deliberado o encerramento do estabelecimento reclamado o qual, não obstante, mantinha o seu funcionamento.

No âmbito da instrução do processo, foram solicitados a V.Exa., a coberto do ofício nº 768, de 15/07/98, esclarecimentos sobre:

- A data, e o respectivo teor, da deliberação de encerramento da cocheira;
- A notificação ao proprietário;
- As medidas tomadas pela Câmara Municipal de Ponta Delgada em face do incumprimento.

Mais de três meses após ter sido expedido o meu mencionado ofício, a Câmara Municipal de Ponta Delgada respondeu (cf. ofício nº 12261, de 23/10/98) dizendo, em suma, que:

a) A desactivação das instalações fora deliberada em 04/08/97 ;

b) Por deliberação de 03/11/97, fora deliberado "promover contactos com a Direcção da Associação Hípica Mestre J. R. e com o proprietário do terreno onde aquela associação está actualmente instalada, com vista a ser encon-

trada uma localização alternativa para o referido Centro Hípico".

Por comunicação de 13/11/98, a Provedoria de Justiça foi informada de que a cocheira reclamada "se [mantinha] em funcionamento, embora com actividade bastante reduzida".

Verificado o incumprimento da deliberação de encerramento no prazo estipulado, este Órgão do Estado inquiriu a Câmara Municipal de Ponta Delgada (cf. ofício nº 1054, de 04/11/98) sobre as medidas asseguradas pela Edilidade. Em resposta, foi recebido o ofício nº 13810, de 27/11/98, dando conta que "(...) após notificação foram estabelecidas conversações por parte do notificado com [a] Câmara, demonstrando a impossibilidade do cumprimento da notificação efectuada por não ter uma solução alternativa para o assunto, pelo que, foi aventada a hipótese de instalar a Associação Hípica na pequena sobre de terreno municipal existente no cruzamento da Radial Pico do Funcho coma Circular de Ponta Delgada, conforme deliberação de 97/11/03, assim como a elaboração por parte da D.O.U.A. de um Estudo de Previsão de Espaços e Áreas para as Futuras Instalações daquela Associação (...)", e que a Câmara Municipal de Ponta Delgada "continua a envidar esforços com vista a arranjar uma solução alternativa para instalação do referido Centro Hípico".

II
Exposição de Motivos

Dos factos apurados no decurso da instrução do presente processo resulta, com alguma evidência, que a Câmara Municipal de Ponta Delgada tem promovido diligências com vista à resolução da questão reclamada. Até à data, porém, a cocheira mantém o seu funcionamento e os efeitos perniciosos, designadamente no ambiente circundante, subsistem.

Como corolário do "direito a um ambiente humano e ecologicamente equilibrado" (cf. artigo 2º, nº 1, da Lei nº 11/87, de 7 de Abril), a Lei de Bases do Ambiente impõe a observância do princípio de Recuperação [artigo 3º, alínea g)], nos termos do qual "devem ser tomadas medidas urgentes para limitar os processos degradativos nas áreas onde actualmente ocorrem e promover a recuperação dessas áreas". Acresce que o artigo 48º define a obrigatoriedade de remoção das causas da infracção, bem como a reconstituição da situação anterior.

Nos termos do disposto nas alíneas d) e e) do nº 2 do artigo 51º do Decreto-Lei nº 100/84, de 29 de Março, é da competência da câmara municipal, no âmbito do plane-

amento do urbanismo e da construção, a fiscalização das construções que constituam perigo para a saúde e segurança das pessoas, e a concessão de alvarás de licença para estabelecimentos insalubres, incómodos, perigosos ou tóxicos.

O Capítulo VII do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, aprovado pelo Decreto-Lei nº 38.382, de 7 de Agosto de 1951 (epigrafado "Alojamento de animais"), regula as condições de licenciamento e funcionamento das instalações para alojamento de animais situadas em zonas urbanas. A primeira parte do corpo do artigo 115º expressamente dispõe que "as instalações para alojamento de animais somente poderão ser consentidas nas áreas habitadas ou suas imediações quando construídas e exploradas em condições de não originarem, directa ou indirectamente, qualquer prejuízo para a salubridade e conforto das habitações", e o § único da mesma disposição acrescenta que "as câmaras municipais poderão interditar a construção ou utilização de anexos para instalação de animais nos logradouros ou terrenos vizinhos dos prédios situados em zonas urbanas quando as condições locais de aglomeração de habitações não permitirem a exploração desses anexos sem risco para a saúde e comodidade dos habitantes".

Nos termos do artigo 1º das Instruções aprovadas pela Portaria nº 6065, de 30 de Março de 1929, e do nº 17 da Tabela Anexa ao mencionado diploma, os estábulos e as cavalariças com mais de 10 cavalos devem dispor do competente alvará de licença sanitária.

O nº 1 do artigo 100º do Código de Posturas Municipais proíbe a existência de cocheiras dentro do aglomerado urbano da sede do concelho. No nº 4 da mesma disposição dispõe-se que "as infracções ao presente artigo terão, além da coima a aplicar, de serem demolidas sendo os respectivos trabalhos de demolição feitos pela câmara municipal, por conta do proprietário do prédio quando este após a devida notificação não o faça".

O exercício das competências de polícia administrativa por parte das câmaras municipais resulta da disciplina do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, aprovado pelo Decreto nº 38.382, de 7 de Agosto de 1951, que dispõe que "constituem contra-ordenações a violação do disposto no presente regulamento e nos regulamentos municipais neste previstos, competindo aos serviços de fiscalização da câmara municipal competente a instrução do respectivo processo (...)" (cf. artigo 161º).

Assim, a constatação do funcionamento de uma cocheira no centro da cidade de Ponta Delgada, nas condições descritas, não pode deixar de conduzir, nos termos

mencionados, à instauração de processo contra-ordenacional.

A incumbência de fiscalização do cumprimento das disposições do Regulamento Geral das Edificações Urbanas e do Código de Posturas Municipais conferida, no presente caso, à Câmara Municipal de Ponta Delgada, vem acompanhada, como já referi, da competência para o processamento das contra-ordenações respectivas. E a decisão de instaurar o competente procedimento contra-ordenacional constitui, perante a verificação dos necessários pressupostos, poder vinculado da câmara municipal.

A limitação da discricionaridade não se esgota, porém, na tutela do interesse público a prosseguir, antes se estendendo a todos os demais princípios a que a acção administrativa se encontra vinculada e, em especial no caso presente, aos princípios da legalidade, da protecção dos direitos e interesses dos cidadãos, da proporcionalidade, da colaboração da Administração com os particulares e da desburocratização e eficiência.

Assim, da conjugação das disposições dos artigos 115º e 161º , do Decreto nº 38.382, de 7 de Agosto de 1951, bem com do artigo 100º, do Código de Posturas Municipais, resulta que o processamento de contra-ordenação assume, na situação em apreço, carácter vinculado.

Na verdade, sendo a Câmara Municipal de Ponta Delgada competente para o processamento da respectiva contra-ordenação, e tendo comprovado a violação do disposto no artigo 115º, do Decreto nº 38.382, de 7 de Agosto de 1951, e no artigo 100º, do Código de Posturas Municipais, não pode deixar de ser instaurado aquele procedimento. Por outro lado, a situação em causa é insusceptível de vir a ser legalizada, uma vez que é reconhecido que não é susceptível de vir a satisfazer os requisitos legais e regulamentares, designadamente de urbanização e de salubridade (cfr. artigo 167º, nº 1, do Decreto nº 38.382, de 7 de Agosto de 1951).

Uma vez que a legalização do estabelecimento reclamado constituiria o único meio de evitar o despejo do edifício (cf. corpo e § 1º do artigo 168º, do Regulamento Geral das Edificações Urbanas), este não pode ser evitado, por não estarem reunidas as condições urbanísticas e de salubridade. A consequência será, obrigatoriamente, o despejo do edifício, ao abrigo do disposto no artigo 168º, do Decreto nº 38.382, de 7 de Agosto de 1951.

Pese embora a louvável atitude da Câmara Municipal de Ponta Delgada na colaboração empenhada na busca de uma solução alternativa para a instalação do estabelecimento reclamado, tal circunstância não pode significar o incumprimento das pertinentes disposições legais urbanísticas e de salubridade, ou o sacrifício do bem estar e

da qualidade de vida dos cidadãos afectados para além de um período razoável. Tendo a Edilidade a que V.Exa. preside conhecimento da situação em apreço desde, pelo menos, Junho de 1996 não posso deixar de considerar decorrido o prazo máximo aceitável para a resolução da questão. Acresce que a existência diligências posteriores a deliberações camarárias de encerramento não cumpridas configura, se prolongadas indefinidamente no tempo, uma situação de violação do princípio da legalidade (no sentido referido por ESTEVES DE OLIVEIRA , de "uma exigência de compatibilidade, de preferência ou prevalência de Lei"), bem como de violação do princípio da prossecução do interesse público e da protecção dos direitos e interesses dos cidadãos. Ainda seguindo o mesmo Autor , deve ter-se presente que "quando a Administração tiver de reportar-se ao princípio da prossecução do interesse público, como parâmetro da sua actuação - ou seja, quando tal actuação não estiver vinculadamente fixada na própria Lei - a sua "liberdade" ou discricionaridade para agir nesse sentido fica limitada pelo princípio do respeito dos direitos e interesses legalmente protegidos, de outras pessoas com quem essa sua actuação brigue (...)".

No caso em apreço, mais do que saber do destino a dar às instalações do Centro Hípico reclamado, importa encontrar um meio de transferir os animais e os móveis que actualmente ocupam a cocheira. No entanto, uma vez que o proprietário não deu solução, em prazo mais do que razoável, a esta questão que se lhe deparou, cabe à Câmara Municipal de Ponta Delgada encontrar, com urgência, uma solução, a qual pode passar pela entrega a outra entidade pública que disponha dos necessários meios de recolha. Em toda esta situação não pode deixar de se ter presente as ponderosas razões de interesse público - em especial, de salubridade e de saúde pública - cuja salvaguarda é visada.

II
Conclusões

Pelas razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no artigo 20º, nº 1, alínea a), da Lei nº 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

Que a Câmara Municipal de Ponta Delgada ordene o despejo imediato do edifício sito na Rua M..., ..., em Ponta Delgada.

Recomendação acatada

A
Sua Excelência
o Primeiro Ministro

P-1/99
P-97/99
Rec. n.º 6/A/99
1999.03.02

I
Introdução

Em diversas ocasiões tenho feito referência ao incumprimento das disposições da Lei nº 83/95, de 31 de Agosto, que consagrou o direito de participação popular em procedimentos administrativos e instituiu um dever de audiência prévia relativamente à adopção de planos de desenvolvimento das actividades da Administração Pública, de planos de urbanismo, de planos directores e de ordenamento do território, bem como à decisão sobre a localização e a realização de determinados investimentos públicos.

Estas minhas chamadas de atenção sobre o incumprimento das disposições da Lei de Participação Procedimental constaram já das Recomendações que fiz ao senhor Presidente da Câmara Municipal de Lisboa, em virtude da realização de obras na Rua da Rosa, em Lisboa, sem a audiência prévia dos moradores afectados, e que dirigi à Junta Autónoma do Porto de Angra do Heroísmo, por ocasião dos trabalhos de construção da porto de recreio de Angra do Heroísmo.

Presentemente, o "Projecto de Eliminação de Resíduos Industriais pelo Sector Cimenteiro" tem motivado manifestações populares largamente noticiadas nos órgãos de comunicação social, e constitui o objecto de uma queixa que me foi apresentada.

Como irei demonstrar a Vossa Excelência, a circunstância de ter sido assegurada a consulta ao público no procedimento de avaliação do impacto ambiental do "Projecto de Eliminação de Resíduos Industriais pelo Sector Cimenteiro" não permite considerar cumpridas as disposições da Lei nº 83/95, de 31 de Agosto, tendo presente que aquele investimento público tem implicações significativas na vida das populações envolvidas.

Com efeito, pese embora a similitude de expressões utilizadas nos textos legais que prevêem os regimes jurídicos da avaliação do *impacto* ambiental (A.I.A.) e da participação procedimental poder induzir a ideia de que se trata de procedimentos alterna-

tivos e não cumulativos, o facto é que a consulta do público (da A.I.A.) e a audição dos interessados (da Lei de Participação Procedimental) constituem realidades, jurídica e conceptualmente, não sobreponíveis. Acresce que, como igualmente irei demonstrar, devem ser assegurados em fases diferentes dos procedimentos administrativos a que dizem respeito, e visam objectivos distintos.

A questão sobre a qual sou chamado a pronunciar-me é a da compatibilização dos regimes da avaliação do *impacto* ambiental e da participação procedimental. Introdutoriamente, direi que a entidade competente para a realização da consulta do público interessado [nos termos do disposto no artigo 4º, do Decreto Regulamentar nº 42/97, de 10 de Outubro, o Instituto de Promoção Ambiental (IPAMB)], deve promover uma consulta do público, de molde a permitir uma alargada participação das entidades interessadas e dos cidadãos na avaliação dos efeitos directos e indirectos de determinados projectos no ambiente (ou seja, sobre o homem, a fauna e a flora; o solo, a água, o ar, o clima e a paisagem; sobre a interacção destes factores; e sobre os bens materiais e o património cultural, nos termos do disposto no artigo 2º, nº 2, do Decreto-Lei nº 186/90, de 6 de Junho). Diferentemente, o direito procedimental de participação popular pressupõe um dever de prévia audiência na fase de instrução dos procedimentos de decisão relativos à localização e à realização de obras públicas ou outros investimentos públicos com *impacto* relevante no ambiente ou nas condições económicas e sociais e da vida em geral das populações ou agregados populacionais de certa área do território nacional.

A coberto do ofício nº 068, de 05/01/99, solicitei a Sua Excelência a Ministra do Ambiente cópia integral dos processos administrativos relativos à escolha da localização dos estabelecimentos onde irá ser realizada a incineração dos resíduos perigosos. Em 12/01/99 (através do ofício nº 106/99), recebi cópia do relatório da consulta do público e do parecer da comissão de avaliação de *impacto* ambiental realizada no âmbito do processo da A.I.A. relativo ao projecto de eliminação de resíduos pelo sector cimenteiro.

Foi ainda consultada a informação disponibilizada através da internet (endereço: http://www.ipamb.pt). Relativamente ao "Projecto de Eliminação de Resíduos Industriais pelo Sector Cimenteiro" são apresentados três ecrãs: "relatório", "parecer" e "despacho".

A análise dos documentos recebidos sustenta a conclusão de que o projecto de

eliminação de resíduos pelo sector cimenteiro apenas foi submetido a consulta do público nos termos das disposições da Lei de *Impacto* Ambiental, e que não foi cumprido o dever de prévia audiência dos interessados consagrado na Lei nº 83/95, de 31 de Agosto.

II
Exposição de Motivos

A
A Avaliação do Impacto Ambiental

O Decreto-Lei nº 186/90, de 6 de Junho, e o Decreto Regulamentar nº 38/90, de 27 de Novembro, diplomas alterados respectivamente pelo Decreto-Lei nº 278/97, de 8 de Outubro, e pelo Decreto Regulamentar nº 42/97, de 10 de Outubro, contêm o regime jurídico da avaliação do impacto ambiental.

Esta disciplina jurídica surgiu na sequência do disposto no artigo 30º da Lei nº 11/87, de 7 de Abril, que dispõe que "os planos, projectos, trabalhos e acções que possam afectar o ambiente, o território e a qualidade de vida dos cidadãos, quer sejam da responsabilidade e iniciativa de um organismo da administração central, regional ou local, quer de instituições públicas ou privadas, devem respeitar as preocupações e normas desta Lei e terão de ser acompanhados de um estudo de impacto ambiental", e que igualmente erige o acto administrativo de aprovação do estudo de impacto ambiental em formalidade essencial (ou "condição essencial", como lhe chama) do licenciamento final das obras e trabalhos.

O artigo 31º da Lei de Bases do Ambiente procede à definição do conteúdo mínimo do estudo de impacto ambiental, e dispõe que este deve conter:

a) Uma análise do estado do local e do ambiente;
b) O estudo das modificações que o projecto provocará;
c) As medidas previstas para suprimir e reduzir as normas aprovadas e, se possível, compensar as eventuais incidências sobre a qualidade do ambiente.

O Decreto-Lei nº 186/90 transpõe para o direito interno a Directiva do Conselho nº 85/337/CEE, de 27 de Junho, a qual define as normas a que deve obedecer a avaliação dos efeitos de determinados projectos públicos e privados no ambiente. Mediante a publicação do Decreto-Lei nº 278/97, de 8 de Outubro, a redacção dos artigo 2º, 3º, 6º, 7º e 9º do Decreto-Lei nº 186/90, bem como do anexo III, foi alterada. Por outro

lado, foram aditados ao diploma os artigo 3º-A e 6º-A.

Como resulta do disposto no artigo 2º, nº 2, a avaliação do impacto ambiental visa a verificação dos "efeitos directos e indirectos dos projectos" sobre:

"a) O homem, a fauna e a flora;

b) O solo, a água, o ar, o clima e a paisagem;

c) A interacção dos factores referidos nas alíneas anteriores;

d) Os bens materiais e o património cultural".

Em regra, todos os projectos abrangidos pelas disposições do Decreto-Lei nº 186/90 carecem de A.I.A. Excepcionalmente, porém, um projecto pode ser isento deste procedimento, nos termos do disposto no artigo 2º, nº 4.

O artigo 3º, nº 1, preceitua que, no início do procedimento de autorização ou licenciamento do projecto, o dono da obra deve apresentar à entidade licenciadora um E.I.A. (abreviatura para estudo de impacto ambiental). Nos termos do disposto no nº 2 da mesma disposição, a entidade (licenciadora) pública enviará, "de imediato", ao membro do Governo responsável pela área do ambiente, o projecto [alínea a)], o E.I.A. [alínea b)] e outros elementos que considere úteis [alínea c)].

Cabe ao membro do Governo responsável pela área do ambiente nomear a entidade que instruirá o processo de A.I.A. (artigo 4º, nº 1, 1ª parte). A esta entidade "cabe apreciar e emitir parecer sobre o projecto" (2ª parte). Como atrás referi, a competência para "promover uma consulta do público interessado, de molde a permitir uma alargada participação das entidades interessadas e dos cidadãos na apreciação do projecto", inicialmente atribuída também a esta entidade, é hoje do IPAMB.

Nos termos do disposto no artigo 3º, do Decreto Regulamentar nº 38/90, de 27 de Novembro:

- A designação da entidade competente para instruir o processo de A.I.A. é feita mediante despacho do ministro responsável pela área do ambiente;
- Nos casos de projectos situados dentro de perímetros urbanos ou que atravessem povoações, a competência do ministro responsável pela área do ambiente é exercida conjuntamente com o ministro responsável pelo ordenamento do território;
- Quando o projecto se localize numa região autónoma, a entidade competente para a instrução de A.I.A. é designada pelos respectivos órgãos de governo próprio.

O conteúdo do E.I.A. vem consubstanciado no artigo 3º, nº 3. Na redacção inicial do Decreto-Lei nº 186/90, era feita uma remissão genérica para o anexo II. Em virtude da alteração introduzida pelo Decreto-Lei nº 278/97, de 8 de Outubro, passou a ser definido um conteúdo mínimo (é utilizada a expressão "o EIA deve, pelo menos, incluir") para o E.I.A.. As especificações constantes do anexo II apenas serão de ter em conta "na medida em que (...) se mostrem adequadas ao tipo de projecto, sua fase específica e características, bem como aos elementos do ambiente que possam ser afectados, e ainda aqueles cuja existência se afigure razoável em face, nomeadamente, dos conhecimentos e métodos de avaliação existentes" (nº 4).

As especificações mínimas são:

a) Descrição do projecto, com informações relativas à localização, concepção e dimensões;

b) Descrição das medidas previstas para evitar, reduzir e, se possível, remediar os efeitos negativos significativos;

c) Dados necessários à identificação e avaliação dos efeitos principais que o projecto possa ter no ambiente;

d) Resumo não técnico dos aspectos referidos em a), b) e c).

Importa, de igual modo, ter presente a redacção do anexo II ao Decreto-Lei nº 186/90:

Anexo II

1. Descrição do projecto, incluindo, em especial:

Uma descrição das características físicas da totalidade do projecto e exigências no domínio da utilização do solo, aquando das fases de construção e de funcionamento;

Uma das principais características dos processos de fabrico, por exemplo a natureza e as quantidades de materiais utilizados;

Uma estimativa dos tipos e quantidades de resíduos e emissões esperados (poluição da água, da atmosfera e do solo, ruído, vibração, luz, calor, radiação, etc.) em resultado do funcionamento do projecto proposto.

2. Se for caso disso, um esboço das principais soluções da substituição examinadas pelo dono da obra e a indicação das principais razões dessa escolha, atendendo aos efeitos no ambiente.

3. Uma descrição dos elementos do ambiente susceptíveis de serem consideravelmente afectados pelo projecto proposto, nomeadamente a fauna, a flora, o solo, a

água, a atmosfera, os factores climáticos, os bens materiais, incluindo o património arquitectónico e arqueológico, a paisagem,, bem como a interrelação entre os factores mencionados.

4. Uma descrição (que deve mencionar os efeitos e, se for caso disso, os efeitos indirectos secundários, cumulativos, a curto, médio e longo prazos, permanentes e temporários, positivos e negativos do projecto) dos efeitos importantes que pode ter no ambiente resultantes:

Da existência da totalidade do projecto;

Da utilização dos recursos naturais;

Da emissão de poluentes, da criação de perturbações ou da eliminação dos resíduos, e a indicação pelo dono da obra dos métodos de previsão utilizados para avaliar os efeitos no ambiente.

5. Um resumo não técnico das informações transmitidas com base nas rubricas mencionadas.

6. Um resumo das eventuais dificuldades (lacunas técnicas ou nos conhecimentos) encontradas pelo dono da obra na compilação das informações requeridos.

O nº 5 do artigo 3º (introduzido pelo Decreto-Lei nº 278/97) determina que a apreciação do E.I.A. considere os efeitos cumulativos ou sinérgicos no ambiente. No entanto, deve dizer-se que esta imposição constava já do disposto no artigo 2º, nº 3, do Decreto Regulamentar nº 38/90, de 27 de Novembro.

Inovação resultante da publicação do Decreto-Lei nº 278/97, de 8 de Outubro, é o artigo 3º-A, que dispõe, no nº 1, sobre o número de exemplares do E.I.A. a enviar pela entidade licenciadora à entidade competente para a instrução do A.I.A.:

- Sete: se o projecto estiver compreendido no anexo I;
- Cinco: se o projecto estiver compreendido no anexo III.

Nos termos do nº 2 do artigo 3º-A, incumbe ao "proponente", no prazo de cinco dias após solicitação do organismo competente para instruir o processo da consulta do público, facultar o número de exemplares do E.I.A. igual à soma do número de municípios abrangidos pelo projecto, e o número de exemplares do resumo não técnico correspondente ao número de freguesias abrangidas.

O nº 2 do artigo 4º relaciona a consulta do público à "divulgação prévia dos estudos efectuados e respectivos resultados (...) [e à] explicitação dos elementos mais caracterizadores do empreendimento (...)", sem deixar de salvaguardar a protecção dos

conhecimentos técnicos não patenteados.

O artigo 5º, nº 1 dispõe que no prazo de 120 dias - o qual pode ser prorrogado por 30 dias, nos termos do disposto no nº 2 da mesma disposição - contados desde a data em que recebeu (enviado pela entidade licenciadora) o projecto, o E.I.A. e os outros elementos considerados úteis, o membro do Governo responsável pela área do ambiente envia à tutela e à entidade com competência para autorizar ou licenciar o projecto:

- O parecer;
- O relatório da consulta pública;
- A análise do relatório da consulta pública.

A 1ª parte do nº 1 do artigo 6º dispõe, na redacção dada pelo Decreto-Lei nº 278/97, de 8 de Outubro, que a entidade com competência para autorizar ou licenciar o projecto deve ter em consideração o parecer da A.I.A., o relatório de consulta pública e, nas situações de implicações transfronteiriças, as informações recebidas dos outros Estados membros. No caso de não serem adoptadas as conclusões do parecer da A.I.A., a decisão da entidade licenciadora deve fundamentar, de facto e de direito, as razões que determinaram a não adopção. Se naquele prazo nada for comunicado à entidade com competência para autorizar ou licenciar o projecto, considera-se favorável o parecer (artigo 5º, nº 3). Mas, nos termos do disposto no artigo 6º, nº 2 (também alterado pelo Decreto-Lei nº 278/97, de 8 de Outubro) esta "entidade (...) deverá ter em consideração o EIA fornecido pelo dono da obra, bem como o resultado da consulta do público interessado no projecto em causa, que para o efeito será solicitado à entidade competente para a instrução do processo da AIA".

No final do procedimento de A.I.A. "as decisões (...), bem como os respectivos processos, devem ser objecto de divulgação pública" (artigo 9º, nº 1, do Decreto-Lei nº 186/90, de 6 de Junho, na redacção conferida pelo Decreto-Lei nº 278/97, de 8 de Outubro).

Os projectos listados no anexo III ao Decreto-Lei nº 186/90 "(...) serão submetidos a AIA, nos termos e de acordo com os critérios e limites (...)" definidos no Decreto Regulamentar nº 38/90, de 27 de Novembro, como postula o artigo 7º, nº 1 do mencionado Decreto-Lei nº 186/90, na redacção resultante da publicação do Decreto-Lei nº 278/97.

Sobre o âmbito de aplicação do Decreto Regulamentar nº 38/90, de 27 de Novembro, dispõe o nº 1 do seu artigo 1º, na redacção do Decreto Regulamentar nº 42/97, de 10 de Outubro:

1. O presente diploma aplica-se à avaliação de impactes ambientais (AIA) dos projectos referidos no anexo I do Decreto-Lei nº 186/90, de 6 de Junho, bem como dos projectos listados no anexo III do mesmo diploma, com a redacção que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei nº 278/97, de 8 de Outubro, quando para estes sejam verificados impactes significativos no ambiente de acordo, nomeadamente, com a sua dimensão, natureza e localização, descritos no anexo a este diploma, que dele faz parte integrante.

O nº 2 impõe, ainda assim, a obrigatoriedade de salvaguarda, no respectivo processo de licenciamento ou autorização, das incidências sobre o ambiente dos projectos que não ultrapassem os limites ou dimensões dos projectos referidos no anexo.

As alíneas a) e b) do nº 1 e a) e b) do nº 2 do artigo 4º do Decreto Regulamentar nº 38/90 dispõem sobre os prazos da consulta ao público, bem como sobre a legitimidade de acesso e participação. Relativamente aos projectos enumerados no anexo I do Decreto-Lei nº 186/90, de 6 de Junho:

A consulta do público deve realizar-se por um período de tempo não inferior a quarenta nem superior a sessenta dias;

O público interessado são os cidadãos e as suas organizações representativas (nomeadamente as associações de defesa do ambiente e as autarquias locais da região abrangido, relativamente a empreendimentos em cujo processo não tenha participado).

O regime a que se submetem os projectos enumerados no anexo III e especificados no anexo do Decreto Regulamentar nº 38/90 tem, por seu turno, as seguintes especialidades:

A consulta do público deve realizar-se por um período de tempo não inferior a vinte nem superior a trinta dias;

O público interessado são as freguesias onde se localize o empreendimento ou por onde ele passe e as que lhes sejam limítrofes se por ele possam ser afectadas, os cidadãos nelas residentes e as suas organizações representativas (nomeadamente as associações de defesa do ambiente).

Como forma de divulgação da consulta pública, o nº 3 do artigo 4º dispõe, na redacção conferida pelo Decreto Regulamentar nº 42/97, que devem ser emitidos anúncios e editais contendo a identificação do projecto [alínea a)], o período da consulta pú-

blica [alínea b)], a indicação dos locais de consulta do E.I.A. e do resumo não técnico [alínea c)], o procedimento de apresentação de observações e sugestões [alínea d)], bem como a data, local e hora da realização da audiência pública [alínea e)].

O Decreto Regulamentar nº 42/97, de 10 de Outubro, manteve o conteúdo dos nºs 3, 4, 5, e 6 do artigo 4º do Decreto Regulamentar nº 38/90, de 27 de Outubro, alterando, unicamente, a respectiva numeração. Assim:

- O processo de consulta pública é desencadeado mediante a divulgação do resumo não técnico fornecido pelo dono da obra (nº 4, na numeração conferida pelo Decreto Regulamentar nº 42/97);
- No âmbito deste procedimento, devem ser consideradas e apreciadas as exposições e reclamações apresentadas por escrito (actual nº 5);
- São promovidas audiências públicas abertas aos interessados quando as circunstâncias do projecto o aconselhem, nas quais se procederá à discussão e debate dos aspectos específicos do projecto previamente divulgados (nº 6, na actual numeração);
- É elaborado, nos cinco dias subsequentes ao fim do prazo fixado para a consulta do público, relatório sucinto especificando as diligências efectuadas, a participação registada e as conclusões a extrair (artigo 4º, nº 7, do Decreto Regulamentar nº 38/90, de 27 de Outubro, na numeração alterada pelo Decreto Regulamentar nº 42/97).

B
A Participação Procedimental

A Lei nº 83/95, de 31 de Agosto, consagrou o direito de participação popular em procedimentos administrativos e instituiu um dever de audiência prévia relativamente à adopção de planos de desenvolvimento das actividades da Administração Pública, de planos de urbanismo, de planos directores e de ordenamento do território, bem como à decisão sobre a localização e a realização de determinados investimentos públicos. A título exemplificativo, são interesses relevantes, e como tal protegidos, a saúde pública, o ambiente, a qualidade de vida, a protecção do consumo de bens e serviços, o património cultural e o domínio público (artigo 1º, nº 2).

São titulares do direito procedimental de participação popular, para além das associações e das fundações cujo objecto social seja a promoção da defesa dos interesses referidos (e desde que preencham os requisitos de legitimidade activa descritos no

artigo 3º), "quaisquer cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos" (artigo 2º, nº 1) e, ainda, as autarquias locais, em relação aos interesses de que sejam titulares cidadãos residentes na área da respectiva circunscrição (nº 2). Por outro lado, "são designadamente interesses protegidos pela (...) Lei a saúde pública, o ambiente, a qualidade de vida, a protecção do consumo de bens e serviços, o património cultural e o domínio público" (artigo 1º, nº 2).

O direito procedimental de participação popular pressupõe um dever de prévia audiência, nos termos do disposto no artigo 4º, nº 1, na fase de instrução dos procedimentos relativos à

- Aprovação de planos de desenvolvimento das actividades da Administração Pública (note-se que o nº 2 refere "considera-se equivalente aos planos a preparação de actividades coordenadas da Administração a desenvolver com vista à obtenção de resultados com impacto relevante");
- Aprovação de planos de urbanismo;
- Aprovação de planos directores e de ordenamento de território;
- Decisão sobre a localização e a realização de obras públicas ou outros investimentos públicos com impacto relevante no ambiente ou nas condições económicas e sociais e da vida em geral das populações ou agregados populacionais de certa área do território nacional.

São consideradas, para efeitos da disciplina instituída pelo artigo 4º, obras públicas ou investimentos públicos com impacto relevante, aqueles que:

- se traduzam em custos superiores a um milhão de contos;
- influenciem significativamente as condições de vida das populações de determinada área (quer sejam executados directamente por pessoas colectivas públicas quer por concessionários).

Este dever de prévia audiência impõe a audição dos cidadãos interessados e das entidades defensoras dos interesses que possam vir a ser afectados por aqueles planos ou decisões. Para a realização da audição, devem ser afixados editais nos lugares de estilo (se os houver) e devem ser publicados anúncios em dois jornais diários de grande circulação e num jornal regional (quando existir), nos termos do artigo 5º, nº 1.

Os editais e os anúncios devem identificar as principais características do plano, obra ou investimento, descrever os seus prováveis efeitos e indicar a data a partir da qual será realizada audição dos interessados (nº 2). Deve ser respeitado o prazo mínimo

de vinte dias entre a data do anúncio e a realização da audição, salvo casos de urgência devidamente justificados (nº 3). Durante este período de consulta, os estudos e outros elementos preparatórios dos projectos dos planos ou das obras - dos quais constarão obrigatoriamente dados sobre as consequências que a adopção dos planos ou decisões possa ter sobre os bens, ambiente e condições de vida das pessoas (artigo 6º, nº 2) - são facultados à consulta dos interessados (artigo 6º, nº 1) e podem ser pedidos esclarecimentos, oralmente ou por escrito (artigo 6º, nº 3)

No prazo de cinco dias depois do termo do período de consulta, os interessados devem comunicar à autoridade instrutora a sua pretensão de serem ouvidos oralmente ou de apresentarem observações escritas (artigo 7º, nº 1). Caso pretendam ser ouvidos, os interessados devem indicar os assuntos e o sentido geral da intervenção (nº 2).

A audição dos interessados é feita mediante a realização de uma audiência pública (artigo 8º, nº 1). No decurso desta, os esclarecimentos são prestados pela autoridade encarregada da instrução (nº 2), e são lavradas actas que são assinadas pelos membros da autoridade instrutora (nº 3).

Existe um dever de ponderação e de resposta, nos termos do qual são respondidas as objecções formuladas e justificadas as opções tomadas (artigo 9º, nº 1). O conteúdo das respostas deve ser comunicado por escrito aos interessados (nº 2).

Os artigos 10º e 11º referem-se ao procedimento colectivo, isto é, às situações em que a autoridade instrutora deva proceder a mais de vinte audições. Nestes casos, poderá ser determinado que os interessados se organizem de modo a escolherem representantes nas audiências a efectuar e, no caso daqueles não se fazerem representar, pode a entidade instrutora proceder à escolha, de entre os representantes de posições afins, de modo a não ser excedido o número de vinte audições.

Passados em revista os regimes jurídicos da A.I.A. e da participação procedimental importa, todavia, conciliar o exercício da consulta do público com a audição dos interessados.

C.
A Consulta do Público (A.I.A)
e a
Audição dos Interessados (Lei da Participação Procedimental)

A delimitação dos parâmetros normativos da A.I.A. e da Lei de Participação Procedimental que deixei feita permite, desde já, identificar algumas particularidades próprias de cada instituto. A A.I.A. é o procedimento administrativo que visa a avalia-

ção dos efeitos directos e indirectos de determinados projectos no ambiente e que compreende, em fase determinada, a consulta do público. Esta, baseando-se no E.I.A. e no resumo não técnico, tem por finalidade permitir uma alargada participação das entidades interessadas e dos cidadãos na apreciação do respectivo projecto. A participação procedimental tem por objecto possibilitar que os cidadãos tomem parte na instrução dos procedimentos administrativos susceptíveis de afectar determinados interesses (como a saúde, o ambiente, a qualidade de vida, a protecção do consumo de bens e serviços, o património cultural e o domínio público). A participação consiste na audiência prévia dos interessados, relativamente à decisão de localização e realização de investimentos públicos, com base nas informações constantes dos editais e anúncios - características do investimento, estudos e elementos preparatórios, efeitos prováveis que a adopção das decisões possa ter nos bens, ambiente e condições de vida das pessoas.

Ali (na A.I.A.), está em causa a avaliação dos efeitos directos e indirectos de determinado projecto no ambiente; aqui (na participação procedimental), o objecto é a decisão de localização e realização de um investimento público.

Abro um parêntese para aludir à questão da interpretação das disposições legais em confronto.

Determina o artigo 9º do Código Civil que a interpretação deve reconstituir o pensamento legislativo tendo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a Lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que a Lei é aplicada. E se a letra da Lei é, não só o "ponto de partida da interpretação" (BAPTISTA MACHADO, Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, 1983, Almedina, Coimbra, pág. 182) mas também o elemento intransponível de toda a interpretação, "nesta tarefa de interligação e valoração que acompanha a apreensão do sentido literal, intervêm elementos lógicos, apontando a doutrina elementos de ordem sistemática, histórica e racional ou teleológica" (cf., por todos, o Parecer nº 1/97, do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, publicado no Diário da República, II série, de 4 de Julho de 1997). Na esteira do mesmo parecer concluo que a utilização destes elementos interpretativos - os elementos sistemático ("a consideração de outras disposições que formam o complexo normativo do instituto em que se integra a norma interpretada (...), assim como a consideração de disposições legais que regulam problemas normativos paralelos ou institutos afins"), histórico ("as matérias relacionadas com a história do preceito material da mesma ou de idêntica questão, as fontes da Lei e os trabalhos pre-

paratórios") e racional ou teleológico [a "razão de ser da norma (ratio legis)", o "fim visado pelo legislador ao editar a norma" e as "soluções que tem em vista e que pretende realizar"] - conduzirá a uma das modalidades de interpretação: declarativa, extensiva, restritiva, revogatória ou enunciativa.

Importando buscar, à luz da unidade do sistema jurídico, a compatibilidade do(s) texto(s) legal(ais) com o pensamento legislativo, não posso deixar de concluir que os procedimentos de consulta e participação dos interessados previstos na Lei de Avaliação do Impacto Ambiental e na Lei de Participação Procedimental são distintos, visam finalidades diversas e devem ser assegurados cumulativamente sempre que os projectos, investimentos ou obras sejam subsumíveis na previsão dos respectivos diplomas. E isto, pela seguinte ordem de razões:

1. A A.I.A. pressupõe a escolha prévia de uma localização. Aliás, nos termos do disposto no artigo 3º, nº 1, do Decreto-Lei nº 186/90, de 6 de Julho, a A.I.A. é desencadeada com a apresentação do E.I.A. (pelo dono da obra), no início do procedimento de autorização ou licenciamento do projecto. Tanto a decorrência de um procedimento de autorização ou licenciamento, como a existência de um dono da obra, implicam uma decisão anterior sobre a localização dos trabalhos submetidos a consulta pública. Diferentemente, é na fase da escolha da localização que deve ser assegurada a audição dos interessados ao abrigo da disciplina constante da Lei de Participação Procedimental. Esta é a razão, certamente, da expressão "dever de audiência prévia" de que este texto legal faz uso.

Tal como ALVES CORREIA refere, a propósito da elaboração de projectos de PDM (O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade, Colecção Teses, Almedina, Coimbra, 1989, pág. 263), a contraposição da audição dos interessados, na Lei de Participação Procedimental, à consulta do público, na A.I.A., aproxima-se da dissemelhança entre o instituto do direito alemão da participação preventiva dos cidadãos (primeiro nível de participação) e o da participação sucessiva ou formal (segundo nível de participação). São, como afirma o autor, temporária e objectivamente independentes.

2. A Lei nº 83/95 foi publicada em 31 de Agosto de 1995. Nesta data, já a avaliação dos efeitos de determinados projectos públicos e privados no ambiente era obrigatória. O legislador não cuidou, ainda assim, de isentar a Administração Pública do dever de audiência prévia relativamente aos projectos sujeitos a avaliação do impacto ambiental. Centrando a análise na Lei de Participação Procedimental, diploma posterior em cerca de cinco anos à Lei de Avaliação do Impacto Ambiental, concluo,

pois, que o verdadeiro sentido e alcance da participação procedimental em nada se confunde com a avaliação do impacto ambiental. A letra da Lei, em especial pela inclusão do vocábulo "prévia", não permite interpretação divergente: o legislador, consciente de que preexistia o instituto jurídico da avaliação do impacto ambiental, criou um novo regime no âmbito do qual a Administração Pública tem o dever de audiência (prévia, logo anterior a sua definitividade) relativamente à decisão sobre a localização e a realização de determinados investimentos públicos, ou sobre a adopção de planos.

3. O fim visado (ratio legis) pelos legisladores dos diplomas é diferente. A A.I.A. apenas se debruça sobre os efeitos ambientais de determinado projecto; a Lei nº 83/95, de 31 de Agosto, respeita a um mais vasto leque de interesses protegidos (tendo o legislador optado por enunciar, a título meramente exemplificativo, a saúde, o ambiente, a qualidade de vida, a protecção do consumo de bens e serviços, o património cultural e o domínio público). Creio, pois, que ficaria frustrada a teleologia da participação procedimental se a consulta do público no âmbito da A.I.A. subsumisse a audição dos interessados imposta pela Lei nº 83/95, de 31 de Agosto.

D
O "Projecto de Eliminação de Resíduos Industriais pelo Sector Cimenteiro"

O "Projecto de Eliminação de Resíduos Industriais pelo Sector Cimenteiro", apresentado em traços gerais a fls. 12 e 13 do parecer da comissão de avaliação do impacto ambiental, compreende quatro estabelecimentos:

- Uma Estação de Transferência de Resíduos Industriais, no parque industrial da "Quimiparque", em Estarreja.
- Uma Estação de Tratamento de Resíduos Industriais, no parque industrial da "Quimiparque", no Barreiro.
- Duas instalações de queima de resíduos, correspondentes a dois fornos de cimento, um em cada uma de duas unidades cimenteiras a escolher de entre quatro localizações alternativas: Alhandra, Maceira, Outão e Souselas.

Em informação do senhor Secretário de Estado Adjunto da Ministra do Ambiente, de 28 de Dezembro de 1998, Sua Excelência a Ministra do Ambiente proferiu despacho de concordância com a mesma data. Pela sua relevância na economia da presente Recomendação transcrevo, na íntegra, o teor da informação.

Assunto:Projecto de Eliminação de Resíduos Industriais pelo Sector Cimenteiro

1. Em Portugal são produzidas anualmente 16 000 toneladas de resíduos industriais perigosos cujo destino mais adequado é a incineração.

Porque a construção de uma incineradora dedicada, em face desta quantidade, se demonstrava desadequada, foi tempestivamente tomada a decisão de co-incinerar estes resíduos nos fornos das cimenteiras (Resolução de Conselho de Ministros nº 98/97, de 25 de Junho), decisão esta com inequívocas vantagens ambientais, sociais e económicas, conforme já foi amplamente explicitado. Com esta opção, os resíduos deixam de ser matéria prima exclusiva (incineração) para passarem a ser combustível alternativo (co-incineração).

Destaque-se ainda a medida supletiva de prudência que consta do Memorando de Entendimento firmado entre o Ministério do Ambiente e as duas empresas cimenteiras que restringe a 25% a proporção de energia calorífica proveniente do combustível alternativo, quando o Decreto-Lei nº 273/98, de 2 de Setembro, que transpõe a Directiva 94/67/CE, de 16 de Dezembro permite que este valor se cifre em 40%.

A co-incineração desta tipologia de resíduos é apenas uma parcela da solução para o conjunto de destinos finais possíveis de todos os resíduos industriais, para os quais a já citada Resolução de Conselho de Ministros define uma clara "hierarquia de preferencia" e que passa em primeiro lugar pela prevenção (redução da produção).

No entanto, e porque a redução da produção é um objectivo a médio prazo, o seu cumprimento não se compagina com a urgência de encontrar uma solução no imediato, bem como, e no tocante à natureza dos resíduos em causa, não é expectável - com as actuais tecnologias - que a redução das quantidades dispense uma solução de valorização.

2. O processo de avaliação de impacto ambiental, conduzido pela Administração, e tendo na sua génese um estudo de impacto ambiental (EIA) promovido pelas empresas proponentes, iniciou-se em Julho p. p. O estudo é parte de um pedido de licenciamento em que se solicita a adaptação das unidades industriais para a co-incineração de resíduos industriais perigosos, bem como a instalação de uma estação de transferência e pré-tratamento no Barreiro e ainda de uma estação de transferência em Estarreja. Neste pedido de licenciamento, e sem embargo do EIA ser igualmente aprofundado para as quatro unidades em apreço, entendeu a SCORECO (empresa proponente) explicitar a

sua preferência por duas delas (Alhandra e Outão).

Num quadro de transparência e credibilidade, entendeu a Senhora Ministra do Ambiente, por despacho, estender o debate público às quatro localizações possíveis, bem como proceder a esse mesmo debate público em Estarreja e no Barreiro, embora a Lei, neste caso, a tal não obrigasse.

3. Em anexo apresenta-se o relatório final da comissão de avaliação do EIA, cujas conclusões, recomendações e medidas mitigadoras se subscrevem.

Deste resulta claro que:

- qualquer uma das localizações para a co-incineração é viável;
- sem embargo de não terem que ser sujeitas a este processo, as estações do Barreiro e Estarreja, por se encontrarem em parques industriais convenientemente infraestruturados, são possíveis mediante o cumprimento das medidas de minimização de impactes aí preconizadas;
- é fundamental assegurar medidas de acompanhamento, controlo e divulgação dos resultados da laboração sobre os procedimentos das cimenteiras e as emissões atmosféricas, e que estas medidas terão que ser continuamente fiscalizadas pela Administração;
- nas cimenteiras terá que ser levado a cabo um programa de requalificação ambiental, tanto interna (p.ex. a colocação de "filtros de mangas") como externa.

4. Concretamente, e porque são válidos para ambas as localizações escolhidas, os mecanismos de controlo e as condições da licença - do foro ambiental - que vier a ser emitida pelo Ministério da Economia, são os seguintes:

a) Mecanismos de controlo:

I. obrigatoriedade de, trimestralmente, as cimenteiras produzirem relatórios sobre as condições de laboração, os quais deverão ser tornados públicos, e merecer a discussão no seio das comissões abaixo referidas. Estes relatórios deverão ter por base a instalação de uma rede de estações de medição e controlo instaladas quer no interior da unidade, quer na sua área envolvente. O início da laboração deverá ser precedido da apresentação do programa de monitorização;

II. criação de uma comissão de acompanhamento local constituída por um representante da Câmara Municipal (que preside), Junta de Freguesia, Orga-

nizações não Governamentais e outras com sede no concelho.

Esta comissão tem como competências seguir a laboração, apreciar os relatórios periódicos, e deverá poder ter acesso - por solicitação - à unidade fabril, bem como a toda a informação, como seja a das emissões atmosféricas e o plano de queima de resíduos;

III. criação de uma comissão técnica a quem incumbirá controlar e aferir do ponto de vista técnico, as condições de incineração, e de emissões atmosféricas e respectivas medições, seus impactes, tendo como obrigação a apreciação dos relatórios de monitorização.

Esta comissão é constituída por um representante da Direcção Geral do Ambiente (que preside), da Direcção Regional do Ambiente, da Autarquia, e da Universidade a quem, como organismo autónomo, caberá em particular, a auditoria da calibração dos sistemas de controle, métodos e medidas;

IV. divulgação em tempo real das emissões produzidas nas chaminés das cimenteiras, com um terminal de leitura dos resultados instalado na Câmara Municipal e na Direcção Regional do Ambiente.

V a criação de um Comissariado que, na dependência directa de Sua Excelência a Ministra, ou de quem ela designar, e à escala nacional acompanhe o planeamento e gestão do processo de recolha e tratamento de resíduos industriais, em particular da co-incineração na sua fase de licenciamento e de início da laboração.

b) Condições da licença

No âmbito do processo de licenciamento industrial da competência dos serviços do Ministério da Economia e sem prejuízo de quaisquer condicionalismos de outra ordem, considera-se fundamental que a licença que titule a autorização de laboração seja condicionada ao cumprimento do universo de condicionantes e recomendações do parecer da comissão de avaliação de impacto e do presente despacho.

Dada a natureza pioneira desta actividade no nosso país, entende-se como desejável, aquando da vistoria que nos termos da legislação industrial precede o início da laboração, a ponderação do recurso ao mecanismo de laboração a título provisório, previsto na alínea e) do artigo 17º do Regulamento do Exercício da Actividade Industrial, aprovado pelo Decreto Regulamentar nº 25/93, de 17 de Agosto, durante e enquanto durar o período experimental previsto, relativamente à primeira das cimenteiras nos termos que à frente se expõem.

Sem embargo do que atrás ficou exposto e como mecanismo prévio ao início da laboração, o proponente deve dar cumprimento ao estipulado nos artigos 8º e 9º do Decreto-Lei nº 239/97, de 9 de Setembro, apresentando para o efeito, junto do Ministério do Ambiente, o competente pedido de autorização prévia, cuja emissão será condicionada ao cumprimento das condicionantes e recomendações do presente parecer da comissão de avaliação de impacto ambiental.

5. No cumprimento estrito da proposta inclusa no parecer da comissão de avaliação de impacto ambiental deste projecto, propõe-se que as unidades escolhidas sejam as de Souselas e Maceira, nos concelhos de Coimbra e Leiria, respectivamente.

Num quadro em que qualquer uma das quatro unidades poderia ser escolhida, estas duas localizações evidenciam um particular estado de degradação ambiental na envolvente das cimenteiras que urge inverter.

Complementarmente, a localização geográfica destas unidades, permite-lhes ocupar uma posição de centralidade em face dos centros geradores de resíduos.

No caso de Souselas, servida por boas acessibilidades, o início do processo de co-incineração deverá inverter o estado de degradação, podendo, com a instalação dos filtros de mangas e a vigilância que será exercida denotar resultados positivos no curto prazo. A autorização que será emitida pelo Ministério do Ambiente será sujeita à concretização de tais medidas, bem como à ponderação das acções efectivas e complementares de recuperação ambiental do espaço territorial de proximidade.

No caso de Maceira, encontram-se reunidas as condições para exercitar um eficaz controlo ambiental, sujeito a título prévio de iguais exigências às já referidas para Souselas.

O pioneirismo desta decisão, associada ao facto de em Maceira ainda se proceder à queima de pneus que importa reduzir em quantidade - se não mesmo eliminar, caso se concretizem outras soluções menos onerosas para o ambiente - recomenda ainda como prudente que se não inicie em simultâneo a co-incineração em ambas as unidades fabris.

Assim, e na sequência das recomendações do parecer da comissão de avaliação de impacto ambiental, deverá considerar-se um período experimental de seis meses a decorrer na unidade de Souselas. Este permite avaliar, para além de todas as condicionantes já expostas, a real capacidade de cumprimento das exigências por parte das cimenteiras, bem como a eficácia de todos os mecanismos de controlo. Uma vez concluí-

da esta fase, e efectuadas as correcções que ela demonstrar necessária, estarão cumpridas as condições para que a laboração se estenda à unidade de Maceira. Tal pressuposto não deverá afectar o rápido início da requalificação ambiental da fábrica da Maceira.

6. Em área a definir e na envolvente a cada uma das unidades cimenteiras, impõe-se a concretização de um programa de reabilitação, devidamente calendarizado, e que inclua um conjunto de acções de requalificação da paisagem, bem como do reforço dos sistemas de saneamento básico, e ainda outras com relação directa ou indirecta com o bem estar das populações.

Este programa deverá ser presente à Senhora Ministra do Ambiente até ao final do primeiro trimestre do próximo ano, estando acometida à Direcção Regional do Ambiente, em articulação com as autarquias, a responsabilidade pela sua elaboração.

À consideração da Senhora Ministra do Ambiente.
Lisboa, 28 de Dezembro de 1998
O Secretário de Estado Adjunto da Ministra do Ambiente
Eng. Ricardo Magalhães
Visto. Concordo nos termos propostos.
98.12.28
Elisa Guimarães Ferreira
Ministra do Ambiente

Não sendo a questão da avaliação do impacto ambiental o objecto principal do processo instruído neste Órgão do Estado não posso, ainda assim, deixar de manifestar o meu apreço pelos procedimentos assegurados pelo Ministério do Ambiente, em cumprimento do regime jurídico constante do Decreto-Lei nº 186/90, de 6 de Junho, e do Decreto Regulamentar nº 38/90, de 27 de Novembro, diplomas alterados respectivamente pelo Decreto-Lei nº 278/97, de 8 de Outubro, e pelo Decreto Regulamentar nº 42/97, de 10 de Outubro, em especial por ter sido determinado por Vossa Excelência que o debate público se alargasse às quatro localizações alternativas para as instalações de queima de resíduos (Alhandra, Maceira, Outão e Souselas).

Não me surpreendem, porém, os fenómenos colectivos de reacção negativa que o "Projecto de Eliminação de Resíduos Industriais pelo Sector Cimenteiro" tem suscitado. Configurem estas acções populares apreensões perante as implicações ao nível da saúde, ambiente e qualidade de vida, ou preocupações de cariz essencialmente científico ou, simplesmente, manifestações de atitudes perante o desenvolvimento industrial [nas expressões anglo-saxónicas, NIMBY ou BANANA *"acronyms for some attitudes to development: "Not in my backyard" and "Build absolutely nothing anywhe-*

re near anybody" (ALAN GILPIN, Environmental Impact Assessment - Cutting Edge for the Twenty-First Century, Cambridge University Press, 1995, pág. 171)], o certo é que deve ser possibilitada "uma modalidade de participação preventiva dos cidadãos (Vorgezogene Bürgerbeteiligung) ou de participação tempestiva dos cidadãos (Frümzeitige Bürgerbeteiligung), distinta e mais eficaz do que a participação sucessiva ou formal (Förmiliche Bürgerbeteiligung), em que o interessado apenas é chamado a exprimir a sua opinião sobre as soluções já adoptadas num projecto acabado do plano ou da norma regulamentar" (ESTEVES DE OLIVEIRA, Código do Procedimento Administrativo Comentado, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 1998, pág. 526). É esta, afinal, a essência do direito de participação procedimental do qual resulta o dever de audiência prévia.

E
O Dever de Audiência Prévia Relativamente à Decisão de Eliminação de Resíduos Industriais pelo Sector Cimenteiro

Escrevem Gomes Canotilho e Vital Moreira que "a participação na formação das decisões ou deliberações administrativas (...) assume configuração especial quando estão em causa grandes conjuntos indeterminados de cidadãos. Nesses casos, impõe-se a adopção dos chamados procedimentos administrativos colectivos ou populares e o acolhimento da noção de interesses difusos ou interesses públicos latentes. Tal conduz à configuração das relações entre a Administração e os cidadãos como relações jurídicas poligonais ou multipolares e ao alargamento das noções de interesse e de legitimação para efeitos de recurso aos meios graciosos e contenciosos de tutela administrativa. Essas formas específicas de procedimento administrativo são necessárias para legitimar medidas administrativas que interessam a um grande número de cidadãos (grupos, categorias sociais ou comunidades) e visam a defesa preventiva ou sucessiva de interesses ou direitos que, embora não especialmente "personalizados", dizem respeito, quer a situações jurídicas englobadas no âmbito normativo de direitos fundamentais (v.g., direito à saúde, direito ao ambiente), quer a interesses públicos "difundidos" na colectividade (casos de instalação de centrais nucleares ou de indústrias poluentes, de delimitação de parques naturais, etc.)" (Constituição da República Portuguesa Anotada, 3ª edição revista, Coimbra Editora, 1993, pág. 932). Esta posição aparece hoje claramente fortalecida no contexto do ordenamento jurídico português pela aprovação da Lei nº 83/95, de 31 de Agosto.

Duas palavras finais. Uma, para chamar a atenção para o momento de demo-

cracia participativa (na expressão de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, ob. cit., pág. 66) que consiste na audiência prévia postulada na Lei nº 83/95, de 31 de Agosto. Como escreve um diferente autor, deve buscar-se, em especial nas questões ambientais susceptíveis de afectar uma pluralidade de sujeitos, um escrutínio público para as decisões *["that governments were elected to govern and should be free to govern without public "interference" has tended to wither in democratic countries. Democracy is increasingly seen as a continuous and dynamic process in which governments carry ultimate responsibility but only with the most careful public scrutiny"* (ALAN GILPIN, ob. cit., pág. 63)]. Outra, para referir que a necessária celeridade, que a gravidade da situação de falta de controlo dos resíduos industriais perigosos impõe, não é posta em crise pelo acatamento da minha Recomendação. Desde logo, porque os prazos legalmente estipulados não são de molde a provocar atrasos relevantes nos procedimentos em face dos ganhos obtidos. E, finalmente, porque, nos casos de urgência devidamente justificados, existe a possibilidade do prazo mínimo previsto (vinte dias entre a data do anúncio e a realização da audição) ser encurtado.

F

A "Estratégia de Gestão dos Resíduos Industriais"

Pelo conjunto de argumentos que deixei expostos não posso deixar de concluir que a decisão de eliminação de resíduos industriais pelo sector cimenteiro deveria ter sido sujeita a audiência prévia à luz dos interesses protegidos pela Lei de Participação Procedimental, designadamente a saúde pública, o ambiente lato sensu, o ordenamento do território e a qualidade de vida.

Aquela decisão vem na sequência e resulta directamente da aprovação da "Estratégia de Gestão dos Resíduos Industriais", constante do anexo à Resolução do Conselho de Ministros nº 98/97, de 25 de Junho, que dispõe:

Estratégia de gestão dos resíduos industriais

1. Responsabilidade do produtor - A estratégia de gestão dos resíduos industriais reafirma o princípio, já consagrado há longo tempo na legislação nacional e comunitária, da responsabilidade do produtor pelo destino a dar aos resíduos que produza, motivo pelo qual, no caso dos resíduos industriais, é a cada unidade industrial que compete zelar pela gestão dos respectivos resíduos.

A tendência actual, mormente da política comunitária, é mesmo a de reforçar essa responsabilidade, extrapolando-a ao caso dos produtos que, após utilização pelos consumidores, dão origem a resíduos. Esses resíduos, alienados pelos respectivos con-

sumidores, devem, de acordo com a legislação nacional e comunitária sobre embalagens, ser retomados pelos respectivos embaladores, que são considerados responsáveis pelo seu destino.

Sem prejuízo deste princípio da responsabilidade centrada no produtor, é necessário, no entanto, criar os meios necessários para tornar exequíveis as obrigações decorrentes dessa responsabilidade.

2. Hierarquia de preferência - A hierarquia de preferência a observar quanto aos destinos possíveis para cada tipo de resíduos é a aprovada pela União Europeia, segundo a qual a alternativa ideal corresponde a evitar ou reduzir, tanto quanto possível, a própria produção ou nocividade do resíduo (estratégia da prevenção).

Não sendo viável evitar a produção de um resíduo, a alternativa a adoptar será então a sua valorização. Esta alternativa pode traduzir-se na reintrodução do resíduo num ciclo produtivo, utilizando-o como matéria-prima para o fabrico do mesmo ou outro produto (reciclagem) ou para a produção de energia (valorização energética).

Assim, a opção pelo tratamento e ou deposição em aterro deve ser reservada aos casos em que não seja viável adoptar formas de valorização.

3. Separação dos resíduos industriais - A gestão adequada dos resíduos industriais exige, desde logo, a sua separação dos restantes tipos principais de resíduos (urbanos, hospitalares e outros). Esta necessidade resulta quer da própria natureza dos resíduos industriais - que, em muitos casos, requerem tipos de tratamento diferentes - quer do facto de a respectiva responsabilidade caber a entidades distintas.

Por outro lado, é indispensável promover a separação, na origem, entre os resíduos industriais perigosos e não perigosos, dado que são diferentes os correspondentes métodos de gestão a considerar - formas de recolha e transporte, tipos de valorização, tratamento e destino final.

A distinção entre resíduos perigosos e não perigosos assenta actualmente em critérios objectivos, válidos no espaço da União Europeia, que deram lugar à publicação quer do Catálogo Europeu de Resíduos (Decisão do Conselho nº 94/3/CE, publicada no Jornal Oficial, nº L 5, de 7 de Janeiro de 1994) quer da Lista de Resíduos Perigosos (Decisão do Conselho nº 94/904/CE, publicada no Jornal Oficial, nº L 356, de 31 de Dezembro de 1994), que são confirmados no nosso país através da sua publicação na forma de uma Portaria conjunta dos Ministérios da Economia, da Agricultura, do Desenvolvimento Rural e das Pescas, da Saúde e do Ambiente.

4. Resíduos industriais perigosos - No que respeita aos resíduos industriais perigosos, mantêm-se, quanto à concepção global do respectivo sistema de gestão, os métodos principais já anteriormente previstos, designadamente a incineração, o tratamento físico-químico e a deposição em aterro, conforme se mostre adequado à natureza dos resíduos em presença. No entanto, importa definir alterações substanciais face à política anteriormente seguida em relação a cada um desses métodos, quer no que se refere às opções concretas disponíveis quer quanto às metodologias para a sua instalação.

4.1. Incineração - Em resultado da adopção da nova Lista de Resíduos Perigosos, que não inclui numerosos resíduos considerados na elaboração do projecto da unidade de incineração, verifica-se agora que não se confirma a produção em Portugal de uma quantidade de resíduos a incinerar que possa garantir a rentabilidade económica dessa unidade. Em face desta alteração de circunstâncias, e afastada, por princípio, a importação de resíduos, o projecto não reúne condições mínimas de viabilidade.

Por outro lado, a evolução tecnológica verificada nos últimos anos veio evidenciar a existência de uma alternativa possível à construção de um incinerador autónomo - a chamada "co-incineração" em unidades industriais que aproveitam os resíduos como combustível auxiliar. É, designadamente, o caso das unidades cimenteiras, que já se revelaram competitivas no espaço europeu, quer em termos económicos quer em termos ambientais, quando comparadas com unidades autónomas de incineração.

Tendo sido apresentada ao Governo uma proposta para eliminação dos resíduos incineráveis em fornos de cimento nacionais, e assegurada a possibilidade técnica de serem respeitados com esta alternativa os requisitos ambientais exigidos pela legislação nacional e europeia, verifica-se que esta solução revela um saldo de custo-benefício favorável, quer para a indústria nacional quer para o ambiente.

É certo que uma pequena parte dos resíduos industriais não é susceptível de incineração nas unidades cimenteiras, devendo, por isso, ser encaminhada para a exportação, mas também é verdade que a construção do incinerador autónomo não evitaria a exportação de determinados resíduos.

Acresce que a proposta de eliminação de resíduos industriais em fornos de cimento permite reduzir em muito o prazo de entrada em funcionamento do sistema, o que, dada a urgência manifesta do problema, é um dado muito importante a ter em conta na definição de uma nova opção política.

Considerando as vantagens ambientais e económicas, comprovadas em vários estudos comparativos, e a referida celeridade na implementação do sistema, o Governo

opta pela solução de co-incineração em unidades cimenteiras nacionais, como forma preferencial de tratamento dos resíduos industriais perigosos incineráveis.

A entrada em funcionamento da incineração em unidades cimenteiras está, naturalmente, dependente da apresentação dos respectivos projectos e do cumprimento dos procedimentos legais em vigor, que incluem a avaliação do respectivo impacto ambiental.

4.2. Tratamento físico-químico - A unidade de tratamento físico-químico, concebida pelo sistema nacional de tratamento de resíduos industriais como unidade agregada à instalação de incineração, perdeu também a sua razão de existir, face à capacidade excedentária instalada na estação de tratamento de resíduos líquidos, em fase de arranque na zona industrial de Águeda. Os dados disponíveis indicam aquela infra-estrutura como adequada e suficiente para tratar os resíduos produzidos no País que necessitam deste tipo de tratamento.

4.3. Deposição em aterro - Quanto à deposição em aterro de resíduos perigosos, é também introduzida uma alteração importante na orientação até aqui vigente, dado o insucesso a que conduziu a anterior política.

Assim, caberá às entidades privadas identificar localizações adequadas, efectuar os respectivos estudos de impacto ambiental e propor os respectivos projectos. Ao Governo, por seu turno, e sem prejuízo das competências próprias de outras entidades, nomeadamente em matéria de localização, caberá assumir, nos termos da Lei, a responsabilidade de autorizar essas infra-estruturas e de apoiar, na medida do possível, o seu financiamento, com recurso aos fundos comunitários disponíveis, comprometendo-se ainda a fazer os investimentos públicos necessários para garantir a manutenção dos padrões ambientais da região onde vierem a ser instaladas.

4.4. Necessidade de triagem - De acordo com o atrás definido e tendo em conta os diferentes métodos de tratamento, a que corresponderão diferentes processos tecnológicos, os industriais terão de assegurar a separação:

dos resíduos destinados a incineração;

dos resíduos que requerem tratamento de natureza físico-química;

dos resíduos que podem ser de imediato depositados em aterro;

dos resíduos que terão de ser exportados para efeito de tratamento.

5 - Resíduos industriais não perigosos - Os resíduos industriais não perigosos constituem um conjunto muito diversificado de resíduos que, no entanto, em termos

globais, se podem considerar de perigosidade análoga à dos resíduos sólidos urbanos, requerendo meios de tratamento em muitos casos também semelhantes. A estratégia a seguir no caso deste tipo de resíduos privilegiará, por isso, a respectiva integração no quadro dos mecanismos de gestão dos resíduos sólidos urbanos.

Assim, com a entrada em funcionamento, durante o ano de 1997, de numerosos sistemas multimunicipais e municipais, concebidos e dimensionados para o tratamento de resíduos sólidos urbanos, estarão criadas as condições para que os mesmos sistemas possam dar também resposta ao problema dos resíduos industriais. Para esse efeito, bastará que a natureza destes resíduos e as respectivas quantidades sejam compatíveis com as novas infra-estruturas, em particular com a área disponível dos aterros, onde poderão, sempre que necessário, ser abertas novas células anexas, específicas para este tipo de resíduos.

Deverá, no entanto, ser estimulada a criação de novas empresas, que serão sujeitas aos preceitos legais de autorização aplicáveis, agregando eventualmente como accionistas as empresas a quem está confiada a gestão dos sistemas multimunicipais ou municipais, bem como entidades privadas. Desta forma, será garantida a separação entre a gestão dos resíduos industriais e a gestão dos resíduos urbanos, embora possam ser utilizados meios e infra-estruturas comuns.

As empresas que produzem resíduos industriais poderão, assim, negociar com as referidas entidades a possibilidade de os respectivos resíduos terem como destino as mencionadas infra-estruturas, não olvidando que os respectivos custos de tratamento deverão ser pagos na totalidade e que as características especiais dos resíduos industriais irão certamente induzir tarifas diferentes das previstas no caso dos resíduos urbanos.

Note-se, no entanto, que, como decorre dos princípios gerais acima mencionados, a recolha dos resíduos industriais terá de ser sempre autónoma da recolha dos resíduos urbanos.

Poderão ainda ser criadas infra-estruturas de tratamento totalmente distintas, específicas para resíduos industriais. Sem prejuízo do apoio que o Governo poderá dar à criação dessas infra-estruturas, a iniciativa desses projectos, bem como a procura de novas localizações, caberá aos industriais, sejam eles os próprios produtores de resíduos ou empresas constituídas para proceder ao seu tratamento.

Naturalmente, os aterros serão apenas uma das formas de tratamento e destino final a considerar para os resíduos não perigosos, estando aberta a possibilidade de recurso às diversas formas de eliminação e valorização aceites pela legislação, sem ex-

cluir a incineração, para a qual também aqui se poderá aproveitar a capacidade disponível das unidades cimenteiras.

6 - Controlo prévio de recepção - Os tipos de resíduos a receber por cada infra-estrutura de tratamento terão de ser objecto de um contrato prévio com cada produtor. A entrada dos resíduos nessa infra-estrutura dependerá obrigatoriamente da realização de um procedimento de controlo que confirme que as características dos resíduos respeitam as condições desse contrato. Assegurar-se-á, desta maneira, que não serão recebidos resíduos perigosos em infra-estruturas concebidas para resíduos não perigosos.

7 - Responsabilidades da Administração - A qualificação a operar na gestão dos resíduos industriais passa necessariamente pela criação e organização de unidades de valorização, tratamento e destino final dos resíduos.

Neste quadro, competirá à Administração Pública, fundamentalmente, avaliar e dar resposta rápida e eficiente aos pedidos de autorização para a instalação de novas unidades de gestão de resíduos ou alteração das unidades existentes. Em conformidade, será revista a actual distribuição de competências nesta matéria, sem prejuízo das incumbências próprias do Ministério do Equipamento, do Planeamento e da Administração do Território e das autarquias locais, atribuindo-se ao Ministério da Economia a competência para licenciar os projectos de natureza essencialmente industrial e ao Ministério do Ambiente a responsabilidade de aprovar as operações de gestão de resíduos.

Por outro lado, a optimização das formas de gestão dos resíduos industriais terá de ser encarada a todos os níveis, seja no plano da própria unidade geradora dos resíduos ou do conjunto de unidades que produzem resíduos do mesmo tipo ou susceptíveis da mesma forma de valorização ou tratamento, seja ainda no plano local, regional ou nacional.

Ora, esta abordagem só será possível com base em dados fiáveis e actuais e terá de ser traduzida pela elaboração de planos de gestão. Com o objectivo mais importante de elaborar um plano de gestão nacional, e sem prejuízo do recurso a outras fontes, será exigido aos industriais o registo de dados sobre resíduos, já hoje obrigatório nos termos da Portaria nº 189/95, de 20 de Junho, e que, sem prejuízo de futuros aperfeiçoamentos, constitui um instrumento fundamental para uma eficaz fiscalização por parte da Administração.

Pelas mesmas razões já aduzidas, que se prendem com os objectivos essencialmente ambientais que se prosseguem, passará a competir ao Ministério do Ambiente a

recepção e tratamento dos dados sobre resíduos industriais, bem como a elaboração do plano nacional de gestão de resíduos industriais, sem que se dispense, no entanto, a colaboração do Ministério da Economia.

Com o objectivo de pôr em prática a política de gestão dos resíduos industriais assim definida, serão efectuados os ajustamentos legislativos necessários, nomeadamente do Decreto-Lei nº 310/95, de 20 de Novembro, da Portaria nº 744-B/93, de 18 de Agosto (Tabela de Classificação das Actividades Industriais), e da Portaria nº 189/95, de 20 de Junho.

8 - Outros resíduos - A estratégia delineada para os resíduos industriais é extensiva, com as devidas adaptações, a resíduos que possam ter outras origens, entre os quais se contam os óleos usados, os veículos em fim de vida e outras sucatas, os pneus usados, as lamas das estações de tratamento de águas residuais, os resíduos do sector da construção civil, os acumuladores e pilhas usadas, os resíduos de equipamentos eléctricos e electrónicos, os bifenilos policlorados (PCB) e os clorofluorocarbonetos (CFC).

É, portanto, este o investimento público que deve ser submetido à participação popular, nos termos da Lei nº 83/95, de 31 de Agosto, porquanto configura um plano de desenvolvimento da actividade da Administração Pública (a preparação de actividades coordenadas da Administração a desenvolver com vista à obtenção de resultados com impacto relevante é equivalente a um plano) e é, acrescidamente, susceptível de influenciar significativamente as condições de vida das populações das áreas que venham a ser abrangidas pela construção dos respectivos componentes sectoriais.

A circunstância da "Estratégia de Gestão dos Resíduos Industriais" ter sido aprovada em 25 de Junho de 1997 em nada desmotiva o propósito de submeter a sua concretização a audiência prévia. Prova-o, indubitavelmente, o conjunto de iniciativas da sociedade civil que actualmente decorre. Por outro lado, deve evitar-se que a actuação do Governo em matéria de resíduos, pela sua inquestionável oportunidade, colida constantemente com as posições dos cidadãos localmente afectados. Uma discussão, de cariz científico e com base de incidência alargada, evitará, estou em crer, a repetição de manifestações populares radicadas no medo e na insegurança.

III
Conclusões

Pelo que, no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no artigo 20º, nº 1, alínea a), da Lei nº 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

A. que seja revogado o despacho de Sua Excelência a Ministra do Ambiente, de 28 de Dezembro de 1998, que aprovou o "Projecto de Eliminação de Resíduos Industriais pelo Sector Cimenteiro";

B. que a Estratégia de Gestão dos Resíduos Industriais, aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros nº 98/97, de 25 de Junho, seja submetida a participação popular e sujeita a audiência prévia, nos termos do disposto na Lei nº 83/95, de 31 de Agosto.

No tocante a A, a revogação do despacho ficou prejudicada pela evolução posterior do processo; Relativamente a B, recebeu-se resposta discordante, estando o processo em fase de reiteração do recomendado.

A
Sua Excelência
o Presidente do Governo Regional dos Açores

R-2410/97
Rec. n.º 23/B/99
1999.06.18

I
Introdução

A situação ambiental das Lagoas dos Açores motivou uma reclamação apresentada, em 09/06/97, ao Provedor de Justiça.

A queixa era relativa à "degradação dos recursos hídricos integrados no Património Natural e Paisagístico de muitas Lagoas dos Açores" e identificava como causas a excessiva desflorestação, o arroteamento de terrenos para utilização pecuária das bacias hidrográficas, bem como a utilização excessiva de adubos. Todos estes factores concorriam, nos termos da reclamação, para a verificação de fenómenos de eutrofização.

Em termos sócio-económicos, a indústria do ananás – com a alegada "apanha desregrada de leivas" - e a indústria pecuária – em virtude de "arroteamentos – dejectos das vacas – adubos" - eram apontadas como causadores da situação reclamada.

O texto da reclamação refere, ainda, o insuficiente recurso, na Região Autónoma dos Açores, às medidas agro-ambientais criadas pela União Europeia.

A presente Recomendação, formulada nos termos do artigo 29º, nº 1, alínea a), da Lei nº 9/91, de 9 de Abril, pretende constituir o solicitado contributo do Provedor de

Justiça para a resolução dos problemas descritos, atendendo à necessária tutela do direito ao ambiente enquanto interesse difuso constitucional e legalmente protegido.

II
Razão de Ordem

Os esclarecimentos prestados pela senhora Directora Regional do Ambiente a coberto do ofício nº 5601, de 28/11/97, são inequívocos na demonstração da preocupação que a presente matéria tem suscitado nas autoridades públicas regionais com competência na área do ambiente, e da tomada de diversas medidas que visam a resolução da questão; revelam, ainda, o envolvimento de estruturas da sociedade civil – em especial das Universidades Nova de Lisboa e dos Açores – especialmente habilitadas ao estudo e à sugestão de medidas técnicas de salvaguarda das componentes ambientais ameaçadas.

Mas a par do reconhecimento do referido empenho da Administração Regional dos Açores deve fazer-se a constatação de que sem uma intervenção global e multidisciplinar não é viável a pretensão de encontrar, em tempo útil, o caminho para a recuperação da situação ambiental das Lagoas dos Açores.

Dos quatro principais habitats da biosfera usualmente referidos (o marinho, o de estuário, o de água doce e o terrestre) os lagos ou lagoas fazem parte da categoria dos habitats de água doce parada ou lênticos (de lenis, calma). Relativamente a estes, existe um alargado consenso doutrinário sobre os principais problemas que suscitam e é até curioso verificar que, mesmo no tocante aos meios de intervenção correctiva, as opiniões técnicas apresentam um amplo denominador comum.

A bibliografia consultada e as opiniões técnicas recolhidas permitem descrever as causas e os efeitos dos principais problemas com que as lagoas se debatem nos dias de hoje. Com efeito, as referências contidas – ainda que em termos genéricos - em estudos de diferentes lagoas não são de molde a suscitar controvérsias nesta matéria.

"Agricultural sources of pollution include the body wastes of farm animals, the runoff of inorganic fertilizers and pesticides, sediment, and salt. Fertilizers and animal wastes both contribute to eutrophication" .

Do mesmo passo, a importância, tanto económica e social como cultural, das lagoas não é controvertida; e é, igualmente, universalmente reconhecida a sua relevância paisagística.

"Os lagos vulcânicos, formados quer em crateras extintas, quer em vales obs-

truídos pela acção vulcânica, estão entre os mais belos do mundo"

A importância cultural, social, económica e turística das lagoas, bem como dos seus ecossistemas, é universalmente afirmada. E estas descrições – a par das especificidades regionais que adiante referirei - retractam a realidade existente nos Açores. Deve dar-se o devido realce a este aspecto: está consolidada a caracterização da situação ambiental das Lagoas dos Açores, e estão identificadas as causas que geram os efeitos perversos que importa mitigar. Mais: as principais variáveis que influenciam a ecologia destes habitats regionais nem sequer são substancialmente diferentes daquelas encontradas em lagoas existentes em outros lugares do mundo.

"Pollution has changed the biological character of the lake, and detergents and other eutrophicants have apparently caused significant oxygen depletion. Sturgeon and other commercially important fish began to disappear from the lake nearly a century ago. Contrary to much that has been said about Lake Erie's death, the eutrophication has not brought about a decrease in the amount of live in the lake; it has brought about a change in the character of that life".

Não competindo a este Órgão do Estado tomar posição no debate técnico – o qual, como se viu, não tem sido de molde a suscitar acaloradas controvérsias - nem por isso fica descartada a possibilidade do Provedor de Justiça contribuir para a busca das "soluções mais adequadas à tutela dos interesses legítimos dos cidadãos" e para o "aperfeiçoamento da acção administrativa" [vide artigo 21º, nº 1, alínea c), da Lei nº 9/91, de 9 de Abril].

III
Exposição de Motivos

Registe-se, como ponto de partida, uma das conclusões do ofício da senhora Directora Regional do Ambiente atrás referido:

> "(...) o ordenamento físico das bacias hidrográficas é a única forma de reverter o processo de eutrofização, conduzindo a longo prazo à recuperabilidade dos ecossistemas e ao seu desenvolvimento sustentável (...)".

Demonstrando, uma vez mais, a pacificação doutrinária encontrada nesta matéria, atente-se na descrição do ecossistema da bacia hidrográfica feita por EUGENE ODUM:

"Embora em termos de componentes biológicos a lagoa pareça autónoma, a

intensidade do seu metabolismo e a sua estabilidade relativa ao longo de um período de anos estão altamente condicionados pela entrada (input) de energia solar e, especialmente, pelo ritmo da afluência de água e de materiais vindos da sua bacia de alimentação. Dá-se com frequência uma entrada líquida de materiais, em especial quando as massas de água são pequenas ou é restrito o fluxo de saída. Quando o homem faz aumentar a erosão do solo ou introduz quantidades de matéria orgânica (esgotos urbanos, esgotos industriais) em proporções não assimiláveis, a rápida acumulação desses materiais pode levar à destruição do sistema. A expressão eutroficação cultural (= enriquecimento cultural) tornou-se muito comum para traduzir a poluição orgânica resultante da actividade humana. Portanto, quando se trata dos interesses do homem, é toda a bacia de drenagem, e não apenas a massa de água, que deve ser considerada como a unidade mínima de ecossistema. Para efeitos práticos de ordenamento, a unidade de ecossistema deve assim incluir, por cada metro quadrado de água, uma área terrestre da bacia hidrográfica pelo menos 20 vezes maior (a razão entre a superfície de água e a área da bacia hidrográfica varia muito e depende da queda pluviométrica, da estrutura geológica das rochas subjacentes e da topografia). Não se encontram a causa da poluição da água e as soluções examinando-a apenas; normalmente é o mau ordenamento da bacia hidrográfica que está a destruir os recursos aquáticos. Deve considerar-se como unidade de ordenamento toda a bacia de escoamento ou de recepção (...)".

Sem embargo da concordância que me merecem as afirmações da senhora Directora Regional do Ambiente devo expressar o entendimento de que "para atingir o estádio do desenvolvimento sustentável, é necessário apostar na melhoria das técnicas agrícolas, na utilização de sistemas de energia renovável, no controle da poluição, etc." . Importa, assim, adoptar medidas concertadas de regulação da utilização do espaço, da actividade económica e da valorização dos recursos; ou, dizendo de outra forma: o desenvolvimento sustentável pressupõe, invariavelmente, o integrado ordenamento do território .

A Lei nº 11/87, de 7 de Abril (Lei de Bases do Ambiente), estabelece a interligação entre a qualidade de vida e o ordenamento do território, e define este como um "processo integrado da organização do espaço biofísico, tendo como objectivo o uso e a transformação do território, de acordo com as suas capacidades e vocações, e a permanência dos valores de equilíbrio biológico e de estabilidade geológica, numa perspecti-

va de aumento da sua capacidade de suporte de vida" [artigo 5º, nº 2, alínea b)]. Como refere JOÃO PEREIRA REIS , foi adoptado o sentido preconizado na Carta Europeia de Ordenamento do Território, do Conselho da Europa, a qual elenca os seguintes objectivos do ordenamento do território:

a) Desenvolvimento sócio-económico equilibrado;

b) Melhoria da qualidade de vida;

c) Gestão responsável dos recursos naturais;

d) Protecção do ambiente;

e) Utilização racional do território.

Sem necessidade de uma mais profunda abordagem desta questão, assumo que o grande objectivo do ordenamento do território "(...) é o de manter o equilíbrio ecológico e promover o desenvolvimento sustentável" . Neste ponto, a minha posição coincide, uma vez mais, com a da senhora Directora Regional do Ambiente.

No presente contexto, porém, esta conclusão converte-se num ponto de partida. E isto porque existindo um óbvio consenso sobre a importância de disciplinar as matérias que concorrem para a degradação dos ecossistemas das Lagoas dos Açores, subsistem também os alertas e as queixas relativamente ao agravamento progressivo da situação ambiental, e, não obstante as medidas em estudo, não pode considerar-se atingido o ponto de viragem na direcção preconizada.

A intervenção ambiental mediante "instrumentos de carácter preventivo e defensivo" - como são os planos de ordenamento - é apenas visível, e viável, a médio e longo prazo. A circunstância de estarem em preparação instrumentos de planeamento não é suficiente, por si só, para dar por cumprido o objectivo de recuperação das componentes ambientais postas em crise.

Por este facto, a afirmação de que "(...) optou-se por aplicar medidas correctivas nas Lagoas das Furnas e Sete Cidades, atendendo a que a implementação de medidas de ordenamento não levam o sistema lacustre a manifestar, de forma imediata, sinais de recuperação devido ao tempo necessário para eliminar o excesso de nutrientes acumulados nos sedimentos e na cadeia trófica do ecossistema aquático, à morosidade do processo e à importante componente social e económica envolvida" , é compreensível, mas não pode deixar de me merecer reparo.

Com efeito, seria de esperar que a constatação do carácter mediato do ordenamento do território conduzisse, concomitantemente, à afirmação da urgência de ser tra-

vado o processo actualmente em curso, através da conjugação de uma intervenção de carácter estruturante (planificação) e da adopção de instrumentos correctivos com as imprescindíveis medidas cautelares ou preventivas.

Diga-se, aliás, que esta via foi já iniciada na Região Autónoma dos Açores, pese embora de forma mitigada e com carácter temporário. Atente-se, a este propósito, no disposto nos artigo 3º e no nº 1 do artigo 6º, do Decreto Legislativo Regional nº 4/96/A, que estabeleceu medidas cautelares para a bacia hidrográfica da Lagoa das Furnas:

Artigo 3º
Sujeição a medidas preventivas

1. Na área definida no artigo anterior ficam proibidas as actividades ou actos seguintes:

a) Criação de novos núcleos habitacionais;
b) Construção de edifícios ou outras instalações;
c) Implantação de parques de campismo;
d) Efectuar arroteias.

2. Relativamente à área definida no artigo anterior, fica dependente de autorização das Secretarias Regionais da Agricultura e Pescas, da Habitação, Obras Públicas, Transportes e Comunicações e do Turismo e Ambiente a prática das actividades ou actos seguintes:

a) Instalação de explorações ou ampliação das já existentes;
b) Alterações, por meio de aterros ou escavações, à configuração geral do terreno;
c) Derrube de árvores em maciço, com qualquer área;
d) Destruição do solo vivo e do coberto vegetal, com excepção dos amanhos e granjeios tradicionais;
e) Abertura de novas vias de comunicação e alteração das existentes, nomeadamente por correcção ou pavimentação;
f) Reconstrução e ou ampliação de edifícios ou outras instalações.

3. Fica, ainda, dependente de autorização das Secretarias Regionais da Habitação, Obras Públicas, Transportes e Comunicações e do Turismo e Ambiente, relativamente à área definida no artigo anterior, a prática das actividades ou actos seguintes:

a) Passagem de linhas eléctricas ou telefónicas;

b) Abertura de fossas;

c) Quaisquer outras actividades ou trabalhos que afectem a integridade e ou características da área delimitada.

4. As autorizações a que se referem os números anteriores não dispensam quaisquer outros condicionalismos exigidos por Lei, nem prejudicam as competências legalmente atribuídas a outras entidades.

Artigo 6º
Prazo de vigência e publicidade

1. As medidas constantes do presente diploma vigorarão pelo prazo de três anos, durante o qual o Governo Regional apresentará o Plano de Ordenamento da Bacia Hidrográfica da Lagoa das Furnas.

(...)

Outros exemplos poderiam ser dados, em especial, relativamente à Lagoa das Sete Cidades e à Lagoa do Fogo.

A divergência relativamente à necessária actuação nas Lagoas dos Açores não se situa, como é bom de ver, tanto na qualidade dessa intervenção como na extensão das medidas e na concertação dos diversos instrumentos de regulação.

Veja-se, em termos esquemáticos, qual a caracterização da situação actual das lagoas feita pela senhora Directora Regional do Ambiente:

- A Lagoa das Furnas encontra-se em estado de eutrofização avançado. Foi instalado sistema de arejamento que teve como efeito a sua desestratificação e oxigenação;
- A Lagoa das Sete Cidades está em estado de mesotrofia e com condições de anaerobiose (desoxigenação);
- A Lagoa do Fogo está em estado oligotrófico (qualidade da água aceitável) mas com tendência para enriquecimento da coluna de água em nutrientes (condições de anoxia junto ao fundo durante o período de estratificação térmica);
- A Lagoa Rasa, a Lagoa do Caiado, a Lagoa Rosada, a Lagoa do Paúl e a Lagoa Comprida estão em estado oligotrófico;
- A Lagoa do Peixinho encontra-se em estado avançado de eutrofia;

- Foi feita, ainda, referência genérica a Outras Lagoas, consideradas em estado de mesotrofia.

Como explica EUGENE ODUM , um sistema ecológico, ou ecossistema, é uma "unidade que [inclui] a totalidade dos organismos (isto é a "comunidade") de uma área determinada interagindo com o ambiente físico por forma a que uma corrente de energia conduza a uma estrutura trófica, a uma diversidade biótica e a ciclos de materiais (isto é, troca de materiais entre as partes vivas e não vivas) claramente definidos dentro do sistema". A classificação das Lagoas dos Açores atrás referida, elaborada de um ponto de vista trófico (de trophe, isto é "alimento"), parte da perspectiva de que "um ecossistema tem dois componentes (...), um componente autotrófico (autotrófico = que se alimenta a si mesmo) (...), e um componente heterotrófico (heterotrófico = que é alimentado por outro) (...)" . Assim, seguindo HENRI FRIEDEL:

"A evolução biológica dos lagos pode ser natural ou ter origem na intervenção humana. Em ambos os casos, é frequente que um lago de profundidade suficiente seja local de uma sedimentação mineral e orgânica secular, que tende a assoreá-lo. O fenómeno torna-se perigoso desde que a camada sedimentar deixe de ser alimentada por oxigénio. Duas causas podem contribuir para isso: a ausência de qualquer mistura entre as águas profundas e as águas da superfície (região quente, lagos ditos "meromícticos") e a abundância excessiva de animais, para os quais se torna mais fácil comer do que respirar. Esta última causa constitui a eutrofização" .

"Oligotrófico, diz-se de um lago demasiado jovem (...) para ter recebido dos seus afluentes uma massa importante de detritos orgânicos" .

As causas de "degradação dos recursos hídricos [das] Lagoas dos Açores" identificadas no texto da queixa - a desflorestação, o arroteamento de terrenos, a utilização de adubos, a produção fecal bovina e a apanha de leivas – não são infirmadas na comunicação da senhora Directora Regional do Ambiente.

A necessária alteração da situação ambiental das lagoas deve empreender-se fazendo uso, e respeitando, os diversos instrumentos legislativos e regulamentares, nacionais e da União Europeia, que estão aprovados e vinculam as entidades públicas portuguesas e os particulares.

Lembro a possibilidade de ocorrer a transferência das unidades poluentes prevista no artigo 36º da Lei de Bases do Ambiente. Não obstante, como afirma JOÃO PEREIRA REIS , "no espírito da Lei a transferência de unidades poluentes para locais mais adequados [ser] por natureza uma medida excepcional que apenas deve ser aplicada

quando, de todo em todo, não for possível solucionar os problemas de outra forma", as disposições que vierem a regular esta matéria não devem descorar este instrumento de intervenção ambiental.

Chamo a atenção, ainda, para a Directiva nº 91/676/CEE, do Conselho, de 12 de Dezembro de 1991, relativa à protecção das águas contra a poluição causada por nitratos de origem agrícola – transposta para a ordem jurídica interna mediante o Decreto-Lei nº 235/97, de 3 de Setembro. Este diploma visou, em especial, incentivar uma boa prática agrícola na sequência da constatação de que "a poluição do meio hídrico em Portugal por nitratos de origem agrícola está quase sempre associada à agricultura intensiva, em que, em certos espaços, se cometem alguns excessos no uso de fertilizantes" e de que "as condições de drenagem em certas zonas das bacias hidrográficas as tornam particularmente vulneráveis à poluição azotada, com consequências nefastas para o meio hídrico superficial e subterrâneo, exigindo por esse facto a adopção de medidas especiais de protecção".

As Lagoas dos Açores constituem, nesta área como noutras, um caso de interesse específico que impõe a adaptação do regime jurídico nacional às especificidades regionais . Assim, também a matéria dos nitratos de origem agrícola deve ser acautelada nos instrumentos de planeamento, em articulação com as demais preocupações ambientais e de saúde pública.

Refiro, ainda e por fim, que nos termos do disposto no artigo 13º da Lei nº 11/87, de 7 de Abril, o objectivo de defesa e de valorização do solo pode ser alcançado mediante "a adopção de medidas conducentes à sua racional utilização, a evitar a sua degradação e a promover a melhoria da sua fertilidade e regeneração (...)" (nº 1). Ora, o princípio de gestão racional do solo faculta instrumentos de imposição de medidas restritivas à ocupação e à utilização dos solos agrícolas. Assim sendo:

a) "Aos proprietários de terrenos ou seus utilizadores podem ser impostas medidas de defesa e valorização dos mesmos (...)" (nº 3);
b) Pode ser proibido, ou condicionado, o uso de biocidas, pesticidas, herbicidas, adubos, correctivos ou quaisquer outras substâncias similares (nº 4);
c) A ocupação para fins urbanos e industriais, bem como a instalação de equipamentos e infra-estruturas não agrícolas, ficará condicionada à natureza, topografia e fertilidade do solo (nº 5).

III
Conclusões

Uma vez que as massas de água não são sistemas fechados mas partes integrantes de bacias de drenagem ou sistemas de bacias hidrográficas - "uma espécie de ecossistema mínimo, no que se refere à prática do ordenamento pelo homem" - diversos estudos comprovaram o perigo da remoção vegetação circundante, em especial atendendo ao aumento do caudal da corrente de saída e ao arrastamento de quantidades adicionais de minerais. A este factor - também designado por encosta abaixo - acresce a utilização de adubos nas terras altas das bacias. Por outro lado, e de acordo com dados publicados pelo Departamento de Agricultura do Governo dos Estados Unidos da América, citados por KUPCHELLA e HYLAND , a produção fecal de cada cabeça de gado bovino é equivalente à produção de 16.40 pessoas. A importância destes elementos é reforçada pela circunstância da relação da quantidade de oxigénio necessário para que os micróbios oxidem a mesma matéria orgânica (relative BOD-Biochemical Oxygen Demand per unit of waste) ser de 1.000 para 0.105, respectivamente na produção fecal humana e bovina. Por fim, a apanha de leivas constitui um problema com contornos regionais. Refira-se, a este propósito, a resolução nº 16/98/A nos termos da qual a Assembleia Legislativa Regional recomendou ao Governo Regional dos Açores a tomada de medidas para:

"1. Incentivar a utilização do incenso como substrato alternativo à leiva, garantido, controladamente, as condições necessárias à sua disponibilidade.

2. Disponibilizar os apoios necessários à substituição das práticas agrícolas da cultura convencional do ananás.

3 - Promover a investigação científica e a fiscalização, por forma a garantir uma produção de qualidade, consentânea com as actuais exigências dos mercados e com as crescentes preocupações ambientais.

4. Promover a reposição do revestimento vegetal primitivo, principalmente nos solos que tenham sido sujeitos à extracção intensiva da leiva".

Em aditamento ao texto da queixa que originou o presente processo, foi reconhecida a tomada de medidas mais amplas do que as preconizadas pela resolução nº 16/98/A. Assim, não só a utilização de leivas tornou-se desnecessária para a denominação de origem, como foi proibido o seu uso na cultura do ananás; e, acrescidamente, a sua apanha e comercialização foram proibidos.

O empenho que foi demonstrado pelo Governo Regional dos Açores indicia que o processo de recuperação ambiental das Lagoas dos Açores foi já iniciado. Não obstante, o conjunto de factos que deixei descritos, com particular relevância para o progressivo agravamento das condições ambientais das bacias hidrográficas, não pode deixar de conduzir à conclusão de que deve ser assegurado, com carácter de urgência, o integral ordenamento territorial das bacias hidrográficas das Lagoas dos Açores, nos termos descritos. E que devem ser aprovadas medidas preventivas, com carácter excepcional, para vigorar enquanto este ordenamento não for alcançado com carácter definitivo.

Pelas razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no artigo 20º, nº 1, alínea b), da Lei nº 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

A. que sejam aprovados os Planos de Ordenamento das Bacias Hidrográficas dos Açores;

B. que seja desencadeado o processo de transferência das actividades económicas e sociais existentes nas áreas mais sensíveis das bacias hidrográficas mencionadas que sejam incompatíveis com os objectivos de conservação definidos;

C. que sejam estabelecidas, de imediato e para vigorar até à data da entrada em vigor dos planos de ordenamento das bacias hidrográficas dos Açores, medidas preventivas que definam um regime excepcional de protecção ambiental e que, em especial, proíbam tendencialmente:

- A realização de quaisquer obras de construção civil, efectuados por entidades públicas ou privadas, bem como trabalhos que impliquem alteração da topografia local (incluindo arroteias);
- A prática de acções que impliquem a destruição do revestimento vegetal e a alteração do relevo natural.
- A instalação de explorações, agrícolas ou industriais, ou a ampliação das já existentes;
- O derrube de árvores;
- A descarga de águas residuais urbanas.

Por fim, importa tornar pública a intenção do Provedor de Justiça de promover um encontro – com a participação de diversas entidades públicas e privadas, juntamente com estruturas universitárias e cidadãos interessados -, no qual serão recolhidos contributos de cariz técnico-científico para a resolução da questão da situação ambiental das Lagoas

dos Açores. Pretende-se, nesta sede, propiciar a concertação das actuações motivadas por preocupações de preservação do ambiente com outras medidas (designadamente no âmbito da reconversão agrícola, do turismo e da educação ambiental), por forma a ser alcançada uma ampla participação cívica na defesa dos interesses colectivos afectados.

Recomendação sem resposta conclusiva

Ao
Exm.º Senhor
Presidente da Câmara Municipal da Praia da Vitória

R- 1372/99
Rec. n.º 74/A/99
1999.10.29

I
Introdução

Foi dirigida ao Provedor de Justiça uma reclamação relativa à utilização dada a um edifício sito junto à Canada do Moinho, na freguesia dos Biscoitos, de que é proprietária a senhora D. V. L. Nos termos da queixa, o edifício reclamado é utilizado como estábulo e existe nas suas proximidades um bebedouro e um tanque para alimentação de bezerros, situação que tem implicações no ambiente circundante – pelos cheiros causados e pela ocorrência de insectos – e que constitui um perigo para a saúde pública.

Às implicações ambientais que o facto reclamado acarreta acresce, ainda, a violação do disposto no artigo 59º do Código de Posturas do Município.

No âmbito da instrução do processo assegurada pela Extensão da Provedoria de Justiça da Região Autónoma dos Açores foram solicitados a V.Exa., senhor Presidente da Câmara Municipal da Praia da Vitória (vide ofício nº 450, de 06/04/99), esclarecimentos sobre:

- A utilização licenciada para o referido edifício;
- A construção de outras infra-estruturas (i.e. bebedouro e tanque) e o seu licenciamento;
- A efectiva utilização do edifício como estábulo;
- As medidas que haviam sido tomadas.

Este ofício foi respondido por comunicação de 02/09/99 (nº 5424). Em suma, era informado que:

a) A construção do edifício não fora licenciada;

b) Existia no local um bebedouro e um tanque;

c) O estábulo, o bebedouro e o tanque estavam a céu aberto;

d) O edifício era utilizado para arrumação de máquinas e instrumentos agrícolas;

e) Foi instaurado procedimento de contra-ordenação e determinada a demolição da construção não licenciada;

f) Foi requerida a legalização da obra.

Por ofício nº 1072, de 13/10/99, este Órgão do Estado remeteu a V.Exa. nova comunicação questionando se, e atendendo ao disposto no artigo 59º, nº 1, alínea b) do Código de Posturas da Câmara Municipal da Praia da Vitória, o facto de existirem habitações a menos de 200 metros da instalação reclamada não acarretava, só por si, a impossibilidade da mencionada legalização.

Pelo ofício nº 6831, de 28/10/99, a Câmara Municipal da Praia da Vitória expendeu o entendimento de que não era violado o artigo 59º , nº 1, alínea b) do Código de Posturas, "uma vez que o destino dado à construção existente na Rua do Moinho, não é o de estábulo ou sala de ordenha, mas sim de armazenamento de alfaias agrícolas, adubos e sementes (...)".

Por outro lado, foi oficiado o senhor Delegado de Saúde do Concelho da Praia da Vitória (vide ofício nº 448, de 06/04/99) relativamente, em especial, às implicações para a saúde pública que decorriam da alegada existência dos animais naquela localização.

A coberto do ofício nº 1275, de 21/04/99, o senhor Delegado de Saúde prestou os esclarecimentos que se transcrevem na íntegra:

a) Apesar de nos finais de Maio/97 termos recebido queixa da existência de bezerros num cerrado em frente a uma casa de habitação - queixa que teve como resultado a remoção de estrumes e deixou de haver animais no prédio - apenas em Janeiro do corrente ano nos foi solicitado parecer da Câmara Municipal relativamente à queixa de (...). Tendo sido constatado o início de construção de instalações para animais esta Delegação de Saúde foi do parecer de serem tomadas medidas ao abrigo do nº 1 do artigo 59º do código de posturas da Câmara Municipal Da Praia da Vitória (anexo).

   Tanto quanto nos é dado saber foi instaurado processo de contra-ordenação

que, de acordo com nosso pedido de esclarecimento à Câmara Municipal o mesmo se encontra em fase de conclusão. Alem disso, a 23 de Março p.p. estiveram presentes nesta Delegação de Saúde 4 moradores daquela canada a fim de se inteirarem do ponto de situação para eventuais tomadas de posição, tendo resultado uma exposição por escrito a qual finda pondo em causa o sistema Judicial Português.

b) Existem instalações habitacionais na proximidade daquele prédio (< 200 metros) bem como um mini - mercado (sem queixas).

c) Pela não existência de nexo-casualidade (vector/doença) - no mínimo há de 20 anos de existência - só nos é permitido afirmar e, atendendo a que se trata de uma zona rural - que haverá insalubridade sempre que os estrumes produzidos não forem removidos com frequência e prontamente conduzidos para longe das áreas habitacionais, arruamentos e logradouros públicos bem como de nascentes, poços, cisternas ou outras origens ou depósitos de água potável e respectivas condutas.

Assim, e em síntese, os factos relevantes apurados no decurso da instrução do presente processo são os seguintes:

1º Existe, junto à Canada do Moinho, na freguesia dos Biscoitos, uma instalação composta por um estábulo, um bebedouro e um tanque;

2º No prédio existem bezerros (estranhamente, nenhuma das entidades fez referência ao número de animais que encontrou no local);

3º Existe, ainda, uma construção cuja edificação não foi autorizada pela Câmara Municipal da Praia da Vitória;

4º Este edifício é utilizado para arrumação de máquinas e instrumentos agrícolas;

5º O prédio em questão parece ser propriedade da senhora D. V. L.. No entanto, subsiste a dúvida quanto a esta questão uma vez que a Câmara Municipal não contradiz esta afirmação mas refere a o proprietário [cf. ofício nº 5424, de 02/09/99, alínea d)];

6º Existem edifícios de habitação, bem como um estabelecimento comercial – que, sendo um mini-mercado, está autorizado a vender, entre outros, bens alimentares – a uma distância inferior a 200 metros do prédio em causa;

7º Foi instaurado procedimento de contra-ordenação e determinada a demolição da construção não licenciada;

8º Foi requerida a legalização desta obra.

II
Exposição de Motivos

O direito a um ambiente humano e ecologicamente equilibrado, direito constitucionalmente consagrado e cuja concretização foi alcançada na Lei de Bases do Ambiente, adiante L.B.A. (cf. artigo 2º, nº 1, da Lei nº 11/87, de 7 de Abril), impõe a observância do princípio de Recuperação [artigo 3º, alínea g)], nos termos do qual "devem ser tomadas medidas urgentes para limitar os processos degradativos nas áreas onde actualmente ocorrem e promover a recuperação dessas áreas".

Também o artigo 48º, igualmente da L.B.A., define a obrigatoriedade de remoção das causas da infracção, bem como a reconstituição da situação anterior.

Nos termos do disposto nas alíneas d) e e) do nº 2 do artigo 51º do Decreto-Lei nº 100/84, de 29 de Março, é da competência da câmara municipal, no âmbito do exercício das competências de planeamento do urbanismo e da construção, a fiscalização das construções que constituam perigo para a saúde e segurança das pessoas, e a concessão de alvarás de licença para estabelecimentos insalubres, incómodos, perigosos ou tóxicos.

O Capítulo VII do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, aprovado pelo Decreto-Lei nº 38.382, de 7 de Agosto de 1951 (epigrafado "Alojamento de animais"), regula as condições de licenciamento e funcionamento das instalações para alojamento de animais situadas em zonas urbanas. A primeira parte do corpo do artigo 115º expressamente dispõe que "as instalações para alojamento de animais somente poderão ser consentidas nas áreas habitadas ou suas imediações quando construídas e exploradas em condições de não originarem, directa ou indirectamente, qualquer prejuízo para a salubridade e conforto das habitações", e o § único da mesma disposição acrescenta que "as câmaras municipais poderão interditar a construção ou utilização de anexos para instalação de animais nos logradouros ou terrenos vizinhos dos prédios situados em zonas urbanas quando as condições locais de aglomeração de habitações não permitirem a exploração desses anexos sem risco para a saúde e comodidade dos habitantes".

Nos termos dos artigos 6º e 7º das Instruções aprovadas pela Portaria nº 6065, de 30 de Março de 1929, e do nº 28 da Tabela Anexa ao mencionado diploma, a instalação de currais de bois e de vacas deve respeitar as condições de funcionamento que

foram determinadas, e devem dispor do competente alvará de licença sanitária.

O nº 1 do artigo 59º do Código de Posturas Municipais proíbe a construção de silos [alínea a), 1ª parte], a actividade de armazenagem de qualquer tipo de silagem [alínea a), 2ª parte] e a construção de estábulos [alínea b), 1ª parte], "a uma distância inferior a 200 metros, em linha recta, de qualquer habitação ou zona habitacional" [alíneas a) e b), in fine]. Ora, como parece óbvio, a presença de animais a céu aberto pressupõe a construção [construção, acto, efeito ou arte de construir; obra construída ou em via de construção; estrutura; edifício; traçado metódico de figuras geométricas (...)] de estábulo [estábulo, coberto ou curral em que se abriga o gado]. Ou, por outras palavras: a circunstância de estarem abrigados no prédio rústico em questão diversos animais faz daquele espaço um curral ou um estábulo. E este facto é ilegal, até porque pressupõe, igualmente, a existência de silagem ou outra comida para gado, e dos resíduos por eles provocados.

No entanto, importa destacar que a circunstância de se encontrar posta em crise a salubridade e o conforto dos residentes nas habitações contíguas ao estabelecimento reclamado constitui, por si só, motivo impeditivo da sua subsistência do curral (ou estábulo), nos termos das disposições conjugadas da L.B.A. e do Regulamento Geral das Edificações Urbanas. A este propósito, o Código de Posturas Municipais apenas vem trazer um argumento acrescido mas não é, sequer, determinante.

Como é bom de ver, a presente Recomendação foi motivada pela existência de animais, os quais não podem estar em local próximo de habitações se esta presença afectar a salubridade e o conforto dos moradores; quanto ao edifício de arrumos agrícolas, não se vislumbram argumentos contrários à sua legalização, embora somente para este fim.

O exercício das competências de polícia administrativa por parte das câmaras municipais resulta da disciplina do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, aprovado pelo Decreto nº 38.382, de 7 de Agosto de 1951, que dispõe que "constituem contra-ordenações a violação do disposto no presente regulamento e nos regulamentos municipais neste previstos, competindo aos serviços de fiscalização da câmara municipal competente a instrução do respectivo processo (...)" (cf. artigo 161º).

Assim, a constatação do funcionamento de um curral, ou estábulo, na área do concelho da Praia da Vitória e na proximidade de edifícios de habitação, não pode deixar de conduzir, nos termos mencionados, à instauração de processo contra-ordenacional.

A incumbência de fiscalização do cumprimento das disposições do Regulamento Geral das Edificações Urbanas e do Código de Posturas Municipais conferida, no presente caso, à Câmara Municipal da Praia da Vitória, vem acompanhada, como já referi, da competência para o processamento das contra-ordenações respectivas. E a decisão de instaurar o competente procedimento contra-ordenacional constitui, perante a verificação dos necessários pressupostos, poder vinculado da câmara municipal.

A limitação da discricionaridade não se esgota, porém, na tutela do interesse público a prosseguir, antes se estendendo a todos os demais princípios a que a acção administrativa se encontra vinculada e, em especial no caso presente, aos princípios da legalidade e da protecção dos direitos e interesses dos cidadãos. Na verdade, sendo a Câmara Municipal da Praia da Vitória competente para o processamento da respectiva contra-ordenação, e tendo comprovado a violação do disposto no artigo 115º, do Decreto nº 38.382, de 7 de Agosto de 1951, e no artigo 59º, do Código de Posturas Municipais, não pode deixar de ser instaurado aquele procedimento.

Mas, acrescente-se, a situação em causa não pode vir a ser legalizada, uma vez que é reconhecido que não é susceptível de vir a satisfazer os requisitos legais e regulamentares, em especial relativas à proximidade de edifícios de habitação (cfr. artigo 167º, nº 1, do Decreto nº 38.382, de 7 de Agosto de 1951).

Uma vez que a legalização do estabelecimento reclamado constituiria o único meio de evitar o despejo do edifício (cf. corpo e § 1º do artigo 168º, do Regulamento Geral das Edificações Urbanas), este não pode ser evitado, por não estarem reunidas as condições urbanísticas e de salubridade. A consequência será, obrigatoriamente, o despejo do edifício, ao abrigo do disposto no artigo 168º, do Decreto nº 38.382, de 7 de Agosto de 1951.

É certo que a Câmara Municipal da Praia da Vitória poderia empenhar-se, conjuntamente com o proprietário reclamado, na busca de uma solução alternativa para a instalação do estabelecimento reclamado. Mas tal circunstância não poderá significar o incumprimento das pertinentes disposições legais urbanísticas e de salubridade, ou o sacrifício do bem estar e da qualidade de vida dos cidadãos afectados, para além de um período razoável.

Uma vez que o proprietário tem, pelo menos desde Maio de 1997 (vide ofício do senhor Delegado de Saúde, de 21/04/99), conhecimento da incomodidade provoca-

da, não posso deixar de considerar decorrido o prazo máximo aceitável para a resolução da questão.

Acresce que, como afirma ESTEVES DE OLIVEIRA , o prolongamento no tempo de uma situação de comprovada ilegalidade fere o princípio da legalidade, uma vez que "quando a Administração tiver de reportar-se ao princípio da prossecução do interesse público, como parâmetro da sua actuação - ou seja, quando tal actuação não estiver vinculadamente fixada na própria Lei - a sua "liberdade" ou discricionaridade para agir nesse sentido fica limitada pelo princípio do respeito dos direitos e interesses legalmente protegidos, de outras pessoas com quem essa sua actuação brigue (...)" .

A circunstância de não haver qualquer referência feita ao despejo dos efluentes produzidos no estabelecimento reclamado indicia a inexistência de qualquer dispositivo criado para esse fim. Ora, se é certo que a criação de animais a céu aberto em áreas rurais torna desnecessárias medidas de rejeição de efluentes, é igualmente verdade que a proximidade de edifícios de habitação altera em absoluto esta situação. Por esta razão, o Regulamento Geral das Edificações Urbanas não impede a existência de estabelecimentos de criação de gado em áreas habitacionais; mas exige a salvaguarda do conforto e da salubridade das habitações. No caso em apreço, é manifesto que não pode continuar a coexistência numa mesma área de animais bovinos e de pessoas.

III
Conclusões

Pelas razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no artigo 20º, nº 1, alínea a), da Lei nº 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

A. que a Câmara Municipal da Praia da Vitória ordene o despejo imediato do prédio rústico reclamado, sito junto à Canada do Moinho, na freguesia dos Biscoitos;

B. que, não obstante, seja instaurado o competente procedimento contra-ordenacional com base na violação das disposições que regulam as condições de alojamento de animais.

Recomendação acatada

Ao
Exm.º Senhor
Presidente da Câmara Municipal do Nordeste

R-739/99
Rec. n.º 79/A/99
1999.11.19

I
Introdução

Foi dirigida ao Provedor de Justiça uma reclamação relativa à insalubridade e ao perigo para a saúde pública resultante do funcionamento do posto de recepção de leite da empresa L., S.A., em São Pedro de Nordestinho. Em especial, era reclamado o facto do estabelecimento em causa não dispor de um sistema de drenagem de águas residuais.

No âmbito da instrução do processo assegurada pela Extensão da Provedoria de Justiça da Região Autónoma dos Açores foi ouvida a Câmara Municipal do Nordeste e cumprido o dever de audição prévia previsto no artigo 34º do Estatuto do Provedor de Justiça.

Em face da queixa apresentada importava obter esclarecimentos sobre a utilização licenciada para o edifício onde funcionava o estabelecimento reclamado, bem como sobre a existência de alvará de licença sanitária (cf. ofícios deste Órgão do Estado nºs 234 e 406, de 22/02/99 e 22/03/99, respectivamente).

As informações solicitadas foram prestadas a coberto dos ofícios nºs 802 e 1689, de 12/03/99 e 26/05/99, respectivamente.

Como ficará descrito, a matéria que me foi apresentada no texto da reclamação não é controvertida. Com efeito, a laboração de um posto de recepção de leite é susceptível de causar poluição. Se a essa abstracta possibilidade acrescer a inexistência de um sistema de drenagem das águas residuais e a proximidade de edifícios de habitação, a situação de insalubridade e o desconforto tornar-se-á evidente.

Estes factos ficaram comprovados nas comunicações que V.Exa. me dirigiu. Nelas, e em suma, era dito que:

a) A L., Lda. (actualmente, L., S.A.) requereu, em 18/01/63, a construção de um posto de leite na Canada da Malaca, lugar de São Pedro, freguesia de Nordestinho;

b) Foi emitido, em 07/02/63, o alvará de licença de construção nº 14;

c) Não foi emitida a respectiva licença de utilização (pese embora a Câmara Municipal de Nordeste apenas referir que essa licença não foi emitida nos anos de 1962 a 1965 parece poder-se concluir que a licença também não foi emitida posteriormente);

d) O estabelecimento não dispõe de alvará de licença sanitária;

e) A Câmara Municipal diligenciou no sentido de ser realizada uma vistoria às condições de saneamento e ao funcionamento do Posto de Recepção de Leite em São Pedro Nordestinho, a qual foi acompanhada por um representante da empresa;

f) Foi apurado que o funcionamento do Posto era susceptível de causar perigo para a saúde pública em função da falta de condições de salubridade;

g) Com efeito, o Posto de Recepção de Leite em São Pedro Nordestinho não dispunha de sistema de drenagem de águas residuais;

h) Do mesmo passo, foi a empresa notificada para proceder à construção de um novo Posto de Recolha de Leite fora do aglomerado populacional.

II
Exposição de Motivos

A Lei de Bases do Ambiente (adiante, L.B.A.) deu concretização ao direito a um ambiente humano e ecologicamente equilibrado (cf. artigo 2º, nº 1, da Lei nº 11/87, de 7 de Abril) impondo a observância do princípio de Recuperação [artigo 3º, alínea g)], nos termos do qual "devem ser tomadas medidas urgentes para limitar os processos degradativos nas áreas onde actualmente ocorrem e promover a recuperação dessas áreas".

Por outro lado, encontra-se igualmente consagrada a obrigatoriedade de remoção das causas da infracção e a reconstituição da situação anterior, nos termos do disposto no artigo 48º, igualmente da L.B.A.; e existe, ainda, a possibilidade de ocorrer a transferência das unidades poluentes, situação prevista no artigo 36º da L.B.A.

Nos termos do disposto nas alíneas d) e e) do nº 2 do artigo 51º do Decreto-Lei nº 100/84, de 29 de Março, é da competência das câmaras municipais, no âmbito do exercício das competências de planeamento do urbanismo e da construção, a fiscalização das construções que constituam perigo para a saúde e segurança das pessoas, e a concessão de alvarás de licença para estabelecimentos insalubres, incómodos, perigosos ou tóxicos.

O Capítulo I do Título III do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, aprovado pelo Decreto-Lei nº 38.382, de 7 de Agosto de 1951 (epigrafado "Salubridade dos terrenos"), regula a necessidade de realização de obras de saneamento previamente à construção de edifícios (cf. artigo 53º). O artigo 94º, inserto no Capítulo IV ("Instalações sanitárias e esgotos"), expressamente dispõe que "os dejectos e águas servidas deverão ser afastados dos prédios prontamente e por forma tal que não possam originar quaisquer condições de insalubridade"; e a disposição seguinte (artigo 95º) acrescenta que "nos locais ainda não servidos por colector público acessível os esgotos dos prédios serão dirigidos para instalações cujos efluentes sejam suficientemente depurados".

O exercício das competências de polícia administrativa por parte das câmaras municipais resulta igualmente da disciplina do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, que dispõe, no seu artigo 161º, que "constituem contra-ordenações a violação do disposto no presente regulamento e nos regulamentos municipais neste previstos, competindo aos serviços de fiscalização da câmara municipal competente a instrução do respectivo processo (...)".

Nestes termos, a constatação do funcionamento do estabelecimento reclamado na área do concelho do Nordeste e na proximidade de edifícios de habitação, é susceptível de conduzir à instauração de processo contra-ordenacional.

Deve pois concluir-se que a incumbência de fiscalização do cumprimento das disposições do Regulamento Geral das Edificações Urbanas que, no presente caso, está conferida à Câmara Municipal do Nordeste vem acompanhada da competência para o processamento das contra-ordenações respectivas.

No caso em apreço, existem indícios claros de que a situação reclamada não pode vir a ser legalizada, uma vez que não é susceptível de satisfazer os requisitos legais e regulamentares, em especial relativas à proximidade de edifícios de habitação (cfr. artigo 167º, nº 1, do Decreto nº 38.382, de 7 de Agosto de 1951).

Atendendo a que a legalização do estabelecimento reclamado constituiria o único meio de evitar o despejo do edifício (cf. corpo e § 1º do artigo 168º, do Regulamento Geral das Edificações Urbanas), pareceria que este não poderia ser evitado, por não estarem reunidas as condições urbanísticas e de salubridade. A consequência seria, então, o despejo do edifício, ao abrigo do disposto no artigo 168º, do Decreto nº 38.382, de 7 de Agosto de 1951.

A todos estes factores acrescia a inexistência de qualquer dispositivo criado

para o despejo dos efluentes produzidos no estabelecimento reclamado. E, lembre-se, este facto é especialmente grave pela proximidade de edifícios de habitação, uma vez que não se encontra salvaguardada nem a salubridade nem, tão pouco, o conforto das habitações vizinhas.

III
Conclusões

Por tudo o que fica exposto, não posso deixar de louvar o empenho posto por V.Exa., e pela Edilidade a que preside, na resolução da matéria reclamada. Em especial, apraz-me registar que a Câmara Municipal de Nordeste fez uso, de forma consensual e negociada, do mecanismo previsto no artigo 36º da L.B.A. – a transferência das unidades poluentes.

Tal facto é tanto mais relevante – e merecedor de público louvor - quanto se sabe que, em outros casos, em concelhos muito mais fustigados pela indevida localização de estabelecimentos poluentes e em situações de grande perigosidade (v.g. postos de abastecimento de combustíveis ou depósitos de materiais perigosos) este procedimento tem sido abandonado, ou pura e simplesmente esquecido.

Creio, pois, que a Câmara Municipal de Nordeste constituiu-se numa das primeiras (senão mesmo na primeira) autarquias portuguesas a diligenciar no sentido de dar cumprimento a um dos mais inovadores mecanismos de preservação ambiental surgido com a aprovação da Lei de Bases do Ambiente.

Mesmo sabendo que, como refere JOÃO PEREIRA REIS , "no espírito da Lei a transferência de unidades poluentes para locais mais adequados [é] por natureza uma medida excepcional que apenas deve ser aplicada quando, de todo em todo, não for possível solucionar os problemas de outra forma", não subsistem dúvidas quanto às vantagens de deslocar este estabelecimento poluente para fora do aglomerado populacional.

Importa, não obstante, conferir a máxima urgência ao procedimento em curso. Com efeito, como afirma ESTEVES DE OLIVEIRA , o prolongamento no tempo de uma situação de comprovada ilegalidade fere o princípio da legalidade, uma vez que "quando a Administração tiver de reportar-se ao princípio da prossecução do interesse público, como parâmetro da sua actuação - ou seja, quando tal actuação não estiver vinculadamente fixada na própria Lei - a sua "liberdade" ou discricionaridade para agir nesse sentido fica limitada pelo princípio do respeito dos direitos e interesses legalmente

protegidos, de outras pessoas com quem essa sua actuação brigue (...)" .

E são somente duas as circunstâncias que motivam a presente Recomendação: a necessidade de ser conferido um tratamento urgente do processo camarário que culminará na transferência da L., S.A.; e garantir que, entretanto, o funcionamento da unidade poluente ocorra de forma a evitar ao máximo a insalubridade e o desconforto nas habitações vizinhas.

Pelas razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no artigo 20º, nº 1, alínea a), da Lei nº 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

A. que a Câmara Municipal do Nordeste confira a máxima urgência ao processo de transferência do estabelecimento da L., S.A.;

B. que, enquanto não for assegurada a efectiva mudança de localização, sejam tomadas as medidas adequadas à preservação da salubridade e do conforto das habitações vizinhas.

Recomendação parcialmente acatada

Urbanismo e Ordenamento do Território

Ao
Exm.º Senhor
Presidente da Câmara Municipal de Angra do Heroísmo

R-4824/98
Rec. n.º 21/A/99
1999.04.13

I
Introdução

A presente Recomendação surge na sequência da instrução, na Extensão da Provedoria de Justiça da Região Autónoma dos Açores, de um processo cujo objecto é o Regulamento das Zonas de Estacionamento Tarifado na Cidade de Angra do Heroísmo.

A reclamação que motivou a abertura do processo referia a apresentação, à Assembleia Municipal de Angra do Heroísmo, de duas propostas da respectiva Câmara Municipal relativas ao estacionamento tarifado na cidade de Angra do Heroísmo, e à concessão da instalação, manutenção e exploração do sistema de parquímetros.

Foram pedidos os elementos necessários à apreciação da matéria reclamada - cópia dos projectos de regulamento submetidos à Assembleia Municipal de Angra do Heroísmo, e as respectivas notas justificativas fundamentadas. Uma vez que o texto da queixa referia o incumprimento das disposições conjugadas dos artigos 117º e 118º, do Código do Procedimento Administrativo, bem como do disposto na Lei de Participação Procedimental e de Acção Popular, foi questionada, igualmente, a ponderação destes instrumentos de audição dos cidadãos relativamente à questão em análise.

As respostas obtidas, que se complementam, continham os seguintes elementos:

- Cópia da acta da sessão extraordinária da Assembleia Municipal de Angra do Heroísmo, de 16/11/98;
- Cópia da proposta de "Concessão de Exclusivo para Instalação, Manutenção e Exploração de Parquímetros;
- Cópia do "Regulamento das Zonas de Estacionamento Tarifado na Cidade

de Angra do Heroísmo";

- Informação da senhora Jurista da Câmara Municipal de Angra do Heroísmo, de 13/01/99.

Pela relevância que assume para a presente análise, transcreve-se parte do ofício nº 584, de 22/02/99, do senhor Presidente da Câmara Municipal de Angra do Heroísmo. Era afirmado que:

"(...) as medidas tomadas por esta Câmara, no que se refere à audição dos cidadãos quanto ao Regulamento das Zonas de Estacionamento Tarifado na Cidade de Angra do Heroísmo, são as que constam da informação datada de 13 de Janeiro findo, da jurista desta Câmara (...).

Relativamente à cópia solicitada da proposta de regulamento em causa e proposta de concessão de exclusivo para instalação, manutenção e exploração de parquímetros, teve esta Câmara conhecimento que a Assembleia Municipal (...) já as remeteu (...).

No que se refere à data para concretização das medidas objecto do regulamento esta Câmara prevê que seja o final do 1º semestre (...)".

Note-se, desde já, que não foi feita nenhuma referência às notas justificativas dos diplomas regulamentares em apreço. É de presumir, por este facto, que inexistem.

A informação da senhora Jurista da Câmara Municipal de Angra do Heroísmo elencava os procedimentos assegurados pela Edilidade em ordem à audição dos cidadãos interessados . O mesmo estudo, após algumas considerações relativamente ao regime jurídico do procedimento regulamentar, chegava às seguintes conclusões:

1ª Não existe a "inequívoca" obrigação legal, de cumprimento da Lei nº 83/95, de 31 de Agosto;

2ª Ainda assim, foram alcançados os objectivos visados pela Lei de Participação Procedimental e de Acção Popular mediante os procedimentos de audiência pública assegurados pela Câmara Municipal de Angra do Heroísmo.

Em face da circunstância do senhor Presidente da Câmara Municipal de Angra do Heroísmo ter remetido o estudo a que me venho referindo a este Órgão do Estado devo considerar que aceita, e faz suas, as descritas conclusões.

Vejamos quais os principais problemas que a queixa em apreciação coloca.

A questão fundamental da controvérsia reside na necessidade (obrigatoriedade) de ser assegurada a audiência dos interessados a que alude o artigo 117º do Código de

Procedimento Administrativo. Importa aprofundar, pois, a matéria do procedimento de aprovação de regulamentos. Este estudo aconselha, igualmente, a ponderação das situações em que deve ser elaborada uma nota justificativa fundamentada.

Num segundo momento, justifica-se buscar no ordenamento jurídico a legislação própria mencionada no nº 1 do artigo 117º.

Por fim, e como corolário, analisar-se-á o procedimento de emissão do Regulamento das Zonas de Estacionamento Tarifado na Cidade de Angra do Heroísmo e a sua conformidade com as conclusões que vierem a ser formuladas.

II
Exposição de Motivos

A disciplina procedimental da produção regulamentar da Administração encontra precipitação nos normativos que constituem o capítulo I ("Do Regulamento") da parte IV ("Da actividade administrativa") do Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei nº 442/91, de 15 de Novembro, e alterado pelo Decreto-Lei nº 6/96, de 31 de Janeiro.

Não suscita especiais desenvolvimentos a questão da sujeição dos regulamentos emanados do Poder Local às disposições do Código do Procedimento Administrativo e, concretamente, às normas relativas à actividade regulamentar da Administração Pública. O artigo 2º, nº 2, alínea c) é absolutamente claro, a este propósito: "são órgãos da Administração Pública, para efeitos deste Código ... os órgãos das autarquias locais (...)".

Nos termos do disposto no artigo 114º a produção de regulamentos municipais deve conformidade à disciplina constante do Código do Procedimento Administrativo.

Artigo 114º
Âmbito de Aplicação

As disposições do presente capítulo aplicam-se a todos os regulamentos da Administração Pública.

Tenha-se igualmente em conta o disposto no artigo 116º:

Artigo 116º
Projecto de regulamento

Todo o projecto de regulamento é acompanhado de uma nota justificativa fundamentada.

É pacífico que "a existência de um projecto - contendo o articulado formal ou informal de um regulamento - é um requisito nuclear do procedimento regulamentar (...)" . Se não tiver outro escopo, designadamente por não haver lugar à audiência de interessados ou a apreciação pública, terá sempre a função de "mera ordenação ou sistematização" . Na grande maioria das vezes, porém, as fases do estudo inicial das questões e da redacção de um projecto aparecem condensadas nesta última: não basta à Administração manifestar a intenção de emitir uma norma regulamentar para que se possa considerar aberto o procedimento. Deve ocorrer a exteriorização dessa vontade vertida no projecto.

O projecto "é acompanhado de uma nota justificativa fundamentada" . A mera referência à obrigatoriedade de elaboração de uma nota justificativa teria bastado para impor a obrigatoriedade da exposição dos motivos do articulado em apreciação. A superabundância que resulta da necessidade de existência de uma justificação e de uma fundamentação advém certamente da função garantística deste instituto, enquanto "princípio fundamental da administração do Estado de direito" consagrado no artigo 268º da Constituição. Esta redundância emana da dualidade do conceito constitucional de fundamentação que "é aqui entendida não só como motivação, traduzida na indicação das razões que estão na base da escolha operada pela Administração, mas também como justificação, traduzida na exposição dos pressupostos de facto e de direito que conduziram à decisão tomada" .

Não se julgue, porém, que o alcance deste dever de justificação fundamentada é somente o de assegurar, em abstracto, a correcta realização do interesse público. Para além deste desígnio, ele "possibilita um controlo contencioso mais eficaz (...), sobretudo quanto aos vícios resultantes da ilegalidade dos pressupostos e do desvio de poder".

O cumprimento do artigo 116º impõe que, tendo por base as opções constantes do projecto de regulamento, seja assegurada a "sua fundamentação jurídica (por referência às normas de competências e/ou às normas exequendas) e administrativa (por referência às vantagens e inconvenientes de ordem económica, técnica, cultural ou social

que a disciplina regulamentar proposta acarreta para os interesses a realizar nesse domínio e para os outros que por ela são atingidos, favorável ou desfavoravelmente)" .

A consequência da falta de nota justificativa não pode deixar de ser a invalidade do regulamento. De outra forma, apetece perguntar, como faz ESTEVES DE OLIVEIRA em jeito de desabafo: "(...) para que serviria todo este Capítulo do Código? Como umas instruções ou um manual de "escuteirismo" regulamentar?" .

Existe, como é bom de ver, uma indissociável ligação entre a exigência de elaboração de uma nota justificativa e o cumprimento do dever de audiência dos interessados. A auscultação dos interessados tem, quanto a estes, uma função dúplice de colaboração com a Administração e de obtenção de informação. Do mesmo passo, configura, para o ente público, uma oportunidade de (auto)esclarecimento mediante a ponderação dos diferentes interesses em confronto, e da sua compaginação com o interesse público. Mas é ao nível do desenvolvimento dos estudos técnicos, económicos e sociais que a nota justificativa cumprirá a sua função primordial: assegurar a apreciação pública.

Porque relativo ao direito de participação dos interessados no procedimento de formação de regulamentos importa reter o disposto no artigo 117º.

Artigo 117º
Audiência dos Interessados

1. Tratando-se de regulamento que imponha deveres, sujeições ou encargos, e quando a isso não oponham razões de interesse público, as quais serão sempre fundamentadas, o órgão com competência regulamentar deve ouvir, em regra, sobre o respectivo projecto, nos termos definidos em legislação própria, as entidades representativas dos interesses afectados, caso existam.

2. No preâmbulo do regulamento far-se-á menção das entidades ouvidas.

A presente disposição merece alguns comentários.

A começar, uma nota prévia sobre as expressões "deve ouvir, em regra" e "nos termos a definidos em legislação própria". A informação da senhora Jurista da Câmara Municipal de Angra do Heroísmo, a que já fiz referência, afirma, a dado passo, que "as disposições mencionadas nos artigos 117º e 118º limitam-se a enunciar um dever, carecendo de executoriedade, afigurando-se assim necessário que em sede legislativa se definam quais os regulamentos cuja aprovação deve ser precedida de apreciação pública" . A este propósito deve lembrar-se que a doutrina discutiu, pelo menos até 1995, se o nº 1 artigo 117º não teria criado um caso de "(auto)dispensa administrativa do dever de au-

diência" . Questionava-se se, enquanto não fosse produzida a legislação especial para cujo regime se remetia, o órgão com competência regulamentar poder-se-ia eximir, sem mais, a dar audiência, sem que esse comportamento fosse censurado juridicamente. A resposta, creio, não pode deixar de ser negativa atendendo, em especial, ao princípio da participação, ao princípio da colaboração da Administração com os particulares, e ao princípio da prossecução do interesse público e da protecção dos direitos e interesses dos cidadãos. Prosseguir o interesse público garantindo a participação dos administrados implica, quase sempre (isto é, a não ser que se oponham razões de interesse público) propiciar a participação dos interessados. Desde 1995, a polémica encontra-se ultrapassada, no que concerne à situação que ora nos ocupa, em virtude da publicação da Lei de Participação Procedimental e de Acção Popular (Lei nº 83/95, de 31 de Agosto).

O Regulamento das Zonas de Estacionamento Tarifado na Cidade de Angra do Heroísmo impõe, indiscutivelmente, "deveres, sujeições ou encargos" pelo que também não se justifica a abordagem do problema da extensão do dever de audiência aos regulamentos que apenas indirectamente afectam direitos ou interesses legalmente protegidos. Direi somente que, ao impor a audição das "entidades representativas dos interesses afectados", o nº 1 do artigo 117º faz uso do mesmo conceito de interesses protegidos a que alude a Lei nº 83/95, de 31 de Agosto. Este aspecto não é, certamente, despiciendo.

Veja-se agora o disposto no artigo 118º:

Artigo 118º
Apreciação pública

1. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior e quando a natureza da matéria o permita, o órgão competente deve, em regra, nos termos a definir na legislação referida no artigo anterior, submeter a apreciação pública, para recolha de sugestões, o projecto de regulamento, o qual será, para o efeito, publicado na 2ª série do Diário da República ou no jornal oficial da entidade em causa.

2. Os interessados devem dirigir por escrito as suas sugestões ao órgão com competência regulamentar, dentro do prazo de 30 dias contados da data da publicação do projecto de regulamento.

3. No preâmbulo do regulamento far-se-á menção de que o respectivo projecto foi objecto de apreciação pública, quando tenha sido o caso.

A audiência dos interessados nem sempre pressupõe a apreciação pública; são realidades distintas "existindo diferenças juridicamente significantes de regime e fim entre ambas", como afirma ESTEVES DE OLIVEIRA . Dever-se-á concluir, pois, que sempre que a natureza da matéria o permita o procedimento de audiência dos interessados compreenderá, em determinada fase, a apreciação pública .

Uma vez mais, ao consagrar a expressão "deve ouvir, em regra", foi estipulada uma "restrição (...) dirigida programaticamente aos legisladores de sectores ou ordenamentos especiais" . Não cabe, in casu, a averiguação da pertinência da apreciação pública; essa análise foi realizada pela mão do legislador aquando da aprovação da Lei nº 83/95, porquanto a Lei de Participação Procedimental e de Acção Popular é a legislação própria a que alude o artigo 117º.

Ao sujeitar à apreciação pública apenas os projectos de regulamento cuja "natureza da matéria o permita", o Código do Procedimento Administrativo criou um conceito substancialmente diferente das "razões de interesse público" que se poderiam opor à audiência dos interessadas. O debate, uma vez mais, é desnecessário em face da consideração de que o Regulamento das Zonas de Estacionamento Tarifado na Cidade de Angra do Heroísmo não constitui matéria cuja natureza seja impeditiva da respectiva apreciação pública .

A legislação própria referida nos artigos 117º e 118º é a Lei nº 83/95, de 31 de Agosto, que consagrou o direito de participação popular nos procedimentos administrativos e instituiu um dever de audiência prévia relativamente à decisão sobre a localização e a realização de determinados investimentos públicos. Este diploma - que define, igualmente, os termos em que se efectiva o direito de acção popular - enumera, a título meramente exemplificativo, os seguintes interesses que visa proteger: "a saúde pública, o ambiente, a qualidade de vida, a protecção do consumo de bens e serviços, o património cultural e o domínio público" (artigo 1º, nº 2). Está-se, portanto, no âmbito da plurisubjectividade colectiva de que falava COLAÇO ANTUNES ao afirmar que "os interesses difusos ainda que possam ser assumidos individualmente são plurais e não se adaptam facilmente a uma personalização individual (a uma subjectivação individual)".

Este direito procedimental de participação popular compreende um dever de prévia audiência, nos termos do disposto no artigo 4º, nº 1, na fase de instrução dos procedimentos relativos à decisão sobre a localização e a realização de obras públicas ou outros investimentos públicos com impacto relevante no ambiente ou nas condições económicas e sociais e da vida em geral das populações ou agregados populacionais de

certa área do território nacional.

O dever de prévia audiência pressupõe a audição dos cidadãos interessados e das entidades defensoras dos interesses que possam vir a ser afectados pelos planos ou decisões. Para a realização da audição - dispõe o artigo 5º, nº 1 -, devem ser afixados editais nos lugares de estilo (se os houver) e devem ser publicados anúncios em dois jornais diários de grande circulação e num jornal regional (quando existir) nos quais são identificadas as principais características do plano, obra ou investimento, são descritos os seus prováveis efeitos e é indicada a data a partir da qual será realizada audição dos interessados (nº 2).

Entre a data do anúncio e a realização da audição deve decorrer o prazo (mínimo) de 20 dias - salvo casos de urgência devidamente justificados (artigo 5º, nº 3) - no decurso de cujo prazo é facultada a consulta dos estudos e de outros elementos preparatórios dos projectos dos planos ou das obras (artigo 6º, nº 1), dos quais constarão obrigatoriamente dados sobre as consequências que a adopção dos planos ou decisões possa ter sobre os bens, ambiente e condições de vida das pessoas (nº 2). Acrescidamente, podem ser solicitados esclarecimentos, oralmente ou por escrito (nº 3).

No prazo de 5 dias após o termo do período de consulta, os interessados devem comunicar à autoridade instrutora a sua pretensão de serem ouvidos oralmente ou de apresentarem observações escritas (artigo 7º, nº 1), indicando, desde logo, os assuntos e o sentido geral da intervenção (nº 2).

A audição dos interessados é feita mediante a realização de uma audiência pública (artigo 8º, nº 1), no decurso da qual os esclarecimentos são prestados pela autoridade encarregada da instrução (nº 2), e da qual são lavradas actas que são assinadas pelos membros da autoridade instrutora (nº 3)

Existe, nos termos do disposto no artigo 9º, nº 1, um dever de ponderação e de resposta, nos termos do qual são respondidas as objecções formuladas, e justificadas as opções tomadas. O conteúdo das respostas deve ser comunicado, por escrito, aos interessados (nº 2).

Os artigos 10º e 11º referem-se ao procedimento colectivo, isto é, às situações em que a autoridade instrutora deva proceder a mais de 20 audições. Nestes casos, poderá ser determinado que os interessados se organizem de modo a escolherem representantes nas audiências a efectuar e, no caso daqueles não se fazerem representar, pode a entidade instrutora proceder à escolha, de entre os representantes de posições afins, de

modo a não ser excedido o número de 20 audições.

Decorre do disposto no artigo 22º, nº 1 que "a responsabilidade por violação dolosa ou culposa dos interesses previstos no artigo 1º a saúde pública, o ambiente, a qualidade de vida, a protecção do consumo de bens e serviços, o património cultural e o domínio público constitui o agente causador no dever de indemnizar o lesado ou lesados pelos danos causados". Nos termos do disposto no artigo 23º, existe ainda a obrigação de indemnizar (independentemente de culpa) sempre que de acções ou omissões do agente, ou agentes, tenha resultado ofensa de direitos ou interesses protegidos pela Lei nº 83/95. Sempre que os titulares dos interesses violados não estejam individualmente identificados, a indemnização é fixada globalmente (nº 2). No caso contrário, os titulares identificados têm direito à correspondente indemnização, nos termos gerais da responsabilidade civil (nº 3).

Descrito sumariamente o regime constante da Lei de Participação Procedimental - a legislação própria mencionada no nº 1 do artigo 117º - importa averiguar a conformidade do processo de emissão do Regulamento das Zonas de Estacionamento Tarifado na Cidade de Angra do Heroísmo com aquela disciplina jurídica.

Para efeitos da disciplina instituída pelo artigo 4º, são consideradas obras públicas ou investimentos públicos com impacto relevante, aqueles que:

- se traduzam em custos superiores a um milhão de contos;
- influenciem significativamente as condições de vida das populações de determinada área (quer sejam executados directamente por pessoas colectivas públicas quer por concessionários).

Como foi destacado na informação que tenho vindo a comentar "o legislador ao utilizar o conceito impreciso "significativamente", como critério de classificação do impacto dos investimentos públicos inferiores a um milhão de contos, absteve-se de eleger em concreto as situações enquadráveis no preceito em análise, deixando à apreciação casuística da entidade competente a obrigatoriedade da apreciação pública" . Neste ponto, concordo inteiramente com a senhora Jurista da Câmara Municipal de Angra do Heroísmo, na esteira do que escreveu MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN: "descendiendo a la casuística es como mejor puede apreciarse el alcance de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados" . Uma vez mais, resulta reforçada a relevância da nota justificativa enquanto elemento descritivo da motivação e da justificação da decisão tomada. A utilização de um conceito jurídico indeterminado transporta a questão em apreço para o campo da apreciação discricionária da Administração a qual "comporta

(...) la necesidad de tomar en cuenta criterios no estrictamente jurídicos para adoptar la decisión, es decir, criterios políticos, técnicos o de mera oportinidad o conveniencia (económica, social, organizativa), según los casos" .

Ademais, creio que influenciar significativamente as condições de vida das populações é um conceito cuja concretização é sempre "incierta y opinable" . E porquanto estamos no âmbito da chamada discricionaridade técnica não se justifica, salvo casos de erro grosseiro de apreciação, pôr em crise o juízo dos técnicos da Administração. Tal não significa a impossibilidade de avaliar a decisão técnica mas, pelo contrário, que o controlo se restringe ao "cumplimiento de las garantías organizativas y procedimentales" . E é exactamente esta a questão em debate.

O que importa realçar, neste passo, é a absoluta ausência de elementos relativos à avaliação técnica da Câmara Municipal de Angra do Heroísmo . A análise está, assim, irremediavelmente prejudicada em virtude do incumprimento do disposto no artigo 116º, do Código do Procedimento Administrativo, que impõe que o projecto de regulamento seja acompanhado da elaboração de uma nota justificativa fundamentada.

E se a questão da audiência dos interessados e da apreciação pública, a par do dever de audiência prévia previsto na Lei nº 83/95, de 31 de Agosto, pode motivar dissensões interpretativas e debates doutrinários, o tema da nota justificativa não se afigura susceptível de controvérsia; nem, tão pouco, a consequência em matéria de legalidade gerada pela sua falta ou insuficiência manifesta: a invalidade do próprio regulamento.

III
Conclusões

Pelas razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no artigo 20º, nº 1, alínea a), da Lei nº 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

A. que a Câmara Municipal de Angra do Heroísmo supra o incumprimento do disposto no artigo 116º, do Código de Procedimento Administrativo, resultante da falta da nota justificativa fundamentada que deve acompanhar o projecto de Regulamento das Zonas de Estacionamento Tarifado na Cidade de Angra do Heroísmo;

B. que em função das conclusões obtidas, designadamente sobre a extensão dos efeitos provocados nas condições de vida da população de Angra do Heroísmo, seja ponderada a participação procedimental, nos termos do disposto na Lei nº 83/95, de 31 de Agosto.

Por fim, justifica-se chamar a atenção para a possibilidade de, por motivos de urgência devidamente justificados, ser encurtado o prazo para a realização da audição dos cidadãos interessados e das entidades defensoras dos interesses que possam vir a ser afectados, no âmbito da disciplina jurídica da Lei de Participação Procedimental. Esta circunstância, conjuntamente com o aproveitamento das diligências já asseguradas, será inibidora de qualquer atraso substancial no processo já em curso.

Recomendação acatada

Ao
Exm.º Senhor
Presidente da Câmara Municipal da Horta

R- 901/99
Rec. n.º 46/A/99
1999.06.07

I
Introdução

Em 01/03/99, foi aberto processo na Extensão da Provedoria de Justiça da Região Autónoma dos Açores em virtude de reclamação relativa ao processo municipal de obras particulares nº 38/98, da Câmara Municipal da Horta.

Era solicitado, entre outros pedidos, que fosse assegurada uma medida cautelar antes do início das obras de construção a que se referia o processo camarário reclamado. Não obstante a impossibilidade legal de serem determinadas medidas cautelares por iniciativa deste Órgão do Estado, determinei que a instrução do presente processo fosse assegurada com carácter de urgência.

A instrução do processo visou, então, a averiguação dos seguintes aspectos reclamados:

- As irregularidades do projecto de arquitectura apresentado;
- A conformidade do projecto de arquitectura com os planos em vigor e legislação urbanística;
- O aspecto exterior do edifício a construir e a inserção no ambiente urbano e na paisagem;
- A decisão da Câmara Municipal da Horta relativa às cotas de soleira e de implantação, bem como à cércea;

- O incumprimento do direito à informação.

Através do ofício nº 305, de 05/03/99, foram solicitados esclarecimentos a V.Exa., senhor Presidente da Câmara Municipal da Horta, relativamente ao processo camarário nº 38/98. Em 22/03/99 (ofício nº 2482), foi remetida à Provedoria de Justiça cópia daquele processo.

Tendo verificado que do processo camarário cuja cópia me foi remetida não constavam os pareceres emitidos, em 12/06/98 e 07/01/99, pela senhora Jurista, Drª. N..., nem, tão pouco, o parecer da DOU que acompanhou o ofício nº 5470, de 23/09/98, enviado ao requerente, foi solicitada a sua entrega na Provedoria de Justiça – o que veio a acontecer a coberto do ofício nº 3316, de 22/04/99.

Computados os elementos constantes do processo aberto na Provedoria de Justiça, é notória a conclusão de que a principal questão suscitada pela reclamação é a interpretação da expressão "não poderão ter mais de 2,5 pisos incluindo sótão ou cave" constante do alvará de loteamento nº 5/97, e a sua conformidade com as especificações do projecto de arquitectura constante do processo camarário nº 38/98.

II
Exposição de Motivos

Destaque-se, como nota prévia, que a Câmara Municipal da Horta, face à controvérsia da matéria em causa, solicitou diversos pareceres (jurídicos e urbanísticos) para basear a sua decisão.

Entre os pareceres obtidos, importa chamar a atenção para os emitidos pela senhora Jurista da Câmara Municipal que, tanto em 12/06/98 como em 07/01/99, identificam os factos em debate e apresentam a solução que, segundo creio, melhor resolveria a situação reclamada.

Lembre-se parte da informação de 12/06/98, que identifica as objecções suscitadas por dois interessados (porque vizinhos da edificação cujo licenciamento é visado) no processo camarário nº 38/98:

> "O alvará de loteamento nº 5/97 determina que as habitações não poderão ter mais do que 2,5 pisos incluindo sotão ou cave.
>
> E o que significa meio-piso?".

Relativamente, em especial, à cota de implantação – que é, também, um dos aspectos controvertidos invocados por quem se opõe à deliberação camarária de autori-

zação da construção em causa - refere a senhora Jurista:

> "Julgamos que não havendo definições no alvará, terá que imperar, não só o bom senso, mas sobretudo a uniformização relativamente: (1) aos critérios exigidos no passado para os restantes moradores da zona, o que se traduz (2) nas situações actuais das moradias vizinhas e (3) àquilo que se deseja para o futuro naquela zona (...).
>
> De resto, a apreciação do projecto de arquitectura (após a verificação da conformidade com o alvará de loteamento) incidirá "sobre o aspecto exterior dos edifícios e sua inserção no ambiente urbano e na paisagem", conforme dispõe o artigo 17º/1 do D.L. 445/91, de 20.11 (alterado pelo D.L. 250/94, de 15.10)".

Como bem refere a senhora Jurista, a circunstância do alvará fazer uso de uma expressão tecnicamente imprecisa e de controvertida significação ("2,5 pisos incluindo sótão ou cave"), por um lado, e o facto de não determinar a cércea e o número de pisos acima e abaixo da cota de soleira, por outro, não é impeditivo de uma tomada de decisão, em conformidade com o alvará de loteamento nº 38/98, que respeite o ambiente urbano e a paisagem circundante.

Assim sendo, o aspecto exterior do edifício cuja construção se pretende deve buscar a necessária conformidade urbanística e paisagística, nos termos da já mencionada disposição contida no artigo 17º, nº 1, do Decreto-Lei nº 445/91, de 20 de Novembro.

Por estes motivos, discordo, em absoluto, da opção da Câmara Municipal da Horta de aprovar o licenciamento em causa em 06/08/98. Com efeito, uma vez que o ofício nº 4747, de 13/08/98, dispõe que requerente deve "apresentar até à entrega dos projectos de especialidades, um levantamento topográfico do terreno com a implantação do edifício nos termos indicados, e o tratamento dos espaços exteriores, após implantação e construção do edifício" (conforme sugestão do senhor arquitecto J...), melhor teria sido que a aprovação apenas ocorresse após a apresentação destes elementos, e somente na eventualidade de os mesmos merecerem a aprovação camarária. Por outro lado, até àquela data ainda não havia sido emitido parecer pela Direcção Regional do Ambiente (o que só aconteceu em 12/02/99).

Em 18/08/98, o requerente solicitou a reapreciação do projecto – o que levou a que fosse pedido novo parecer ao senhor arquitecto J.L.. Este, em 15/09/98, afirmou que "a área de construção excede o que seria admissível numa interpretação da expressão de 2,5 pisos nos desenhos do loteamento. Sendo a área de implantação da moradia de 120

m2, os 2,5 pisos deveriam corresponder a 300 m2 de construção".

Não obstante, na reunião de 17/09/98 foi lavrada a deliberação de aprovado (no parecer do senhor arquitecto J.L.). Estranhamente, porém, e como resulta do teor do ofício nº 5470, de 23/09/98, a aprovação não incidiu sobre o conteúdo do parecer mas sobre "o pedido para Construção de Moradia na R..., freguesia da Matriz" (cf. ofício supra citado dirigido ao senhor C.L.).

A senhora Jurista, no parecer de 07/01/99, concluiu mesmo pela conveniência da reapreciação do projecto. E, mais uma vez, ao pedido de parecer não correspondeu, por parte da Câmara Municipal da Horta, qualquer decisão em conformidade – nem, tão pouco, se cuidou de, fundamentadamente, explicar as razões da discordância. Segundo parece, as sugestões da senhora Jurista não foram atendidas e nenhuma consequência delas resultou. Acresce a todos estes factos a circunstância dos dois reclamantes vizinhos da edificação em causa não terem sido informados das sucessivas diligências ocorridas no procedimento administrativo. Quando lhes foi dado conhecimento de decisão relativamente a reclamação que haviam apresentado – como aconteceu através do ofício nº 1273, de 15/02/99 -, a respectiva comunicação não foi acompanhada da "exposição dos fundamentos de facto e de direito da decisão" (cf. artigo 125º, nº 1, do Código do Procedimento Administrativo), sendo absolutamente insusceptível de gerar o contraditório. Com efeito, é o seguinte o seu conteúdo:

> "Relativamente à exposição apresentada por V.Exa., na qualidade de primeiro promotor e no que se refere ao assunto em epígrafe, tenho a informar que a Câmara reunida em 4 do corrente, deliberou indeferir a respectiva exposição".

A coberto do ofício nº 1274, de 15/02/99, o requerente foi informado da confirmação da deliberação de 17/09/98 que aprovou o projecto geral de arquitectura.

É certo que o procedimento analisado não contrariou directamente nenhuma disposição do regime jurídico do licenciamento municipal de obras particulares (aprovado pelo Decreto-Lei nº 445/91, de 20 de Novembro, e alterado pelo Decreto-Lei nº 250/94, de 15 de Outubro), designadamente o disposto nos artigos 14º e seguintes. Por outro lado, o parecer da Direcção Regional do Ambiente, constante do ofício nº 667, de 12/02/99, é favorável ao licenciamento da edificação. Mas também é verdadeira a afirmação de que a Câmara Municipal da Horta não respeitou o termos das propostas contidas nos pareceres que pediu, e não cumpriu o dever de informação dos interessados (onde se inclui o próprio requerente do licenciamento que, igualmente, não foi informa-

do da existência de reclamações sobre a sua pretensão).

Afirmar que a Câmara Municipal da Horta não acatou as sugestões constantes dos pareceres que pediu simplesmente porque aqueles elementos configuraram pareceres não vinculativos constitui um argumento com o qual não posso estar de acordo. Com efeito, se, por um lado, "os órgãos da Administração Pública devem actuar em obediência à Lei e ao direito" (artigo 3º, nº 1, do Código do Procedimento Administrativo) e se, por outro, "compete aos órgãos administrativos prosseguir o interesse público" (artigo 4º, do mesmo diploma), a circunstância da Câmara Municipal ter solicitado a emissão de pareceres técnicos apenas pode ter sido motivada pela necessidade do conhecimento destes elementos para o cumprimento cabal do seu dever de ponderação. Assim, actuar em sentido contrário aos pareceres pressuporia, no mínimo, uma explicitação dos motivos do sentido da decisão. Como afirma MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA ao anotar o artigo 124º do Código do Procedimento Administrativo, "os actos que "decidem em contrário de parecer, informação ou proposta oficial" respeitam, claro, aos casos em que tais formalidades são legalmente obrigatórias, mas também a todos os casos em que elas são oficiais, isto é, fruto da intervenção dos serviços ou de terceiros (caso, por exemplo, dos peritos) que haja sido suscitada oficialmente na instrução do procedimento" . E acrescenta o mesmo Autor que "a proposição da necessidade de fundamentação nestes casos, quando se trate de pareceres – isto é, de intervenções consultivas (ou de instâncias consultivas técnicas ou administrativas) -, vale tanto para os pareceres obrigatórios como para os facultativos (...)" .

Não posso deixar de me perguntar, face à inutilidade prática dos pareceres de que a Câmara Municipal da Horta se muniu (designadamente dos pareceres da senhora Jurista): para que serviu o apelo à senhora Drª. N. M.?

Em face de tudo quanto fica exposto, três conclusões se me impõem:

- Nos termos do disposto no artigo 17º, nº 1, do Decreto-Lei nº 445/91, de 20 de Novembro, alterado pelo Decreto-Lei nº 250/94, de 15 de Outubro, a apreciação do projecto de arquitectura incide, não só sobre a verificação da conformidade com o alvará de loteamento, mas também sobre o aspecto exterior dos edifícios e sua inserção no ambiente urbano e na paisagem. Assim, a Câmara Municipal da Horta poderia ter deliberado no sentido de ser obtida a conciliação do projecto de arquitectura com a paisagem urbana circundante;

- Tendo aprovado o projecto de arquitectura nos termos que atrás expus, será edificada uma construção que, respeitando genericamente os termos do alvará

de loteamento ("2,5 pisos incluindo sótão ou cave"), colide com a volumetria preexistente na zona onde se insere;

- Foi violado o dever de colaboração da Administração com os particulares (artigo 7º, do Código do Procedimento Administrativo), e foi incumprido o direito de informação a que a Câmara Municipal da Horta se encontrava obrigada (artigos 61º e 64º, do mesmo diploma).

Quanto à primeira, a Câmara Municipal da Horta deliberou – não obstante as claras sugestões contidas nos pareceres técnicos – não fazer uso da faculdade emanada do disposto no artigo 17º, nº 1, do regime jurídico de licenciamento municipal de obras particulares, não obstante ter ficado suficientemente comprovada a "forte volumetria (...) da construção" (cf. parecer do senhor arquitecto J.L., de 30/07/98), que contrasta com o ambiente urbano e a paisagem circundante que resulta do aspecto exteriores das habitações já edificadas.

Quanto à segunda, é ainda possível, e recomendável, aproximar o interesse do requerente da licença de construção das pretensões dos moradores vizinhos, designadamente mediante o recurso ao auxílio técnico do senhor arquitecto J.L., e nos termos da proposta do seu parecer de 15/09/98.

Quanto à terceira conclusão, importa assegurar que os particulares interessados, designadamente em processos de licenciamento de obras particulares, não continuem a ser postos à margem dos procedimentos nem, tão pouco, sejam tratados como obstáculos à actuação da Administração. Neste contexto, é incompreensível que a Câmara Municipal da Horta não tenha promovido um encontro entre os diferentes interessados por forma a ser explorada a possibilidade de conciliar os interesses em presença. Então, a posição final da Câmara Municipal apresentar-se-ia como a decisão (conciliatória) possível, e não como uma deliberação tomada em favor do requerente e contra os restantes beneficiários do alvará de loteamento.

II
Conclusões

Pelas razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no artigo 20º, nº 1, alínea a), da Lei nº 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

à Câmara Municipal da Horta que:

A. Pondere, com especial cuidado e nos termos atrás descritos, o enquadramento paisagístico da construção cujo licenciamento foi obtido através do processo camarário nº 38/98;
B. Faça intervir no processo de enquadramento paisagístico acima recomendado, para além do senhor arquitecto J.L. e de outros técnicos cuja participação se julgue conveniente, os senhores G.M. e A. L., na qualidade de interessados naquele procedimento,
C. Tome medidas no sentido de ser assegurada a participação dos interessados na formação das decisões que lhes disserem respeito, em especial cumprindo as normas do Código do Procedimento Administrativo relativas ao direito à informação.

Recomendação não acatada

Assuntos Financeiros

A
Sua Excelência
o Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais

R-4761/97
R-1660/99
Rec. n.º 22/B/99
1999.06.17

I
Introdução

O presente processo é relativo à isenção de contribuição autárquica aplicável aos imóveis sitos em zonas urbanas classificadas.

Com efeito, tem sido entendimento da Administração Tributária que a isenção conferida pelo disposto no artigo 12º, nº 1, do Código da Contribuição Autárquica não abrange os prédios urbanos incluídos em conjuntos sobre os quais não recaiu um acto individual de classificação como monumentos nacionais ou imóveis de interesse público (ou, ainda, como imóveis de valor municipal). Esta posição tem implicações relevantes na situação tributária dos imóveis sitos na zona central de Angra do Heroísmo, inscrita pela UNESCO na lista do património mundial e classificada pela Assembleia Legislativa Regional dos Açores como monumento regional. Sendo certo, igualmente, que a presente controvérsia não se reporta em exclusivo à zona central desta cidade da

ilha Terceira – porquanto existem outros conjuntos classificados em Portugal -, tratar-se-á a presente questão com referência a Angra do Heroísmo uma vez que análise agora suscitada resulta de queixa relativa ao indeferimento, pela Repartição de Finanças do Concelho de Angra do Heroísmo, de pedidos de concessão do benefício da isenção do pagamento da contribuição autárquica.

O processo aberto na Extensão da Provedoria de Justiça da Região Autónoma dos Açores vem instruído com documentação que dá conta de inúmeras diligências asseguradas, ao longo dos últimos anos, perante diversas entidades. Importa ter presente estes contributos.

Em 26/07/94, o senhor Chefe da Repartição de Finanças de Angra do Heroísmo dirigiu ofício a Sua Excelência o Ministro da República para a Região Autónoma dos Açores, solicitando esclarecimentos sobre "qual a entidade competente para atribuir aos prédios objecto dos pedidos de isenção, a classificação de: Monumentos Nacionais, Imóveis de interesse público e Imóveis de valor concelhio (...)" . A coberto do ofício nº 585, de 28/10/94, o Gabinete do Ministro da República prestou as seguintes informações:

> "(...) a competência para classificar um bem imóvel como Monumento Nacional cabe ao IPPAAR, sob a tutela da Secretaria de Estado da Cultura, relativamente à classificação como imóvel de interesse público ou de valor concelhio é competente o Governo Regional por meio de resolução, sob proposta do Secretário Regional da Educação e Cultura, nos termos do artigo 4º do Decreto Regional nº 13/79/A, de 16 de Agosto, por força do Decreto-Lei nº 408/78, de 19 de Dezembro.
>
> Em relação aos prédios integrados na zona central da cidade de Angra do Heroísmo, a sua localização não é requisito suficiente para os reconhecer como objecto de isenção autárquica, por um lado, porque a classificação incide sobre o conjunto homogéneo de edifícios que constituem a zona central da cidade de Angra considerada como um só monumento, e não sobre cada prédio individualmente classificado, por outro lado, a inscrição pela UNESCO da zona central de Angra do Heroísmo na lista do património mundial, como conjunto de valor universal, bem como a sua classificação como monumento regional (cfr. DLR nº 15/84/A, de 13.04.84), por força do princípio da legalidade não relevam para efeitos de isenção de contribuição autárquica".

Nesta data, o senhor Chefe da Repartição de Finanças de Angra do Heroísmo havia já remetido o ofício nº 1338, de 29/07/94, ao senhor Director de Serviços da Contribuição Autárquica epigrafado "Isenção de Contribuição Autárquica, nos termos do nº 1 do artigo 12º, do CA" e no qual – não obstante ser de "parecer que todos os prédios implantados dentro da Zona Classificada como Património Mundial da Cidade de Angra do Heroísmo ou Zona abrangida pelo Decreto Legislativo Regional nº 15/84/A, de 13 de Abril, estarão abrangidos pela isenção do já mencionado nº 1 do artº 12º (...)" - solicitava informação sobre o entendimento da Direcção de Serviços da Contribuição Autárquica. A resposta apenas foi recebida na Repartição de Finanças de Angra do Heroísmo em 07/06/95 (note-se que mais de dez meses após o pedido), através do ofício nº 10223, de 29/05/95, que informava que "por despacho de 95/05/23, do Exmº Senhor Subdirector-Geral foi sancionado o entendimento constante na informação nº 930/95 (...)" .

Importa dar especial atenção a esta informação, bem como aos despachos que nela foram proferidos.

Destaco, como ponto prévio, que a absoluta falta de fundamentação da informação nº 930/95 ao mesmo tempo que permite a sua transcrição na íntegra aconselha que se chame a atenção para o deficientíssimo tratamento que a questão mereceu na Direcção de Serviços da Contribuição Autárquica. Esperar-se-ia que as expectativas dos contribuintes, por um lado, e a dúvida colocada pelo senhor Chefe de Repartição de Finanças de Angra do Heroísmo, por outro, justificassem uma maior profundidade na análise dos problemas que a presente matéria suscita. Com efeito, na informação em causa era simplesmente afirmado que:

> "Acerca do assunto em epígrafe, vem o Chefe da Repartição de Finanças de Angra do Heroísmo, solicitar esclarecimento sobre o tratamento a dar aos prédios situados naquela zona, nomeadamente no capítulo das isenções a que se refere o nº 1 do artº 12º do Código da Contribuição Autárquica.
>
> Diz tal articulado, que estão isentos de contribuição autárquica os prédios que hajam sido classificados como monumentos nacionais ou imóveis de interesse público e, bem assim, os classificados como imóveis de valor municipal, nos termos da legislação aplicável.
>
> Tratam-se assim de prédios que beneficiam de uma isenção objectiva expressa e reconhecida pelo Chefe da Repartição de Finanças da área da situação do(s) prédio(s), mediante requerimento com prova documental suficiente para o re-

conhecimento.

Ora a prova documental, não é mais do que a publicação em órgão competente (Diário da República) onde se enuncia quais os monumentos ou imóveis de interesse público ou ainda de valor municipal, abrangidos por tal classificação.

No caso em apreço, o Decreto Legislativo Regional nº 15/84/A, de 13 de Abril, no Capítulo I, artº 1º, classifica a zona central da cidade de Angra do Heroísmo como monumento regional e apresenta as suas delimitações. Deste modo, afigura-se que os imóveis incluídos em tais delimitações, devem ficar abrangidos pela isenção de contribuição autárquica, a que se refere o nº 1 do artº 12º do CCA".

Esta informação mereceu, em 19/05/95, despacho de "Nada a opor" por parte do senhor Subdirector Tributário. Seguidamente (em 23/05/95), foi proferido o seguinte despacho pelo senhor Director de Serviços:

"O nº 1 do artº 12º, do Código da Contribuição Autárquica, isenta da mesma "os prédios que hajam sido classificados como monumentos nacionais ...". Logo, a isenção dirige-se aos prédios concretos, e não a zonas assim classificadas, como é o caso em presença.

Assim, tendo em conta o estatuído no artº 9º da Lei nº 13/85, de 6 de Julho, e tendo presente o Decreto Legislativo Regional nº 15/84/A, de 13.4.84, afigura-se-nos que competirá ao proprietário fazer prova da efectiva classificação do seu prédio a obter junto da entidade promotora e detentora do processo de classificação, por forma a que a Repartição de Finanças fique habilitada a reconhecer (...), oficiosamente, a isenção pretendida".

Finalmente, o senhor Subdirector-Geral proferiu, também em 23/05/95, despacho de concordância.

Refira-se, ainda, que, em 17/09/98 e mediante o ofício nº 913, este Órgão do Estado solicitou ao Gabinete de Vossa Excelência esclarecimentos sobre:

a) Qual o entendimento perfilhado pelo Ministério das Finanças relativamente à extensão da isenção da contribuição autárquica aos imóveis integrados em zonas classificadas (embora não individualmente classificados);
b) Se o Ministério das Finanças ponderava - no caso de ser considerado que a isenção da contribuição autárquica apenas abrangia os imóveis individualmente classificados - a possibilidade de alterar o normativo vigente, no

sentido de passar a abranger os imóveis integrados em zonas classificadas.

Em resposta, foi recebido o ofício nº 3062, de 31/12/98, que era do seguinte teor:

"- A isenção prevista no nº 1 do artigo 12º do Código da Contribuição Autárquica abrange exclusivamente os prédios individualmente classificados e não prédios incluídos em conjuntos;

- Relativamente aos prédios não classificados individualmente, integrados em zonas classificadas (v.g. zonas centrais, bairros, baixas, zonas circundantes, zonas de protecção geral e especial e outras), ainda não existe uma decisão firmada. Informa-se, porém que já foi aprovada em reunião de Conselho de Ministros a Lei do Património Cultural que será complementada por outra Lei que congregará os benefícios fiscais nesta sede".

Estando, pois, delimitado o objecto da análise examinar-se-ão, de seguida, os principais problemas que o estudo coloca. A primeira matéria consiste na busca da resposta para a pergunta qual a extensão do benefício fiscal contemplado no artigo 12º, nº 1, do Código da Contribuição Autárquica? Porém, esta abordagem não esgota o estudo a empreender. E isto porquanto ainda que se conclua que os prédios integrados em conjuntos não beneficiam da isenção prevista naquela norma, colocar-se-á sempre uma segunda questão para a qual importa encontrar resposta: devem, ou não, os prédios urbanos integrados em zonas classificadas beneficiar de isenção do pagamento de contribuição autárquica ainda que não hajam sido individualmente classificados como monumentos nacionais, imóveis de interesse público ou imóveis de valor municipal?

II
Exposição de Motivos

A
A Isenção de Contribuição Autárquica

O Código da Contribuição Autárquica foi aprovado pelo Decreto-Lei nº 442-C/88, de 30 de Novembro. Era do seguinte teor a disposição contida no artigo 12º na parte relativa aos imóveis classificados:

Capítulo II
Isenções

Artigo 12º
Isenções

1. Estão isentos de contribuição autárquica:

a) Os prédios que hajam sido classificados como monumentos nacionais ou imóveis de interesse público, nos termos da legislação aplicável;

(...)

(...)

3. As isenções a que se refere este artigo iniciam-se:

a) No caso previsto na alínea a) do n.º 1, no ano, inclusive, em que os prédios sejam classificados como monumentos nacionais ou imóveis de interesse público;

(...)

4. As isenções a que se refere este artigo serão reconhecidas pelo chefe da repartição de finanças da área da situação do prédio, precedendo requerimento devidamente documentado.

5. O requerimento a que se refere o número anterior deverá ser apresentado pelos sujeitos passivos no prazo de 90 dias contados da verificação do facto determinante da isenção.

(...)

A redacção do artigo 12º do CCA aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442-C/88, de 30 de Novembro, foi alterada pelo Decreto-Lei nº 140/92, de 17 de Julho (cf. artigo 1º), tendo passado a dispor assim:

Artigo 12º
Isenção

1. Estão isentos de contribuição autárquica os prédios que hajam sido classificados como monumentos nacionais ou imóveis de interesse público e, bem assim, os classificados como imóveis de valor municipal, nos termos da legislação aplicável.

2. As isenções previstas no número anterior iniciam-se no ano, inclusive, em que os prédios sejam classificados como monumentos nacionais, imóveis de interesse público ou classificados como imóveis de valor municipal.

(...)

4. As isenções a que se refere o n.º 1 deste artigo serão reconhecidas pelo chefe da repartição de finanças da área da situação do prédio, precedendo requerimento devidamente documentado.

5. O requerimento a que se refere o número anterior deverá ser apresentado pelos sujeitos passivos no prazo de 90 dias contados do facto determinante da isenção.

Seguidamente à publicação do Decreto-Lei nº 140/92, de 17 de Julho, ocorreu a aprovação de diversos diplomas que produziram alterações na redacção do artigo 12º, do CCA, a saber:

- A Lei nº 75/93, de 20 de Dezembro, que, no entanto, não alterou a redacção dos números 1, 2, 4 e 5;
- A Lei nº 39-B/94, de 27 de Dezembro, que, igualmente, não alterou o disposto nos números 1, 2, 4 e 5; e
- A Lei nº 87-B/98, de 31 de Dezembro, que, não obstante ter introduzido um novo número 2, deixou inalterada a redacção dos anteriores números 1, 2, 4 e 5. A única alteração digna de nota foi a passagem dos números 2, 4 e 5 para 3, 5 e 6, respectivamente.

  Em conclusão, posteriormente à publicação do Decreto-Lei nº 140/92, de 17 de Julho, as modificações produzidas no artigo 12º, do CCA, não redundaram em alterações com relevância para a economia deste estudo.

Como já referi, a primeira questão que importa abordar é a de saber se o legislador ao afirmar que "estão isentos de contribuição autárquica os prédios que hajam sido classificados como monumentos nacionais ou imóveis de interesse público e, bem assim, os classificados como imóveis de valor municipal, nos termos da legislação aplicável" excluiu a possibilidade dos prédios incluídos em conjuntos virem a beneficiar daquela isenção.

Independentemente da conclusão que vier a ser alcançada, devo desde já afirmar a minha discordância relativamente ao entendimento perfilhado pelo senhor Director de Serviços no despacho de 23/05/95 acima mencionado. Relembrem-se os dois argumentos nele aduzidos em desfavor da tese da aplicação da isenção à totalidade dos imóveis que integram a zona classificada de Angra do Heroísmo:

- O artigo 12º, nº 1, do CCA, apenas isenta prédios concretos, e não zonas;
- Cabe ao proprietário fazer a prova da classificação do seu prédio.

Estas afirmações, segundo creio, não são de molde a fundamentar a conclusão

a que a Administração Tributária chegou nesta matéria. Veja-se porquê:

- Primeiramente, porquanto a contribuição autárquica é um imposto municipal que incide sobre o valor tributável dos prédios situados na área de cada município. Logo, nos termos do CCA, apenas os prédios estão sujeitos ao pagamento deste imposto – razão pela qual somente os prédios podem ser isentados do seu pagamento. Não seria de esperar, portanto, que o texto legal falasse em prédio, em termos de tributação, e em zona ou conjunto, em termos de isenção;
- Acrescidamente, porque afirmar que cabe ao proprietário fazer a prova da classificação do seu imóvel nada adianta no esclarecimento da dúvida suscitada. A questão consiste exactamente em saber se essa prova (a fazer nos termos do disposto no artigo 12º, nºs 5 e 6 , do CCA) fica realizada com a apresentação do instrumento que classifica a zona central de Angra do Heroísmo como monumento regional – ou se, pelo contrário, é exigível a entrega do documento que classificou individualmente o prédio objecto do pedido.

Devo começar por chamar a atenção para a circunstância da isenção de contribuição autárquica não se confundir com a não incidência do imposto. Com efeito, "a isenção é um benefício concedido pela Lei ao contribuinte, enquanto a não incidência do imposto retira o prédio do âmbito da tributação" . Outro facto que importa destacar é que o chefe da Repartição de Finanças apenas reconhece as isenções, conforme dispõe o artigo 12º, nº 5, do CCA, uma vez que é a Lei que as concede. É, pois, no texto legal que se devem buscar os parâmetros, e os limites, do benefício fiscal objecto do presente estudo.

O artigo 12º, nº 1, do CCA, refere que estão isentos de contribuição autárquica os prédios que hajam sido classificados, nos termos da legislação aplicável, como:

- Monumentos nacionais ou imóveis de interesse público; e
- Imóveis de valor municipal.

A legislação aplicável referida é a Lei do Património Cultural Português, aprovada pela Lei nº 13/85, de 6 de Julho . A protecção dos bens materiais imóveis que integram o património cultural português assenta na sua classificação (artigo 7º, nº 1). Esta compreende as categorias monumento, conjunto e sítio (nº 2, 1ª parte), sendo que os bens imóveis são classificados, acrescidamente, como de valor local, de valor regio-

nal, de valor nacional e de valor internacional (nº 2, in fine).

A designação monumentos refere-se a obras de arquitectura, enquanto a expressão conjuntos diz respeito a agrupamentos arquitectónicos, e a classificação de sítios identifica obras do homem ou obras conjuntas do homem e da natureza [artigo 8º, nº 1, alíneas a), b) e c)].

Por forma a estimular a defesa do património cultural nacional, e a sua adequada salvaguarda, o Governo deve promover, nos termos do disposto no artigo 46º, nº 1, "o estabelecimento de regimes fiscais apropriados". O nº 2 desta disposição refere expressamente que:

Artigo 46º

(...)

2. O regime fiscal especial dos bens classificados do património cultural compreenderá desde logo:

a) A isenção do imposto da sisa e da contribuição predial, exceptuando-se apenas os imóveis arrendados, pela parte correspondente a esse arrendamento;

(...)

A referência à contribuição predial deve ser entendida, na sequência da aprovação do Decreto-Lei nº 442-C/88, de 30 de Novembro, como feita à contribuição autárquica uma vez que esta "é um imposto que veio substituir a contribuição predial" .

A conjugação do disposto no artigo 46º, nº 2, da Lei do Património Cultural Português, e no artigo 12º, nº 1, do CCA, revelam – segundo creio -, a necessidade da isenção relativa ao imposto da sisa e da contribuição autárquica dever ser reportada à preocupação de defesa do património e sua adequada salvaguarda. Os benefícios fiscais previstos nada mais são, portanto, do que a consagração de parte dos "regimes fiscais apropriados" a este fim que o Governo deveria promover nos termos do já mencionado disposto no artigo 46º, nº 1, da Lei nº 13/85, de 6 de Julho.

A razão de ser desta discriminação positiva não parece ser de difícil enunciação. Como explica o acórdão nº 403/89 do Tribunal Constitucional, atrás citado, "na economia da Lei nº 13/85, o património cultural, constituído por bens materiais, móveis e imóveis, e por bens imateriais, é objecto de especiais medidas de salvaguarda e valorização; esta especial atenção das autoridades públicas incide, quanto aos bens materiais, sobre aqueles que tenham sido objecto de classificação. Sobre os proprietários dos bens classificados impendem obrigações qualificadas, todos elas de alguma forma der-

rogatórias do regime comum do direito de propriedade, em contrapartida do que a Lei prevê a adopção pelos poderes públicos de medidas diferenciadas de conservação e valorização" . São as limitações (ou derrogações, como lhe chama o acórdão) ao direito de propriedade que fundamentam a consagração dos benefícios fiscais relativos à sisa e à contribuição autárquica.

Sendo esta a ratio do preceito importa compreender o que distingue a classificação de conjunto das classificações de monumento nacional, de imóvel de interesse público e de imóvel de valor municipal para apurar se constituem categorias a que devem corresponder diferentes regimes jurídicos aplicáveis, designadamente em termos tributários, ou se, pelo contrário, inexistem razões para um distinto tratamento fiscal.

Como deixei exposto, a classificação consagrada pela Lei nº 13/85, de 6 de Julho, distingue entre monumentos, conjuntos e sítios (artigo 7º, nº 2, 1ª parte, e artigo 8º, nº 1), acrescentando a possibilidade de serem classificados de interesse internacional, nacional, regional ou municipal (artigo 7º, nº 2) .

Então, conjugando as disposições contidas nos artigos 7º, nº 2 e 8º, da Lei nº 13/85, de 6 de Julho, temos que, esquematicamente, os bens imóveis podem ser classificados em:

- Monumentos de interesse internacional (1), nacional (2), regional (3) ou municipal (4);
- Conjuntos de interesse internacional (5), nacional (6), regional (7) ou municipal (8);
- Sítios de interesse internacional (9), nacional (10), regional (11) ou municipal (12).

O universo dos bens materiais imóveis que, pelo seu valor histórico, artístico, científico, social e técnico, integram o património arquitectónico de Portugal compreende todos os bens materiais imóveis de natureza arquitectónica de interesse cultural, classificados segundo as leis em vigor, e conforme a acepção da Convenção de Granada de 1985, integrada na ordem jurídica portuguesa através do Decreto do Presidente da República n.º 5/91, de 23 de Janeiro. Com efeito, a Convenção para a Salvaguarda do Património Arquitectónico da Europa dispõe, no seu artigo 1º,

Definição do Património Arquitectónico
Artigo 1º

Para os fins da presente Convenção, a expressão "património arquitectónico" é considerada como integrando os seguintes bens imóveis:

1) Os monumentos: todas as construções particularmente notáveis pelo seu interesse histórico, arqueológico, artístico, científico, social ou técnico, incluindo as instalações ou os elementos decorativos que fazem parte integrante de tais construções;

2) Os conjuntos arquitectónicos: agrupamentos homogéneos de construções urbanas ou rurais, notáveis pelo seu interesse histórico, arqueológico, artístico, científico, social ou técnico, e suficientemente coerentes para serem objecto de uma delimitação topográfica;

3) Os sítios: obras combinadas do homem e da natureza, parcialmente construídas e constituindo espaços suficientemente característicos e homogéneos para serem objecto de uma delimitação topográfica, notáveis pelo seu interesse histórico, arqueológico, artístico, científico, social ou técnico.

Relativamente às medidas previstas para assegurar a protecção e a valorização do património arquitectónico atente-se no disposto nos artigos 3º e 6º:

Processos Legais de Protecção
Artigo 3.º

As Partes comprometem-se:

1) A implementar um regime legal de protecção do património arquitectónico;

2) A assegurar, no âmbito desse regime e de acordo com modalidades próprias de cada Estado ou região, a protecção dos monumentos, conjuntos arquitectónicos e sítios.

Medidas Complementares
Artigo 6.º

As Partes comprometem-se a:

1) Prever, em função das competências nacionais, regionais e locais, e dentro dos limites dos orçamentos disponíveis, um apoio financeiro dos poderes públicos às obras de manutenção e restauro do património cultural situado no respectivo território;

2) Recorrer, se necessário, a medidas fiscais susceptíveis de facilitar a conservação desse património;

(...)

A protecção do património arquitectónico implica a adaptação dos regimes legais nacionais e pode compreender, como medida complementar, medidas especiais de natureza fiscal. Estes instrumentos, como é bom de ver, visam a salvaguarda de todo o património arquitectónico – monumentos, conjuntos e sítios. Reduzir os benefícios fiscais à categoria monumentos não encontra justificação no quadro normativo vigente em matéria de património cultural nem, certamente, na própria natureza das coisas. Note-se, pois, que um prédio integrado num conjunto não deixa, pelo facto de não ter sido individualmente referido, de estar classificado. O que é relevado, no que diz respeito aos conjuntos, é a homogeneidade e a coerência do agrupamento. Mas a necessidade de salvaguardar o conjunto não é, certamente, menor do que a urgência em preservar a individualidade; nem, tão pouco, a importância cultural do grupo de edifícios fica prejudicada pela não classificação individual de cada imóvel.

B
A Zona Classificada de Angra do Heroísmo

Em face do acórdão nº 403/89 do Tribunal Constitucional – e da declaração de inconstitucionalidade de diversas normas da Lei nº 13/85, de 6 de Julho, no que respeita à sua aplicação aos Açores – poder-se-ia pensar que o Decreto-Lei nº 408/78, de 19 de Dezembro, manteria a sua vigência na Região Autónoma dos Açores, uma vez que "a declaração de inconstitucionalidade (...) produz efeitos retroactivamente, ex tunc (...)" e o efeito prático é, quase sempre, "o carácter declarativo de nulidade da norma inconstitucional" e, portanto, a repristinação do diploma que as normas declaradas inconstitucionais haviam revogado. No caso em apreço, porém, há grande dificuldade em aceitar a vigência simultânea de parte da Lei nº 13/85, de 6 de Julho, e do diploma que esta veio revogar .

Os termos do agrupamento em categorias - internacional, nacional, regional e municipal - dos bens imóveis classificados foram remetidos para posterior regulamentação, como resulta da leitura do nº 2 do artigo 7º.

O Decreto Regional nº 13/79/A, de 16 de Agosto, definiu o património cultural da Região Autónoma dos Açores e estabeleceu as normas relativas à sua protecção. Por

outro lado, atribuiu à Secretaria Regional de Educação e Cultura competência para promover a classificação de bens do património cultural da Região como bens de interesse público e como bens concelhios. Transcreve-se a parte relevante do artigo 5º deste diploma:

Artigo 5º

1. Poderão ser classificados como de interesse público os bens móveis e imóveis, individualmente ou em conjunto:

2. Aos imóveis classificados como de interesse público poderá ser atribuído o título de monumento regional, quando se revestir de interesse artístico ou histórico especialmente relevante para a Região.

(...)

No que diz respeito à zona central de Angra do Heroísmo, a classificação como monumento regional ocorreu mediante a aprovação do Decreto Legislativo Regional nº 15/84/A, de 13 de Abril. Este diploma define, igualmente, um conjunto de medidas de protecção e valorização urbanística, e cria o Gabinete da Zona Classificada de Angra do Heroísmo (cuja regulamentação foi concretizada pelo Decreto Regulamentar Regional nº 26/87/A, de 26 de Agosto).

Importa, para finalizar, lembrar que, nos termos do disposto no seu artigo 60º, a Lei nº 13/85 salvaguardou as classificações existentes à data da sua entrada em vigor ao assegurar expressamente que "mantém-se em vigor todos os efeitos decorrentes de anteriores classificações de bens culturais imóveis (...)".

C
O regime fiscal aplicável

Do que fica exposto, não pode deixar de se concluir que, ao classificar a zona central de Angra do Heroísmo como monumento regional, o artigo 5º do Decreto Regional nº 13/79/A, de 16 de Agosto, procedeu à classificação, em conjunto, dos imóveis que o integram como imóveis de interesse público. Com efeito, o texto legal é claro ao referir-se à classificação dos imóveis em conjunto – e não à classificação de um conjunto de imóveis.

O legislador consagrou, pois, a solução mais justa, e também a mais lógica.

A não ser assim, a protecção dos conjuntos apareceria como um instrumento enfraquecido relativamente à defesa de um só imóvel classificado; ou, por outras pala-

vras: o ordenamento jurídico teria consagrado a tese de que era mais importante beneficiar (fiscalmente) a preservação de um só imóvel classificado, do que um amplo conjunto homogéneo de construções notáveis pelo seu interesse histórico, arqueológico, artístico, científico, social ou técnico, e suficientemente coerentes para serem objecto de uma delimitação topográfica.

Em face desta conclusão, nada mais resta senão retirar que, para efeitos fiscais - e, designadamente, nos termos do disposto no artigo 12º, do CCA – todos os imóveis situados na Zona Classificada de Angra do Heroísmo, estão isentos do pagamento de contribuição autárquica porquanto são imóveis de interesse público classificados ao abrigo do regime jurídico do património cultural português.

Acrescente-se, porém, que se se houvesse concluído que os prédios integrados em conjuntos não beneficiavam da mencionada isenção, ter-se-ia que afirmar que os prédios urbanos integrados em zonas classificadas deveriam beneficiar de isenção do pagamento de contribuição autárquica e, em consequência, recomendar-se-ia a consagração legislativa desta solução. Mas, como foi explicado, esta isenção já existe e, como tal, deve ser reconhecida.

No que concerne à questão do imposto de sisa, chamo a atenção para a necessidade de ser consagrada, em sede fiscal, a isenção prevista no artigo 46º, nº 2, alínea a), da Lei nº 13/85, de 6 de Julho. A razão de ser é, grosso modo, a mesma apresentada a propósito da contribuição autárquica.

Por fim, e em face dos interesses em presença - em especial a necessidade de protecção dos imóveis que integram o património arquitectónico "notáveis pelo seu interesse histórico, arqueológico, artístico, científico, social ou técnico, e suficientemente coerentes para serem objecto de uma delimitação topográfica" (cf. artigo 1º da Convenção para a Salvaguarda do Património Arquitectónico da Europa) -, julgo fazer todo o sentido defender a utilidade de serem previstas isenções condicionadas ao cumprimento, por parte dos respectivos proprietários, de obrigações relacionadas com a conservação e valorização dos imóveis classificados. Deste modo, ao benefício fiscal corresponderá uma efectiva contrapartida em favor do património cultural classificado.

III
Conclusões

Pelas razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no artigo 20º, nº 1, alínea b), da Lei nº 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

A. Que seja sancionado o entendimento constante da presente Recomendação nos termos do qual a isenção prevista no artigo 12º, nº 1, do CCA, é aplicável aos imóveis integrados em conjuntos classificados;

B. Que seja assegurada a divulgação deste entendimento junto das repartições de finanças das áreas de situação dos prédios integrados em conjuntos classificados e, em especial, junto da Repartição de Finanças do Concelho de Angra do Heroísmo;

C. Que seja desencadeado o mecanismo legislativo tendente à consagração da isenção do pagamento de imposto de sisa que tributa as transmissões de imóveis integrados em conjuntos classificados;

D. Que seja ponderada a alteração do regime fiscal aplicável aos imóveis classificados, por forma a serem criados benefícios fiscais condicionados ao cumprimento, por parte dos proprietários dos bens classificados, de obrigações relacionadas com a conservação e valorização dos respectivos imóveis.

Recomendação não acatada

Economia e Emprego

Ao
Exm.º Senhor
Director Regional da Juventude, Emprego e Formação Profissional

R-4055/98
Rec. n.º 20/A/99
1999.04.13

I
Introdução

Em 30/09/98, foi aberto processo na Extensão da Provedoria de Justiça da Região Autónoma dos Açores em virtude de reclamação relativa à situação jurídico-laboral da senhora D. G. C., Auxiliar de Acção Educativa na EB/JI de Nossa Senhora da Conceição ao abrigo do Programa de Ocupação de Adultos (P.R.O.S.A.). Nos termos da queixa, a interessada terá trabalhado ininterruptamente durante dois anos e seis meses (ao abrigo, primeiro, de um programa MEFE e, agora, de um programa PROSA) sem gozar quaisquer dias de férias.

O acordo de actividade ocupacional da interessada, após prorrogação, terá terminado em 30/09/98.

No âmbito da instrução do processo aberto na Extensão da Região Autónoma dos Açores deste Órgão do Estado foram obtidas informações sobre o reconhecimento do direito a férias dos trabalhadores a exercer funções ao abrigo de programas de ocupação de adultos ou de medidas de fomento ao emprego.

A coberto do ofício supra referido, V.Exa. prestou os seguintes esclarecimentos:

"O programa Medidas Especiais de Fomento do Emprego - MEFE, foi criado pela Resolução nº 125/93, de 11 de Novembro, alterada pelas Resoluções nº 102/94, de 18 de Agosto e nº 229/95, de 28 de Dezembro, e é regulamentado pelo Despacho Normativo nº 68/94, de 17 de Fevereiro, alterado pelo Despacho Normativo nº 54/96, de 15 de Fevereiro.

O Programa Social de Ocupação de Adultos - PROSA, foi criado pela Resolu-

ção nº 29/97, de 13 de Março e é regulamentado pelo Despacho Normativo nº 74/97, de 13 de Março, alterado pelos Despacho Normativos nº 80/97, de 3 de Abril e nº 119/97, de 30 de Maio.

Em ambos os casos, trata-se de programas ocupacionais que proporcionam a ocupação de desempregados em actividades ocupacionais de interesse colectivo, realizadas no âmbito de projectos apresentados pelas entidades promotoras.

Nestes termos, e ainda de acordo com a regulamentação acima referida, a actividade ocupacional não pode consistir no preenchimento de postos de trabalho existentes, além de que a mesma não gera nem titula relações de trabalho subordinado, caducando com o termos do projecto apresentado.

Face ao exposto, os desempregados inseridos nos programas MEFE e PROSA, não beneficiaram nem beneficiam dos direitos dos trabalhadores, pelo que não lhes é reconhecido o direito a férias".

II
Exposição de Motivos

Importa, desde já, delimitar os parâmetros normativos da presente análise.

As medidas especiais de fomento do emprego, abreviadamente designadas por MEFE, constituem um programa de formação e de ocupação de desempregados, promovido pelo Governo Regional, tendo sido criadas pela Resolução nº 125/93, de 11 de Novembro (alterada pelas Resoluções nºs 102/94, de 18 de Agosto, e 229/95, de 28 de Dezembro) e regulamentadas pelo Despacho Normativo nº 68/94, de 17 de Fevereiro, (alterado pelos Despachos Normativos nºs 10/95, de 12 de Janeiro, e 54/96, de 15 de Dezembro).

O programa integra duas medidas: a medida 1, de ocupação de desempregados, e a medida 2, de formação profissional pré-qualificante. A primeira visa "proporcionar aos desempregados de longa duração, aos desempregados sazonais e aos jovens candidatos ao primeiro emprego uma actividade ocupacional, que permita a satisfação de necessidades de interesse colectivo ou incentive a criação de futuros empregos" (nº 2 da Resolução nº 125/93, de 11 de Novembro). A segunda "visa conferir formação profissional pré-qualificante aos jovens candidatos ao primeiro emprego, com o objectivo de promover uma mais fácil inserção no mundo do trabalho e uma melhor perspectivação do seu futuro profissional" (nº 3).

Nos termos do disposto no nº 4 da Resolução nº 125/93, de 11 de Novembro,

na redacção conferida pela Resolução nº 229/95, de 28 de Dezembro, "podem apresentar projectos para apoio, no âmbito do programa, entidades públicas ou privadas, de acordo com a seguinte ordem de preferência:

a) Instituições Particulares de Solidariedade Social;

b) Associações;

c) Autarquias Locais;

d) Serviços e organismos da Administração pública;

e) Cooperativas;

f) Empresas Públicas".

O regulamento do programa MEFE foi aprovado pelo Despacho Normativo nº 68/94, de 17 de Fevereiro. Nos termos do disposto no artigo 5º, alínea c), constitui dever do promotor "facultar aos formandos o acesso aos benefícios e equipamentos sociais que sejam compatíveis coma acção frequentada e com a sua duração". Por outro lado, os participantes são beneficiários de contrato de seguro de acidente de trabalho ou de acidentes pessoais (artigo 7º).

No que concerne à medida 1 do MEFE, os projectos devem incluir a descrição do projecto [alínea a) do artigo 12º], o número de desempregados a ocupar [alínea b)], a localização [alínea c)] e o prazo de duração [alínea d)]. A participação nesta medida especial de fomento do emprego é titulada por um contrato de ocupação temporária de desempregado (artigo 13º, nº 1) que contém, como conteúdo obrigatório, o "horário e termo inicial da ocupação" [alínea d) do artigo 13º]. Nos termos do nº 3, "o contrato de ocupação temporária de desempregado não gera nem titula relações de trabalho subordinado e caduca com o termo do projecto no âmbito do qual foi celebrado".

Note-se o disposto no artigo 10º do Despacho Normativo nº 68/94, de 17 de Fevereiro, na redacção dada pelo Despacho Normativo nº 54/96, de 15 de Fevereiro, que dispõe assim:

Artigo 10º
Destinatários

1. A Medida 1 - Ocupação de desempregados, tem como destinatários os desempregados que preencham os seguintes requisitos:

a) Estejam inscritos nos centros de emprego da Região há mais de 60 dias;

b) Não tenham estado ocupados um ano completo no MEFE;

c) Não sejam beneficiários do subsídio de desemprego ou do subsídio social de desemprego.

2. O requisito constante da alínea b) não é exigido no caso de deficientes, e pode ser dispensado no caso de outras situações consideradas especiais, designadamente as de natureza sócio-económica, mediante autorização do Secretário Regional da Juventude, Emprego, Comércio, Indústria e Energia.

No âmbito da medida 2, os projectos devem preencher os requisitos exigidos para as acções cofinanciadas pelo Fundo Social Europeu (artigo 19º, nº 2). É celebrado um contrato de formação, (artigo 20º, nº 1), que contém, igualmente como conteúdo obrigatório, a "duração e local de realização do curso de formação" [alínea c) do artigo 20º]. Nos termos do nº 3, "o contrato de formação não gera nem titula relações de trabalho subordinado e caduca com a conclusão, desistência ou exclusão do curso de formação para que foi celebrado".

O Programa Social de Ocupação de Adultos (ou PROSA), foi criado pela Resolução nº 29/97, de 13 de Março, e é regulamentado pelo Despacho Normativo nº 74/97, de 13 de Março, alterado pelos Despachos Normativos nº 80/97, de 3 de Abril, nº 81/97, de 10 de Abril, e nº 119/97, de 30 de Maio.

A criação deste programa social de ocupação de adultos teve em consideração "(...) a necessidade de introduzir um certo número de regalias sociais no âmbito dos programas ocupacionais, tendo em vista uma maior justiça social" (cf. preâmbulo da Resolução nº 29/97, de 13 de Março) e visou, entre outros, os seguintes objectivos:

a) O desenvolvimento de actividades que facilitassem aos desempregados o ingresso num emprego estável [nº 2, alínea a)];

b) Uma mais fácil integração na vida activa através de uma formação básica [alínea b)];

c) A satisfação de necessidades colectivas [alínea c)].

Os desempregados inseridos em projectos ocupacionais ficam obrigatoriamente abrangidos pelo regime geral da segurança social dos trabalhadores por conta de outrem e por um seguro de acidentes de trabalho (nº 5).

Competia ao Secretário Regional da Educação e Assuntos Sociais regulamentar, através de despacho, a execução do PROSA (nº 6). Este desígnio foi cumprido através do Despacho Normativo nº 74/97, de 13 de Março. Nos termos do artigo 2º, nº 1, define-se actividade ocupacional como "a ocupação temporária de desempregados em tarefas que satisfaçam necessidades colectivas"; e o nº 2 dispõe que "a actividade ocasi-

onal não pode consistir no preenchimento de postos de trabalho existentes".

Nos termos do artigo 3º, as actividades ocupacionais são realizadas no âmbito de projectos a promover por entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos, nomeadamente:

a) Entidades de solidariedade social;

b) Autarquias;

c) Serviços públicos.

São destinatários do PROSA os desempregados inscritos nos centros de emprego há mais de doze meses, que não tenham direito às prestações de desemprego, ou que já tenham terminado os respectivos períodos de concessão (artigo 4º, nº 1). Por outro lado, é considerada prioritária a ocupação de desempregados deficientes e de desempregados com idade igual ou superior a 45 anos (nº 2) .

Sobre o procedimento de apresentação dos processos rege o artigo 6º que dispõe que "(...) são instruídos com descrição do projecto, número de desempregados a ocupar, localização, prazo de duração do projecto e termo de responsabilidade do promotor" (nº 2).

As relações entre os desempregados ocupados e as entidades promotoras são tituladas por um acordo de actividade ocupacional (artigo 7º, nº 1), do qual constará a duração da actividade [alínea c)]. O nº 4 do deste artigo 7º dispõe expressamente que "o acordo de actividade ocupacional não gera nem titula relações de trabalho subordinado, caducando com o termo do projecto no âmbito do qual foi celebrado".

Note-se o teor do nº 2 do artigo 8º:

2. A violação de qualquer obrigação por parte do desempregado ocupado ou pelo promotor que, nos termos das relações de trabalho subordinado pudesse fundamentar a rescisão do contrato, confere ao lesado a faculdade de obter a cessação do acordo mediante parecer favorável da Direcção Regional do Emprego.

Pela relevância que assume para o presente estudo recorde-se que a duração dos projectos de actividades ocupacionais não pode exceder doze meses (artigo 9º, nº 1), e que apenas se permite a prorrogação, nos termos do nº 2, "(...) até ao limite máximo de seis meses, mediante solicitação fundamentada das entidades promotoras, com uma antecedência de 30 dias em relação ao termo de execução do projecto". Acresce que findo o acordo inicial (ou a renovação, quando for o caso) a entidade promotora não pode celebrar contrato da mesma natureza e com o mesmo objecto com o respecti-

vo desempregado, antes de decorrido o prazo de seis meses (nº 4).

Os desempregados inseridos nos projectos ocupacionais ficam obrigatoriamente abrangidos pelo regime geral de segurança social dos trabalhadores por conta de outrem (artigo 11º, nº 1) e são abrangidos por um seguro de acidentes de trabalho a contratar pelas entidades promotoras e cujos encargos são por elas suportados (artigo 12º)

O nº 2 do artigo 13º dispõe que "o trabalhador ocupado dispõe de dois dias por mês para efectuar diligências de procura de emprego, devendo comprovar a efectivarão das mesmas, sem prejuízo do direito de descanso semanal legalmente estabelecido".

Do que fica exposto podem extrair-se as seguintes conclusões relativamente aos programas em análise:

1ª As medidas especiais de fomento do emprego (MEFE) e o Programa Social de Ocupação de Adultos (PROSA) são programas ocupacionais de desempregados;

2ª São celebrados contratos de ocupação temporária e contratos de formação (MEFE) ou acordos de actividade ocupacional (PROSA).

3ª Não podem ser preenchidos postos de trabalho já existentes.

4ª Os acordos celebrados não consubstanciam contratos de trabalho subordinado;

5ª Os acordos vigoram pelo tempo do respectivo projecto;

6ª Está predefinida a duração máxima dos programas;

7ª Os beneficiários dos programas ocupacionais estão abrangidos pelo regime geral de segurança social dos trabalhadores por conta de outrem;

8ª Os desempregados estão, igualmente, abrangidos por um seguro de acidentes de trabalho ou de acidentes pessoais.

A interessada no presente processo apresentou uma reclamação ao Provedor de Justiça em virtude da circunstância de ter trabalhado ininterruptamente durante dois anos e seis meses, ao abrigo de programas ocupacionais, sem ter gozado quaisquer dias de férias, uma vez que, como ficou atrás exposto, aos desempregados inseridos nos programas MEFE e PROSA não tem sido reconhecido o direito a férias.

A questão submetida à minha apreciação é pois tão somente a de averiguar se a assinatura de contratos de ocupação temporária, contratos de formação ou acordos de actividade ocupacional confere aos beneficiários o direito a férias.

Se o objecto da presente análise fosse o exercício do direito de férias remune-

radas pela senhora D. G. C., então dever-se-ia concluir, em face do quadro normativo exposto, pela improcedência da queixa. Com efeito, como resulta da descrição do respectivo regime jurídico, o legislador, ao disciplinar os programas ocupacionais MEFE e PROSA, afastou, intencional e expressamente, a aplicabilidade das regras próprias dos contratos de trabalho subordinados.

Reforça este entendimento a referência aos benefícios relativos ao regime geral de segurança social dos trabalhadores por conta de outrem e aos seguros de acidentes de trabalho ou de acidentes pessoais. Estes mecanismos de protecção dos trabalhadores - e apenas estes - são extensivos aos beneficiários dos programas ocupacionais, e somente na medida em que o legislador previu expressamente a sua consagração. A contrario, não posso deixar de concluir que o legislador quis afastar a aplicabilidade do regime geral das férias aos desempregados ocupados nas actividades ocupacionais uma vez que, como é pacífico na jurisprudência e na doutrina, "(...) na determinação do sentido prevalecente da Lei, deverá o intérprete presumir que o legislador soube exprimir o seu pensamento em termos adequados e que consagrou as soluções mais acertadas (artigo 9º, nº 3, do Código Civil)" .

Não é difícil constatar que a inaplicabilidade do regime geral das férias, e a não consagração de um regime específico de férias, resultam da própria natureza dos acordos que o MEFE e o PROSA geram: contratos de ocupação pelo tempo necessário à execução dos projectos aprovados. Não faz sentido, pois, que o desempregado venha a beneficiar de um período de férias remuneradas durante a execução do projecto previamente aprovado.

Não obstante, o exemplo trazido à colação pela interessada no presente processo revela a existência de situações em que a sucessão de vínculos criados no âmbito de programas ocupacionais diferentes, ou de diferentes projectos no âmbito do mesmo programa, se traduzem em períodos de ocupação contínua superiores aos humanamente toleráveis . É por esta razão que, na presente situação, o argumento de que a interessada não tem direito a um período de paragem de laboração ao fim de um ano de trabalho porquanto é desempregada integrada em actividades ocupacionais não pode colher: na prática, a senhora D. G. C. foi uma Auxiliar de Acção Educativa na EB/JI de Nossa Senhora da Conceição, e não uma desempregada esporadicamente ocupada.

Não obstante entender-se - como propendo a entender - que a interessada não tinha direito a férias, parece abusivo concluir que aos beneficiários dos programas ocupacionais MEFE e PROSA não é reconhecido o direito ao repouso consagrado no artigo 59º, nº 1, alínea d), da Constituição da República. Este direito, como referem GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, enquadra-se nos "direitos análogos aos direitos, liberdades e garantias" e é um dos "direitos fundamentais derivados" beneficiando, por este facto, do regime específico dos direitos, liberdades e garantias (artigo 17º, da Constituição).

Acresce que neste particular domínio resulta do artigo 59º, nº 2, alínea b), da Constituição, que incumbe ao Estado assegurar as condições de trabalho, retribuição e repouso a que os trabalhadores tem direito, nomeadamente a fixação a nível nacional dos limites da duração do trabalho. Ora, no caso em apreço, é bem menos relevante a qualificação jurídica do vínculo no âmbito do qual a interessada presta serviço do que os efectivos termos em que a laboração ocorre. Se a senhora D. G. C. desempenhou as mesmas tarefas, esteve sujeita a igual horário de trabalho e se encontrou-se submetida a idênticos poderes de direcção que as restantes auxiliares de acção educativa da EB/JI de Nossa Senhora da Conceição, deveria ter beneficiado dos direitos cuja aplicabilidade não é naturalmente afastada pelo facto de ter sido admitida ao abrigo de um programa de ocupação de desempregados.

O direito ao repouso visa proporcionar a recuperação dos trabalhadores do desgaste provocado pelo esforço físico e psicológico inerente ao desempenho profissional. Neste contexto, é absolutamente injustificada qualquer discriminação fundada na desigualdade dos vínculos jurídicos que ligam as diferentes auxiliares de acção educativa à EB/JI de Nossa Senhora da Conceição. Aliás, este raciocínio é extensível ao direito à organização do trabalho em condições socialmente dignificantes [artigo 59º, nº 1, alínea b), da Constituição], e ao direito à prestação do trabalho em condições de higiene, segurança e saúde [artigo 59º, nº 1, alínea c)]. Neste domínios, qualquer discriminação fundada nas diferenças de vínculo jurídico que titulam as relações laborais é ilegítima, por ausência de elementos que objectivamente a justifiquem.

Diferentemente, o direito à retribuição do trabalho não pode significar, quanto aos desempregados contratados ao abrigo de programas ocupacionais, uma equivalência relativamente aos demais trabalhadores da Administração. Nesta situação, é justificada a desigualdade de tratamento, a qual é fundada nos objectivos principais da ocupação dos desempregados: a satisfação de necessidades de interesse colectivo, a (futura) cria-

ção de empregos, a formação básica propiciadora de integração na vida activa, o (futuro) ingresso num emprego estável.

Neste contexto, importa mencionar, como factores de discriminação legítimos , o carácter temporário dos programas ocupacionais - no caso do PROSA a duração dos projectos não pode exceder doze meses, permitindo-se apenas a prorrogação até ao limite máximo de seis meses -, e a sua natureza de actividade ocupacional ou pré-qualificante - no caso da medida 1 os destinatários não podem ter estado anteriormente ocupados um ano completo no MEFE. Ora, não permitir, por um lado, que os programas ocupacionais excedam determinada duração e tolerar, paralelamente, que no mesmo posto de trabalho uma pessoa esteja ocupada durante um período ilimitado de tempo em virtude da celebração de diferentes contratos de ocupação temporária é, para além de um contra-senso, uma clara situação de fraude à Lei.

Dito isto, compreende-se que a interessada, terminado um dos projectos de ocupação temporária, não tenha optado por exercer o reclamado direito ao repouso antes de retomar o lugar. É que tal circunstância teria implicado, com toda a probabilidade, a colocação de um outro desempregado no lugar, possivelmente ao abrigo dos mesmos programas ocupacionais.

É a desproporção evidente entre a possibilidade do exercício do direito ao repouso, por um lado, e a susceptibilidade da perda do posto de trabalho, por outro, que leva à intervenção do Provedor de Justiça na presente situação.

Parece-me que a paragem de laboração da senhora D. G. C. constituía um direito que deveria ter sido reconhecido pela Administração, sem que tal implicasse a exclusão da desempregada do programa no qual estava integrada.

III
Conclusões

Em face do regime jurídico dos programas ocupacionais MEFE e PROSA, e em especial da circunstância de ter sido expressamente afastada a aplicabilidade das regras próprias dos contratos de trabalho subordinados, não assistia à senhora D. G. C. o direito a férias remuneradas.

Porém, está documentada a existência de situações de ocupação contínua prolongada, em virtude da celebração de mais do que um contrato no âmbito de diferentes programas ocupacionais, ou de diferentes projectos no âmbito do mesmo programa.

A interessada foi, na prática laboral diária, uma Auxiliar de Acção Educativa na EB/JI de Nossa Senhora da Conceição, e não uma desempregada ocupada num projecto de duração limitada.

À senhora D. G. C., bem como aos beneficiários dos programas ocupacionais MEFE e PROSA que se encontrem em condições análogas, deveria ter sido reconhecido o direito ao repouso, consagrado no artigo 59º, nº 1, alínea d), da Constituição da República, indispensável à recuperação do desgaste provocado pelo esforço físico e psicológico do respectivo desempenho profissional.

Em face das especificidades próprias dos programas MEFE e PROSA, e das suas características de actividades ocupacionais ou pré-qualificantes, o recomendado reconhecimento do direito ao repouso não confere o direito à retribuição em tempo de férias.

Como forma de tornar efectivo o mencionado direito ao repouso deve ser assegurada a continuação da vigência dos contratos de ocupação temporária ou dos acordos de actividade ocupacional após o gozo dos respectivos períodos de descanso.

O acordo de actividade ocupacional da interessada, após prorrogação, terá terminado em 30/09/98. No mesmo dia este processo foi aberto na Extensão da Provedoria de Justiça da Região Autónoma dos Açores, uma vez que só nessa data foi recebida a mencionada reclamação. A probabilidade da instrução do processo em nada aproveitar à interessada não desmotivou a formulação da presente recomendação uma vez que outros beneficiários do MEFE e PROSA podem encontrar-se em situação idêntica.

Pelas razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no artigo 20º, nº 1, alínea a), da Lei nº 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

A. Que aos beneficiários dos programas MEFE e PROSA que, em virtude de sucessivos vínculos criados no âmbito de programas ocupacionais diferentes, ou de diferentes projectos no âmbito do mesmo programa, estejam continuamente ocupados, seja reconhecido o direito ao repouso, consagrado no artigo 59º, nº 1, alínea d), da Constituição da República, indispensável à recuperação do desgaste provocado pelo esforço físico e psicológico do respectivo desempenho profissional.

B. Que, como forma de tornar efectivo o mencionado direito ao repouso, seja assegura-

da a continuação da vigência dos contratos de ocupação temporária ou dos acordos de actividade ocupacional após o gozo dos respectivos períodos de descanso.

Recomendação acatada

Direitos dos Consumidores

Ao
Exm.º Senhor
Presidente do Conselho de Administração da SATA
Air Açores

R-546/98
Rec. n.º 17/A/99
1999.03.05

I
Introdução

Em 11/02/98, foi dirigida uma reclamação ao Provedor de Justiça relativa às viagens aéreas supra identificadas [voos Stª Maria - Ponta Delgada (SP108) e Ponta Delgada - Lisboa (TP 192) e Stª Maria - Ponta Delgada (SP1021) e Ponta Delgada - Lisboa (TP 196)], na qual era interessado o Senhor A. M. Nos termos da queixa:

a) O interessado adquiriu, no balcão da SATA Air Açores em Vila do Porto, dois bilhetes para os percursos Santa Maria - Ponta Delgada (SP108) e Ponta Delgada - Lisboa (TP 192). Estes voos não se realizaram em virtude de factores meteorológicos;
b) O Senhor A. M alterou, então, a reserva no balcão da SATA Air Açores para os trajectos Santa Maria - Ponta Delgada (SP1021) e Ponta Delgada - Lisboa (TP 196);
c) Em Ponta Delgada e quando pretendia fazer o check-in (TP 196), o Senhor A. M foi informado de que não constava (nem, tão pouco, o acompanhante) da lista de passageiros, apesar de no balcão da SATA Air Açores do aeroporto João Paulo II terem confirmado que as reservas se encontravam asseguradas;

d) Em consequência dos protestos, foi, primeiro, emitido um cartão de embarque para duas pessoas (o interessado deveria viajar com o seu acompanhante ao colo) e, seguidamente, proposto que o filho viajasse partilhando o lugar com outra criança. Ambas as sugestões foram recusadas;

e) Uma vez que a bagagem estava já embarcada, houve necessidade de a retirar do porão do avião. Não obstante, um volume seguiu para o destino e só foi levantado no dia seguinte, em Lisboa, na secção de perdidos e achados;

f) No balcão da SATA Air Açores foi feita, então, nova reserva, desta vez para o voo TP 1961;

g) Em virtude dos factos atrás descritos, o Senhor A. M e o seu filho viram-se obrigados a permanecer em Ponta Delgada mais de 24 horas;

h) No dia seguinte, o interessado verificou que na lista de passageiros do voo TP 1961 existente nos escritórios da TAP Air Portugal de Ponta Delgada não constava o seu nome e o do seu filho. No escritório da SATA Air Açores foi prestada a informação de que o TP 1961 não constava do computador;

i) Então, e porque havia disponibilidade de lugares, o Senhor A. M adquiriu passagens para o TP 1961.

Por forma a permitir a instrução do respectivo processo foi pedido aos senhores Presidentes dos Conselhos de Administração da SATA Air Açores e da TAP Air Portugal que se pronunciassem relativamente aos factos reclamados (cf. ofícios nºs 205 e 206, respectivamente, ambos de 16/02/98).

A SATA Air Açores respondeu a coberto do ofício nº 37.SD.98, de 20/03/98. Em suma, foram prestados os seguintes esclarecimentos:

1. A SATA Air Açores interveio na situação averiguada em três qualidades: agente de vendas, transportadora e agente de handling.

1.1. Na qualidade de agente de vendas a SATA Air Açores efectuou, em 24/09/97, reserva para dois passageiros (o Senhor A. M e o seu filho) para os seguintes voos:

Santa Maria - Ponta Delgada (12/12/97)

Ponta Delgada - Lisboa (12/12/97)

Lisboa - Terceira (04/01/98)

Terceira - Santa Maria (04/01/98)

1.2. Em 29/09/97, foram solicitadas alterações à reserva inicialmente pedida.

1.3. Em 10/10/97, foi solicitada nova alteração da data dos voos Santa Maria - Ponta Delgada (desta feita para 14/12/97) e Ponta Delgada - Lisboa (para 15/12/97).

1.4. A reserva confirmada era então a seguinte:

Santa Maria - Ponta Delgada (14/12/97 - 20,30 horas)

Ponta Delgada - Lisboa (15/12/97 - 06,40 horas)

Lisboa - Ponta Delgada (02/01/98 - 17,20 horas)

Terceira - Santa Maria (03/01/98 - 13,00 horas)

1.5. O voo Santa Maria - Ponta Delgada de 14/12/97 foi cancelado, por razões meteorológicas.

1.6. A reserva ficou, então, assim fixada:

Santa Maria - Ponta Delgada (15/12/97 - 12,20 horas)

Ponta Delgada - Lisboa (15/12/97 - 19,50 horas)

1.7. O voo TP 1961 não esteve aberto para venda no sistema da SATA Air Açores. Assim, não pode corresponder à verdade a afirmação de que o interessado fez reserva, no balcão da SATA Air Açores, para o voo TP 1961.

2. A SATA Air Açores, enquanto transportadora, assegurou o transporte dos passageiros no percurso Santa Maria - Ponta Delgada quando existiram as necessárias condições de segurança da operação, e permitiu a ligação ao voo da TAP Air Portugal para o qual os passageiros dispunham de reserva.

3. Enquanto agente de handling, a SATA Air Açores apenas aceita os passageiros para os voos TAP Air Portugal de acordo com a lista que é fornecida por esta companhia.

3.1. O caso em apreço configurou uma situação de passageiros no record (passageiros que tendo confirmação no bilhete não constam da lista de voo). A resolução destas situações é feita de acordo com orientações do pessoal da TAP Air Portugal que, no aeroporto João Paulo II, coordena e supervisiona a operação.

3.2. Nunca foi emitido um cartão de embarque para duas pessoas. Diferentemente, foi emitido um cartão de embarque para o Senhor A. M que, em determinada altura, terá aceitado viajar sozinho.

3.3. É possível que um dos volumes da bagagem do interessado não tenha sido retirado do avião, situação que ter-se-á ficado a dever à necessidade não atrasar o voo, por um lado, e à falta de colaboração do Senhor A. M, por outro.

Através o ofício nº 351/CA, de 26/03/98, a TAP Air Portugal prestou as se-

guintes informações a Órgão do Estado:

- O Senhor A. M. tinha reserva para o voo TP 192 e não se apresentou para o embarque;
- O interessado compareceu, mais tarde, ao voo TP 196 do mesmo dia para o qual não tinha reserva (cf. o §6 do ofício em causa acrescenta "(...) não existia qualquer reserva, em nome de A. M., para o referido voo TP196. Se no balcão da SATA AIR AÇORES lhe deram outra informação, então o passageiro deve esclarecer o assunto com essa entidade");
- O Senhor A. M. apenas foi chamado após a aceitação dos passageiros em lista de espera;
- Verificou-se, então, a existência de apenas um lugar disponível;
- Somente após a saída do voo TP196 é que foi efectuada reserva, pelo interessado e nos serviços da TAP Air Portugal, para o voo TP1961.

Em 17/03/98, foi remetida à Provedoria de Justiça uma comunicação na qual se dava conta de ter sido indeferido um pedido de facilidades de transporte apresentado pelo Senhor A. M. à SATA Air Açores. Importando apurar as circunstâncias relativas ao indeferimento do pedido de facilidades de transporte, foi a SATA Air Açores questionada (cf. ofício nº 720, de 26/06/98) sobre:

- Se os funcionários da empresa ANA, EP (e, designadamente, o Senhor A. M.) usufruíam de regalias na aquisição anual de passagens aéreas inter-ilhas;
- Se esse benefício era atribuído pela SATA Air Açores;
- As características dessa vantagem?
- Se essa regalia havia cessado relativamente ao Senhor A. M e, em caso afirmativo, por que motivo.

Em resposta, foi recebido o ofício nº 110A/SD/98, de 06/08/98, do senhor Chefe de Serviço de Marketing e Vendas da SATA Air Açores, cujo teor se transcreve:

"As chamadas facilidades de transporte constituem uma prática das companhias aéreas em relação aos colaboradores de outras companhias aéreas. Não se trata, porém, de uma obrigação, uma vez que nem todas as companhias as atribuem genericamente e, por outro lado, reservam-se sempre o direito de não conceder tais facilidades ou de as suspender em relação a outra companhia ou em relação a colaboradores dessa companhia que tenham procedimentos considerados incorrectos.

As facilidades de transporte não constituem pois direitos, são apenas uma defe-

rência de uma companhia aérea para com colaboradores de outra empresa do sector.

Considerando as relações entre a SATA como transportadora aérea e a ANA - Aeroportos e Navegação Aérea, E.P., a SATA concede aos colaboradores da ANA que sejam quadros dos aeroportos dos Açores, respectivos cônjuges e filhos menores, a possibilidade de efectuarem duas viagens anuais inter-ilhas com 50% de desconto e sem direito a reserva de lugar.

Em virtude dos comportamentos adoptados pelo Sr. A. M. difamando e denegrindo a imagem da SATA e insultando os colaboradores desta empresa, por proposta de alguns destes, foram suspensas as referidas facilidades de transporte em 18 de Dezembro de 1997.

Sobre a reclamação do Sr. A. M. sugere-se a V.Exa. que solicite à PSP do Aeroporto de Ponta Delgada cópia do registo (auto ou inquérito) que a mesma terá elaborado em relação aos incidentes com o referido passageiro".

II
Exposição de Motivos

Computados os factos relevantes para a presente instrução, importa analisar de per si as situações expostas para aferir da procedência das reclamações.

A
O Voo TP196

Como ficou dito, o interessado alegou ter alterado, no balcão da SATA Air Açores, a reserva para o voo Ponta Delgada - Lisboa (TP 196) em virtude do voo Santa Maria - Ponta Delgada (SP108) não se ter realizado por factores meteorológicos.

Em Ponta Delgada, no balcão da SATA Air Açores do aeroporto João Paulo II, foi prestada a informação que as reservas para o voo TP 196 se encontravam asseguradas. Não obstante, durante o check-in o interessado foi informado de que não constava (nem o acompanhante) da lista de passageiros.

A instrução do processo permitiu apurar, mediante o reconhecimento expresso da SATA Air Açores, ter sido efectuada reserva para o voo Ponta Delgada - Lisboa de 15/12/97, às 19,50 horas, o TP 196.

A contradição entre as informações prestadas pela SATA Air Açores - que admitiu que o interessado alterou a sua reserva relativa ao voo TP 192, em virtude do voo Santa Maria - Ponta Delgada de 14/12/97 ter sido cancelado por razões meteorológicas - e pela TAP Air Portugal - que afirmou que o Senhor A. M tinha reserva para o voo TP 192 e não se apresentou para o embarque -, permitem, desde logo, concluir que o Senhor A. M. não foi responsável pela situação de desconhecimento da TAP Air Portugal. Parece ser evidente a conclusão de que o desconhecimento resultou da deficiente (ou mesmo inexistente) comunicação estabelecida entre a SATA Air Açores e a TAP Air Portugal.

Por outro lado, a TAP Air Portugal afirmou que o interessado não tinha reserva para o voo TP196 ao qual compareceu. Uma vez mais, tal alegação está em flagrante contradição com afirmação da SATA Air Açores de ter sido efectuada reserva para o voo Ponta Delgada - Lisboa de 15/12/97 às 19,50 horas (o TP 196). Acresce que no processo em instrução na Provedoria de Justiça existem cópias de documentos que comprovam a reserva feita nos balcões SATA Air Açores para o voo TP 196. Impõe-se concluir que, também nesta situação, o Senhor A. M. não foi responsável pelo desconhecimento da TAP Air Portugal o qual, uma vez mais, terá resultado do deficiente funcionamento dos canais de comunicação estabelecidos entre as duas companhias aéreas.

B
O Voo TP1961

Relativamente ao voo TP 1961, o Senhor A. M. afirmou ter efectuado reserva em balcão da SATA Air Açores. Os factos apurados indiciam que o voo TP 1961 não esteve aberto para venda no sistema da SATA Air Açores (diferentemente do que sucedeu com o voo TP 196, não existem no processo em instrução na Provedoria de Justiça quaisquer comprovativos de que o interessado tivesse feito a reserva nos balcões SATA Air Açores para o voo TP 1961) e que tal afirmação não corresponde à verdade.

Ficou por apurar se a afirmação resultou de um equívoco do Senhor A. M. ou de lapso dos funcionários em serviço no balcão da SATA Air Açores. Esta última hipótese é, no entanto, pouco consistente, uma vez que ao fazer-se a reserva ter-se-ia constatado que o voo não se encontrava no sistema. É pois natural que a TAP Air Portugal afirme que somente após a saída do voo TP196 foi efectuada reserva, pelo interessado e nos serviços da TAP Air Portugal, para o voo TP1961.

No que concerne ao voo TP 1961 os elementos apurados não permitem assacar quaisquer responsabilidades às companhias aéreas envolvidas.

C
As Relações TAP-SATA

No âmbito do processo de inspecção à TAP Air Portugal actualmente em curso, foi possível apurar a existência de problemas de compatibilização dos sistemas informáticos da TAP Air Portugal e da SATA Air Açores. Com efeito, são diversos os relatos de situações de passageiros com reservas confirmadas para voos da TAP Air Portugal que adquiriram as passagens nos balcões da SATA Air Açores e que o sistema da TAP Air Portugal desconhece.

No decurso da inspecção referida, o senhor Delegado da TAP Air Portugal nos Açores manifestou ter conhecimento da ocorrência daquelas situações e justificou a sua existência com a circunstância da SATA Air Açores trabalhar com um sistema informático próprio, diferente daquele utilizado pela TAP Air Portugal. A "perda" da informação ocorreria no processo de transferência de dados entre os sistemas SATA / TAP.

Ainda na mesma ocasião, o senhor Delegado da TAP Air Portugal explicou que a SATA Air Açores - a qual durante alguns anos terá feito uso do sistema TAPMATIC (sistema então em uso na TAP) - passou a utilizar um sistema informático próprio que se veio a revelar de difícil compatibilidade com o TAPMATIC. Esta circunstância explicaria algumas das situações relativas a passageiros que tendo adquirido o seu bilhete em balcões da SATA Air Açores se vêem confrontados com a ausência de confirmação para os voos ao pretenderem embarcar.

De notar que uma vez que o módulo informático de check in utilizado pela SATA Air Açores é o mesmo do da TAP Air Portugal, não existem, nesta procedimento, quaisquer dificuldades nem reclamações.

Assume, pois, particular acuidade a questão da compatibilização dos sistemas SATA / TAP. Tal matéria será abordada no processo P-4/98.

D
As Facilidades de Transporte

Encontra-se junto ao processo em instrução na Provedoria de Justiça cópia de um documento no qual o Senhor A. M. solicita a atribuição de facilidades de transporte ao senhor Representante da SATA Air Açores em Santa Maria. Como refere o senhor Chefe de Serviço de Marketing e Vendas da SATA (cf. ofício nº 110A/SD/98, de 06/08/98), na situação em apreço, as facilidades de transporte consistem na atribuição aos funcionários dos aeroportos dos Açores, respectivos cônjuges e filhos menores de duas viagens anuais inter-ilhas, com redução de 50% e sem direito a reserva de lugar. Resulta da mesma comunicação que o Senhor A. M. deixou de poder beneficiar destas facilidades de transporte, desde 18/12/97.

A SATA Air Açores - Serviço Açoreano de Transportes Aéreos, E.P. é uma empresa pública cujo estatuto foi aprovado pelo Decreto Legislativo Regional nº 2/88/A, de 5 de Fevereiro, e alterado pelo Decreto Legislativo Regional nº 16/93/A, de 16 de Novembro.

Os órgãos da empresas públicas integram o conceito de órgãos da Administração Pública definido no nº 2 do artigo 2º do Código do Procedimento Administrativo. Como refere MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA "é de realçar, em especial, a sujeição da actividade de direito administrativo das empresas públicas ao regime do CPA (...)". Não obstante esta sujeição genérica, o mesmo autor chama a atenção para a separação entre a actividade de gestão pública ("o Código é (...) aplicável na sua globalidade, em todas as disposições e princípios gerais") e as actividades técnica e de gestão privada (só são aplicáveis "os "princípios gerais da actividade administrativa", bem como as "normas que (no Código) concretizam preceitos constitucionais") . E conclui que "deste modo, a actuação dos órgãos da Administração, quando se traduz na realização de operações materiais ou no exercício de actividades jurídicas em moldes jusprivatistas, fica (...) sujeita aos princípios gerais e normas concretizadoras de preceitos constitucionais" .

A qualificação jurídica das facilidades de transporte não é clara. No entanto, não subsistem dúvidas relativamente a sua não integração no domínio da actividade de gestão pública: não se prescruta aqui qualquer "actividade administrativa exercitada com base em normas de direito administrativo" , sendo, pelo contrário, identificável a natureza e o regime empresariais desta actuação. É compreensível, numa perspectiva empresarial, que a SATA Air Açores conceda facilidades de transporte aos funcionários

da empresa ANA, E.P. que desempenham a sua actividade profissional nos aeroportos em que aquela companhia aérea opera.

O caso das facilidades de transporte configura, na minha opinião, uma situação de isenção ou dispensa, categoria que a doutrina jus-administrativista qualifica como mera faculdade. No caso em apreço nada impede, nos limites da Lei, que esta isenção seja revogada porquanto "não envolve o reconhecimento de um bem jurídico autónomo do beneficiado" , uma vez que a atribuição de facilidades de transporte aos colaboradores de outras companhias resulta de uma actuação jure privatorum de carácter empresarial.

Não obstante, já referi que a actuação da SATA Air Açores, mesmo quando se traduz na realização de operações materiais ou no exercício de actividades jurídicas em moldes jusprivatistas, está sujeita aos princípios gerais e às normas concretizadoras de preceitos constitucionais. E se a atribuição de facilidades de transporte não fere o princípio da igualdade uma vez que este "exige o tratamento igual de situações iguais [mas] impõe também que seja tratado desigualmente aquilo que é jurídico ou materialmente desigual" , este tratamento desigual tem por limite a predefinição de categorias e o afastamento da diferenciação em função de situações pessoais, concretas e determinadas.

A afirmação de que "as facilidades de transporte não constituem (...) direitos, são apenas uma deferência de uma companhia aérea para com colaboradores de outra empresa do sector" pode configurar unicamente uma manifestação de actuação empresarial; já dizer-se que as companhias aéreas "reservam-se sempre o direito de não conceder tais facilidades ou de as suspender em relação a outra companhia ou em relação a colaboradores dessa companhia que tenham procedimentos considerados incorrectos" prefigura uma situação de arbitrariedade - muito para além da margem de discricionaridade que a atribuição desta categoria de benefícios pode encerrar.

A revogação de uma isenção, não proibida em absoluto como vimos, deve assumir como referência a própria distinção entre desigualdade e arbítrio. Uma vez que a decisão de conceder facilidades de transporte parte da consideração da situação específica dos funcionários das companhias com quem a SATA Air Açores mantém relações empresariais privilegiadas, esta atribuição de isenções é moldada pelo fim (empresarial) que tem em vista. E, neste quadro, pode afirmar-se que o princípio da igualdade impõe a igualdade na aplicação do benefício a todos os funcionários das companhias com

quem a SATA Air Açores tem as referidas relações empresariais especiais. O arbítrio constitui, assim, um factor de discriminação ilegítimo, proibido, em primeira linha, pela própria Constituição.

Identificado este princípio geral, não pode deixar de reconhecer-se que a situação de facto inerente ao indeferimento do pedido de facilidades de transporte assume particulares características que merecem ser abordadas.

Alegadamente, o Senhor A. M. difamou e denegriu a imagem da SATA Air Açores, e insultou os colaboradores desta empresa e, por este facto, foram-lhe retirados os benefícios que provinham das facilidades de transporte atribuídas aos funcionários da ANA, E.P. que desempenham a sua actividade profissional nos aeroportos dos Açores. Sendo compreensível que uma companhia aérea não conceda determinados benefícios a indivíduos que hajam actuado de modo a denegrir a imagem da companhia, tenham atentado contra os seus bens ou que, de qualquer forma, tenham desenvolvido actividades que possam ser consideradas lesivas dos interesses da empresa, não é aceitável que esta decisão tenha sido comunicada ao interessado desprovida, em absoluto, de fundamentação. "A exigência de fundamentação dos actos que "decidam de modo diferente da prática habitualmente seguida" é, como facilmente se compreende, um poderoso instrumento de igualdade, imparcialidade e justiça administrativa, para não falar já num suporte da sua legalidade" .

A comunicação ao Senhor A. M. apenas refere "por deliberação superior indeferido o pedido de facilidades". A motivação desta decisão consta, segundo parece, do ofício nº 110A/SD/98, de 06/08/98, que me foi remetido pelo senhor Chefe de Serviço de Marketing e Vendas da SATA Air Açores. Esta fundamentação - a qual nunca foi transmitida ao interessado - é, ainda assim, simplesmente inexistente. Afirmar que "em virtude dos comportamentos adoptados pelo Sr. A. M. difamando e denegrindo a imagem da SATA e insultando os colaboradores desta empresa, por proposta de alguns destes, foram suspensas as referidas facilidades de transporte em 18 de Dezembro de 1997" (cf. ofício citado) configura, não uma fundamentação, mas um juízo conclusivo. Fundamentar é enunciar expressamente as razões de facto e de direito que levaram o autor de um acto a praticá-lo com um determinado conteúdo. Difamar, denegrir e insultar são conclusões lógicas que pressupõem a prática de actos materiais que consubstanciem aqueles ilícitos.

Acresce que apenas a existência de um procedimento de averiguação - que compreenda obrigatoriamente a audição do interessado - pode habilitar a SATA Air

Açores a concluir pela verificação de uma conduta suficientemente grave que constitua o prevaricador em desmerecedor do benefício anteriormente atribuído.

Por outro lado, ainda que se conclua pela formulação de um juízo conclusivo desfavorável ao interessado, deve graduar-se a "sanção" em função da gravidade dos actos praticados (por exemplo, não pode deixar de ser atendida a circunstância do Senhor A. M. comprovadamente dispor de reserva feita nos balcões SATA Air Açores para o voo TP 196), e deve ser clarificada a duração temporal da perda da isenção. Para tanto, impõe-se a existência de quadro normativo (ainda que criado unilateralmente pela SATA Air Açores) anterior à prática do acto, com a previsão das irregularidades relevantes e com a cominação das respectivas sanções aplicáveis.

Os elementos apurados na presente instrução não permitem extrair conclusões sobre a bondade da decisão de não atribuição de facilidades de transporte ao Senhor A. M.. São, no entanto, suficientes para verificar o incumprimento do dever de fundamentação do respectivo acto de indeferimento, a inexistência de processo de averiguações com a participação do interessado e a natureza arbitrária da sanção aplicada.

III
Conclusões

O Senhor A. M efectuou reserva para o voo Ponta Delgada - Lisboa de 15/12/97, às 19,50 horas, o TP 196, nos balcões da SATA Air Açores logo, não foi responsável pelo desconhecimento da TAP Air Portugal. Esta situação resultou da deficiente (ou mesmo inexistente) comunicação estabelecida entre a SATA Air Açores e a TAP Air Portugal.

Uma vez que a SATA Air Açores alegou que o voo TP 1961 não esteve aberto para venda no seu sistema, e porque não existem no processo em instrução na Provedoria de Justiça quaisquer comprovativos de que tivesse sido feito reserva para este voo, não procede a reclamação resultante da afirmação do Senhor A. M de ter efectuado esta reserva em balcão da SATA Air Açores.

A matéria relativa à compatibilização dos sistemas informáticos SATA/TAP está a ser tratada no P-4/98 pelo que as respectivas conclusões serão formuladas naquele processo[*].

[*] cfr. Recomendação n.º 29/B/99

A decisão de não atribuição de facilidades de transporte ao Senhor A. M incumpriu o dever de fundamentação, não dependeu de um processo de averiguações no qual o interessado tenha sido chamado a participar, e constituiu uma sanção de carácter arbitrário por não resultar da aplicação de um quadro normativo previamente definido.

Pelas razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no artigo 20º, nº 1, alínea a), da Lei nº 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

ao Conselho de Administração da SATA Air Açores:

A. Que seja revogada a decisão de não atribuição de facilidades de transporte ao Senhor A. M;

B. Que seja determinada a instauração de processo de averiguações relativamente aos factos mencionados que conduziram à decisão reclamada;

C. Que a nova decisão seja comunicada directamente ao interessado, ou através da ANA, E.P., devidamente fundamentada;

D. Que seja elaborado quadro normativo que defina os requisitos de atribuição de facilidades de transporte, as condições de utilização, bem como as causas de cessação.

Recomendação sem resposta

A
Sua Excelência
o Primeiro Ministro

R-4321/99
Rec. n.º 35/B/99
1999.11.22

I
Questão Prévia

Nos termos do disposto no artigo 35º do Estatuto do Provedor de Justiça foi feita comunicação ao senhor Procurador da República do Círculo Judicial de Angra do Heroísmo da verificação de indícios da prática de crime de burla [artigo 218º, do Código Penal)] no decurso da instrução de diversos processos abertos na Extensão da Provedoria de Justiça da Região Autónoma dos Açores (ofício nº 1212, de 15/11/99, deste Órgão do Estado).

Com efeito, a Extensão dos Açores organizou largas dezenas de processos

(eram cerca de 800 no dia 19 de Novembro) relativos ao pagamento de chamadas de valor acrescentado que muitas pessoas efectuaram. Não é possível referir o número exacto de queixas que me foram dirigidas sobre este assunto uma vez que desde o dia 12 de Novembro p.p. foram recebidas, diariamente, mais de cem novos pedidos de intervenção. Como resulta com toda a evidência da descrição que deixarei feita ao longo da Recomendação, as situações reclamadas revelam a existência de:

a) Uma ou mais empresas prestadoras de serviços de audiotexto (adiante SVA);
b) Indícios de intenção de obtenção de enriquecimento;
c) Indícios de incumprimento das disposições legais e regulamentares que disciplinam a matéria de prestação de serviços de audiotexto;
d) Indícios de criação de erro ou engano;
e) Indícios de utilização de astúcia;
f) Indícios de que as empresas de audiotexto visadas determinaram os interessados à prática dos actos reclamados;
g) Prejuízos patrimoniais.

Acrescente-se que os prejuízos patrimoniais que me foram comprovadamente apresentados são de valor consideravelmente elevado e colocaram muitas das pessoas prejudicadas em difícil situação económica. E não estranha a conclusão da existência de fortíssimos indícios de que os agentes fazem desta prática modo de vida.

Este conjunto de razões levaram-me a concluir pela existência de indícios, não só da prática do crime de burla (artigo 217º do Código Penal), como do crime de burla qualificada (artigo 218º). Se o procedimento criminal em virtude da prática do crime de burla depende de queixa (artigo 217º) já não se impõe a verificação dessa condição para o procedimento criminal relativo ao crime de burla qualificada.

Outra questão relevante (e que importaria averiguar em sede policial) é a do acesso aos dados relativos às pessoas prejudicadas. Com efeito, também quanto este aspecto existem fortes indícios de utilização e tratamento abusivo de informação sendo notório que foram visadas pessoas com características sócio-económicas, culturais e etárias favoráveis à criação de erros ou enganos mediante astúcia.

Como ponto de partida, atente-se na descrição da sequência do telefonema reclamado feita pela senhora D... , que se deslocou à Extensão da Provedoria de Justiça da Região Autónoma dos Açores no dia 18 de Novembro p.p. para apresentar reclamação.

- A reclamante reside numa casa que dista poucos metros da casa onde a sua mãe (que já faleceu) habitava.
- O telefone que existe na casa que era da sua mãe está em nome da reclamante.
- O telefone que existe na habitação da reclamante está em nome do marido desta.
- A senhora D... estava na casa que era da sua mãe e o telefone tocou.
- Quando atendeu, falou-lhe uma mulher que lhe disse que havia ganho um prémio de 100.000$00.
- Disse-lhe, ainda, que para reclamar o prémio teria de telefonar para o número 0641994888, nos 3 minutos seguintes.
- A reclamante ligou.
- Foram colocadas à reclamante diversas questões, designadamente relativas:

a) Ao seu nome;
b) Ao seu número do bilhete de identidade;
c) Ao seu número de contribuinte;
d) À sua profissão;
e) Ao número de filhos que tinha.

- Uma vez que a reclamante não sabia o seu número de contribuinte, foi-lhe solicitado que consultasse o seu cartão de contribuinte. A queixosa deslocou-se então a sua casa (sem dar por terminada a chamada) para ir buscar o cartão.
- Após ter voltado, a interlocutora da reclamante foi dialogando com a queixosa (sobre as características da sua profissão, a ocupação dos filhos, etc.).
- A queixosa foi informada que a reclamação do prémio teria que ser feita no Museu da Graciosa.
- A reclamante revelou a sua impossibilidade para se deslocar à ilha da Graciosa.
- Então, a interlocutora explicou que a queixosa poderia tirar fotocópias do seu bilhete de identidade e cartão de contribuinte e mandá-las para alguém que conhecesse naquela ilha, para que fosse reclamar o prémio em seu nome.
- A interlocutora pediu que a queixosa dissesse uma quadra ou uma frase sobre a sua cidade.
- A reclamante terá dito: Angra do Heroísmo, cidade património mundial, An-

gra do Heroísmo, mui nobre e cidade leal.

- A interlocutora disse à queixosa que de entre todas as frases apresentadas por todos os concorrentes seria premiada a melhor e que esta (somente esta) receberia o prémio.
- A reclamante desligou.
- Posteriormente, a queixosa deslocou-se para a sua residência. Ao chegar (poucos minutos após ter terminado o telefonema descrito)o telefone tocou.
- Ao atender, a queixosa deparou-se com uma voz que lhe pareceu idêntica à da interlocutora do anterior telefonema, que a informou que recebera um prémio.
- A reclamante informou que já recebera, há minutos atrás, um telefonema do mesmo teor, e desligou.
- Ao receber a factura da Portugal Telecom referente ao período 25 de Setembro a 25 de Outubro verificou que fora cobrada uma chamada de valor acrescentado (SVA) com a duração de 19 minutos e 11 segundos.

Um outro queixoso, senhor... apresentou, juntamente com a sua reclamação (recebida no dia 18 de Novembro p.p.), um documento descrevendo sumariamente o telefonema que recebeu em sua casa, o qual transcrevo na parte relevante:

"Olá, o seu número foi premiado para o concurso do Jornal O Público, habilitando-o a 500.000$00 e a uma visita ao Museu da Graciosa.

Necessitamos de fazer-lhe algumas perguntas. Para isso tem de nos ligar para o seguinte número: 064 – 199 45 55".

O reclamante ligou e o seu interlocutor, que se apresentou como João, começou por perguntar o nome do queixoso; seguidamente, fez perguntas sobre o nome das ilhas dos Açores, das cidades e das vilas, sobre os desportos preferidos, pediu opinião sobre a prestação de cuidados de saúde no arquipélago e sobre o desenvolvimento regional. Solicitou, ainda, que fosse dita uma quadra regional. Foram ainda apresentadas outras questões que o reclamante não recorda.

O tempo total da chamada telefónica foi de 18 minutos e 44 segundos, sendo o custo apresentado na factura de 10.478$00.

Situações como as duas que acabei de descrever (em que os reclamantes afirmam ter feito a chamada telefónica), e que adiante designarei por "Situação A", foram as mais vezes relatadas.

Uma outra situação-tipo, adiante designada por "Situação B" (em que os interessados afirmam que somente receberam uma chamada telefónica e que não fizeram nenhuma em resposta mas que, não obstante, o telefonema aparece referido na factura, e como SVA) foi também muitas vezes reclamada. Descrevo o caso relatado pela senhora D... , que se deslocou à Extensão dos Açores no dia 19 de Novembro p.p.

- O marido da reclamante recebeu uma chamada telefónica.
- Foi-lhe perguntado se era o senhor...
- Foi-lhe igualmente perguntado, várias vezes, qual era o número do seu telefone.
- A interlocutora perguntou qual era o número do bilhete de identidade e do número de contribuinte do marido da queixosa.
- O senhor... pousou o telefone (sem o desligar) e foi verificar. Seguidamente comunicou os números.
- A interlocutora perguntou se o senhor... conhecia a ilha da Graciosa e se gostaria de ganhar uma entrada para o Museu. Uma vez que o marido da queixosa é natural dessa ilha não manifestou interesse em deslocar-se ao Museu.
- A interlocutora perguntou então se o senhor... sabia alguma quadra alusiva à a ilha da Graciosa.
- O senhor... disse uma quadra.
- A interlocutora perguntou se o senhor... era casado e se a mulher estava perto dele. Uma vez que o senhor... respondeu afirmativamente, a interlocutora pediu-lhe que fizesse uma quadra dedicada a sua mulher. O marido da reclamante afirmou não conseguir fazer a quadra. A interlocutora insistiu e disse que esperava o tempo necessário. O marido da reclamante não fez a quadra.
- O senhor... foi informado que poderia ganhar 500.000$00.
- A interlocutora pediu ao marido da reclamante que ligasse, no dia 15 de Novembro, para um número de telefone (cujos primeiros dígitos eram 0641) para se habilitar a mais prémios.
- O senhor... afirmou que não ligaria.
- A interlocutora informou-o que no mês de Fevereiro o jornal O Público publicaria a lista dos premiados.
- A chamada telefónica foi terminada.
- Na factura telefónica referente ao período 25 de Setembro a 25 de Outubro o

senhor... verificou que está discriminada uma chamada no valor de 10.690$00, referente ao serviço de valor acrescentado (SVA).

Várias dezenas de reclamantes informaram este Órgão do Estado de terem sido vítimas da "Situação B".

No total, cerca de 800 pessoas afirmaram terem sido vítimas destas duas situações-tipo descritas.

II
Introdução

A Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, consagrou mecanismos destinados a proteger o utente de serviços públicos essenciais (artigo 1º, nº 1). Como expressamente refere a alínea d) do nº 2 o serviço de telefone é um serviço público essencial. O nº 3 da mesma disposição define utente como "a pessoa singular ou colectiva a quem o prestador do serviço se obriga a prestá-lo".

As disposições deste diploma têm carácter injuntivo, conforme dispõe o nº 1 do artigo 11º, pelo que é nula qualquer convenção ou disposição que exclua ou limite os direitos atribuídos aos utentes. Mas esta nulidade tem um regime especialíssimo: somente pode ser invocada pelo utente (nº 2) sem embargo deste poder optar pela manutenção do contrato ainda que alguma das suas cláusulas seja nula (nº 3).

Por outro lado, o legislador cuidou de definir um princípio geral de boa fé a que deve obedecer a prestação do serviço público essencial nos termos do qual o prestador do serviço deve proceder de boa fé e em conformidade com os ditames que decorram da natureza pública do serviço, tendo igualmente em conta a importância dos interesses dos utentes que merecem protecção (artigo 3º).

Acrescenta ainda, e certamente na decorrência daquele princípio geral, que o prestador do serviço deve informar conveniente a outra parte das condições em que o serviço é fornecido e prestar-lhe todos os esclarecimentos que se justifiquem, de acordo com as circunstâncias. É a consagração de um dever especial de informação (artigo 4º, nº 1).

Nos termos do disposto no nº 2 desta disposição, este especial dever de informação deve incidir sobre o tarifário aplicável. Com efeito, os operadores de serviços de telecomunicações devem informar os utentes sobre as tarifas aplicáveis aos serviços prestados, designadamente as respeitantes à comunicação entre a rede fixa e a rede mó-

vel. E este dever especial de informação deve ser assegurado com regularidade, de forma atempada e eficaz. Existe, portanto, não só uma obrigação de resultado (facultar informação) mas igualmente uma obrigação de meios (regular, atempada e eficazmente).

Note-se que, nos termos do artigo 5º que é relativo à suspensão do fornecimento do serviço público, não é permitida a suspensão da prestação do serviço sem pré-aviso adequado (nºs 1 e 2). Mas, no tocante aos SVA, a falta de pagamento não pode implicar a suspensão do fornecimento do serviço telefónico, "ainda que incluído na mesma factura, salvo se forem funcionalmente indissociáveis". Por este facto foi consagrado o direito a quitação parcial (artigo 6º).

Como refere o nº 3 do artigo 5º, a empresa prestadora do serviço deve informar o utente dos meios que tem ao seu dispor para evitar a suspensão do serviço e, bem assim, para a retoma do mesmo, sem prejuízo de poder fazer valer os direitos que lhe assistam nos termos gerais.

No que concerne à facturação dispõe o artigo 9º consagrando o direito à facturação detalhada (nº 1). Especialmente no tocante ao serviço telefónico, a efectivação deste direito está dependente de pedido do interessado ao prestador do serviço (nº 2).

O artigo 10º refere os aspectos particulares relativos à prescrição do direito de exigir o pagamento do preço do serviço prestado (seis meses, nos termos do nº 1) e à caducidade do direito de recebimento da importância que o prestador de serviço deixou de receber em virtude de ter cobrado, por erro a si imputável, uma importância inferior à devida (seis meses após pagamento, nos termos do nº 2).

Por fim, refira-se o disposto no artigo 12º: "ficam ressalvadas todas as disposições legais que, em concreto, se mostrem mais favoráveis ao utente".

Na vigência do Decreto-Lei n.° 329/90, de 23 de Outubro, diploma que estabeleceu o regime de acesso e de exercício da actividade de prestação de serviços de telecomunicações de valor acrescentado, foram aprovados regulamentos de exploração para esses serviços: primeiro, através da Portaria n.° 428/91, de 24 de Maio e, seguidamente, mediante a Portaria nº 160/94, de 22 de Março.

O Regulamento de Exploração dos Serviços de Telecomunicações de Valor Acrescentado que foi aprovado em anexo à Portaria nº 160/94 cuidou de definir o conceito de serviços de telecomunicações de valor acrescentado como "os que, tendo como único suporte os serviços fundamentais ou complementares, não exigem infra-estruturas próprias e são diferenciáveis em relação aos próprios serviços que lhes servem de suporte" (artigo 2º) mas limitou o seu âmbito espacial aos serviços prestados no território

nacional e dentro dos limites geográficos fixados caso a caso na autorização concedida pelo ICP - Instituto das Comunicações de Portugal (artigo 3º).

A Lei de Bases das Telecomunicações (Lei n.º 91/97, de 1 de Agosto), que definiu as bases gerais a que obedece o estabelecimento, gestão e exploração de redes de telecomunicações e a prestação de serviços de telecomunicações, consagrou os princípios da liberdade de estabelecimento de redes públicas de telecomunicações e da prestação dos serviços de telecomunicações de uso público. No desenvolvimento do seu regime jurídico foi publicado o Decreto-Lei nº 381-A/97, de 30 de Dezembro, que regulou o regime de acesso à actividade de operador de redes públicas de telecomunicações e de prestador de serviço de telecomunicações de uso público (artigo 1º).

Nos termos do disposto no artigo 2º, o exercício da actividade de operador de rede pública de telecomunicações e de prestador de serviços de telecomunicações de uso público está sujeito a licença ou a registo, o qual compete ao ICP - Instituto das Comunicações de Portugal, salvo quando envolva a atribuição de frequências no âmbito de concurso (artigo 3º).

Não obstante não ser permitida a concessão de licenças ao abrigo do Decreto-Lei nº 381-A/97 para a prestação do serviço fixo de telefone antes de 1 de Janeiro de 2000 (artigo 36º), importa chamar a atenção para algumas das matérias reguladas neste diploma. E, em especial, note-se que as entidades registadas estão sujeitas, consoante os casos, às seguintes condições e modos, definidos no artigo 7º:

a) Mecanismos de defesa dos utilizadores e assinantes;
b) Condições de oferta, incluindo sistemas de preços não discriminatórios;
c) Comparticipação financeira para os custos do serviço universal;
d) Disponibilização de dados dos utilizadores e assinantes, tendo em vista a sua inclusão numa lista global;
e) Protecção de dados pessoais e de reserva da vida privada;
f) Acesso a serviços de emergência;
g) Disponibilização do serviço a populações com necessidades especiais;
h) Defesa da dignidade da pessoa humana e da ordem pública;
i) Intercepção legal das comunicações, nos termos do artigo 27.º;
j) Sigilo das comunicações;
l) Utilização de redes públicas de telecomunicações;
m) Conformidade com o plano nacional de numeração e utilização efectiva e

eficaz dos números atribuídos.

Refira-se igualmente que, conforme dispõe o artigo 9º, os contratos celebrados entre a entidade registada e os utentes não podem conter quaisquer disposições que contrariem o Decreto-Lei nº 381-A/97 (nº 1), que tratando-se de contratos de adesão, devem os mesmos ser submetidos a aprovação prévia do ICP – Instituto das Comunicações de Portugal (nº 2) e ainda que as entidades registadas estão obrigadas a anunciar e divulgar regularmente, de forma detalhada, os vários componentes dos preços aplicáveis, e devem finalmente fornecer aos utentes uma factura que especifique devidamente os valores que apresenta (nº 3).

Publicado já em 1999, o Decreto-Lei n.º 177/99, de 21 de Maio, veio disciplinar a prestação de serviços de audiotexto que, pelas suas características específicas, são suportados em serviços de telecomunicações de uso público endereçados (artigo 2º).

Importa ter presente o texto do preâmbulo deste diploma:

"Os serviços de audiotexto, que podem ser de acesso interactivo ou não, compreendem um vasto leque de ofertas, de que são exemplo as chamadas em conferência, bem como a gravação e recolha de mensagens.

Na vigência do Decreto-Lei n.º 329/90, de 23 de Outubro, estes serviços eram designados como serviços de telecomunicações de valor acrescentado.

Atenta a especificidade deste tipo de serviços, diferenciáveis em função de conteúdos e cuja divulgação se processa através de serviços de telecomunicações, enfoca-se a natureza horizontal do controlo e fiscalização que recai sobre os diferentes órgãos e serviços do Estado competentes em razão da matéria, designadamente no domínio do direito de autor e direitos conexos, da protecção de dados pessoais, bem como na aplicação da legislação relativa à realização de jogos de fortuna ou de azar.

A especial natureza de que se revestem estes serviços é determinante da fixação de um regime autónomo e diferenciado do fixado para os serviços de telecomunicações de uso público, que lhes servem de suporte.

Com o normativo agora adoptado torna-se mais transparente a relação entre as empresas prestadoras do serviço e o consumidor, contribuindo-se para um maior grau de esclarecimento do consumidor. Tal resultado é obtido com a criação de novos indicativos de acesso, a facturação discriminada, a possibilidade de barramento do acesso a estes serviços, a indicação prévia do custo dos serviços e a indicação, através de sinal sonoro, da cadência por cada minuto de comunicação".

Em face das preocupações manifestadas, o legislador determinou que o exercí-

cio da actividade de prestador de serviços de audiotexto ficasse sujeito a registo (artigo 3º) no ICP - Instituto das Comunicações de Portugal (artigo 4º, nº 1).

Nos termos do nº 2, podem ser registadas pessoas singulares matriculadas como comerciantes em nome individual (alínea a)) e sociedades comerciais legalmente constituídas (alínea b)).

Antes de iniciarem a prestação do serviço, as entidades registadas devem informar o ICP – Instituto das Comunicações de Portugal dos serviços cuja prestação pretendem começar (artigo 5º, nº 1) mediante a apresentação dos seguintes elementos:

a) Declaração expressa donde conste a descrição detalhada do serviço que se propõem prestar, para efeitos de atribuição do respectivo indicativo de acesso;

b) Projecto técnico onde se identifiquem os equipamentos a utilizar;

c) Indicação do prestador de serviços de suporte.

O início da prestação do serviço somente pode ocorrer 20 dias úteis após a recepção no ICP – Instituto das Comunicações de Portugal daquelas informações (nº 3).

O artigo 6º define os direitos e as obrigações dos prestadores. Nos termos do nº 1, são direitos dos prestadores de serviços de audiotexto o desenvolvimento da actividade nos termos constantes da alínea a) do n.º 2 do artigo 5.º [alínea a)] e a livre fixação do preço dos serviços prestados [alínea b)].

O nº 2 elenca as seguintes obrigações dos prestadores de serviços de audiotexto:

a) Respeitar as condições e limites inerentes ao respectivo indicativo de acesso;

b) Cumprir com a legislação aplicável, nomeadamente em matéria de publicidade, direito de autor e direitos conexos, defesa do consumidor, protecção de dados pessoais, propriedade industrial, bem como a relativa à realização de concursos ou jogos de fortuna ou de azar;

c) Utilizar equipamentos devidamente aprovados pela entidade competente;

d) Facultar ao ICP – Instituto das Comunicações de Portugal a verificação dos equipamentos, bem como disponibilizar informação destinada a fins estatísticos, facultando o acesso às respectivas instalações e documentação.

Nos termos do artigo 7º os contratos a celebrar entre os prestadores de serviços de audiotexto e os prestadores de serviços de suporte são obrigatoriamente reduzidos a escrito e devem incluir:

a) A identificação das partes contratantes;

b) A indicação do número de registo e do indicativo de acesso atribuído pelo ICP – Instituto das Comunicações de Portugal;

c) A descrição detalhada do serviço a prestar como tal declarada ao ICP – Instituto das Comunicações de Portugal;

d) Um termo de responsabilidade da utilização dos serviços de suporte para a oferta de serviços de acordo com a descrição detalhada a que alude a alínea c);

e) O modo da respectiva facturação, bem como as regras relevantes para o acerto de contas entre as partes contratantes;

f) As regras aplicáveis em caso de não pagamento pelos seus clientes das importâncias correspondentes aos serviços que prestam, quando a cobrança seja assumida pelo prestador do serviço de telecomunicações em que se suporta.

O nº 2 impõe que, quando os contratos prevejam a obrigação do prestador do serviço de telecomunicações proceder à facturação e cobrança de importâncias correspondentes à prestação de serviços de audiotexto, estas sejam devidamente autonomizadas.

O ICP – Instituto das Comunicações de Portugal atribui aos prestadores de serviços de audiotexto diferentes indicativos de acesso de acordo com a sua natureza e conteúdo, em conformidade com a descrição detalhada do serviço a prestar constante da declaração apresentada (artigo 8º).

O artigo 9º impõe especiais obrigações relativamente à informação de preços. Nos termos do nº 1 a indicação do preço dos serviços de audiotexto deve obrigatoriamente mencionar, consoante o tipo de serviço:

a) O preço por minuto;

b) O preço por cada período de quinze segundos, apenas para serviços com duração máxima de um minuto e desde que garantido, pelo equipamento do prestador, o desligamento automático da chamada decorrido esse período;

c) O preço da chamada, para todos os serviços com preços fixos de chamada, independentemente da sua duração.

No momento de acesso ao serviço os prestadores devem igualmente garantir, nos termos do disposto no nº 2, uma mensagem oral explicitando a natureza do serviço e, se for o caso, o facto de se dirigir a adultos, bem como o preço a cobrar. Esta mensagem pode ser assegurada em gravação, de duração fixa de dez segundos e ao preço do

serviço de telecomunicações em que se suporta. Acrescidamente, os serviços devem conter sinal sonoro que evidencie a cadência por cada minuto de comunicação (nº 3).

O artigo 10º trata de impor aquilo que denomina de limitações no acesso ao serviço, nos seguintes termos: "a pedido dos respectivos clientes, os prestadores de serviços de suporte devem barrar, sem quaisquer encargos, o acesso a serviços de audiotexto, genérica ou selectivamente, de acordo com as possibilidades técnicas existentes".

Compete ao ICP – Instituto das Comunicações de Portugal, ao abrigo do disposto no artigo 12º, nº 1, a fiscalização da conformidade dos serviços prestados com os indicativos de acesso atribuídos, bem como do cumprimento do disposto no artigo 9.º

Mas, no caso dos serviços de audiotexto, são ainda competentes para a fiscalização as entidades que, em razão da matéria, disponham de poderes, nomeadamente, no âmbito de aplicação dos Códigos da Publicidade e de Direito de Autor e Direitos Conexos, da legislação aplicável à defesa do consumidor e à protecção de dados pessoais, do Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro, na redacção do Decreto-Lei n.º 10/95, de 19 de Janeiro, e do Decreto n.º 11.223, de 6 de Novembro de 1925, e legislação complementar (nº 2).

Se verificar desconformidade de utilização do indicativo de acesso atribuído em face à declaração a que alude a alínea a) do n.º 2 do artigo 5º, o ICP – Instituto das Comunicações de Portugal informa quais as medidas necessárias à correcção da situação, fixando um prazo não superior a 10 dias para que o prestador se pronuncie (nº 2). Caso subsista o incumprimento das medidas impostas no prazo fixado, pode o ICP – Instituto das Comunicações de Portugal suspender a utilização do indicativo ou revogar o registo (artigo 13º, nº 3). Esta suspensão da utilização do indicativo de acesso por parte do prestador de serviços de audiotexto, ou este cancelamento do registo, pode ser publicitado pelo ICP – Instituto das Comunicações de Portugal e deve ser comunicado ao prestador de serviços de suporte (nº 5).

Compete ao presidente do ICP – Instituto das Comunicações de Portugal a aplicação das coimas (artigo 15º, nº 1), sendo que a instrução dos respectivos processo é da competência dos serviços do ICP – Instituto das Comunicações de Portugal (nº 2).

Nos termos do artigo 14º, e sem prejuízo de outras sanções aplicáveis, constituem contra-ordenações puníveis com coima de 100.000$00 a 500.000$00 e de 1.000.000$00 a 9.000.000$00, consoante tenham sido praticadas por pessoa singular ou colectiva:

a) A prestação de serviços de audiotexto por entidades não registadas;
b) A violação do disposto nos nºs 1 e 3 do artigo 5º, nas alíneas a), c) e d) do nº 2 do artigo 6º, no artigo 9º e no nº 3 do artigo 16º.

O artigo 15º, nº 4 prevê que o ICP – Instituto das Comunicações de Portugal possa publicitar adequadamente a punição por contra-ordenação.

O Decreto-Lei n.º 175/99, de 21 de Maio, regula a matéria da publicidade a serviços de audiotexto.

Uma vez mais justifica-se atender ao texto do preâmbulo do diploma, o qual se transcreve na íntegra:

"A liberalização da prestação de serviços de telecomunicações e as modernas tecnologias de comunicação à distância introduzem nas sociedades modernas novos tipos de produtos e serviços, os quais extravasam o uso tradicional do telefone.

Determinados tipos de serviços classificados como serviços de audiotexto, operando, em alguns casos, através de sistemas totalmente automáticos sem intervenção humana directa, têm vindo a ser oferecidos aos consumidores através da rede telefónica pública, mas com um tarifário totalmente distinto.

Atendendo a que para a contratação deste tipo de serviços basta a realização de uma chamada para um número predeterminado, têm surgido situações graves, que se traduzem, em muitos casos, num acréscimo importante das despesas a suportar pelo orçamento familiar.

Esta situação é, regra geral, potenciada pela emissão de publicidade agressiva, muitas vezes dirigida a menores, e, por vezes, susceptível de pôr em causa direitos e interesses protegidos pela Lei.

Uma vez que a Lei deve assegurar, em matéria de publicidade, um elevado grau de protecção dos menores, em virtude da sua vulnerabilidade psicológica, importa agora definir um regime específico para estes serviços".

Como princípio geral, é estipula a obrigatoriedade da publicidade a serviços abrangidos pelo presente diploma conter, de forma clara e perfeitamente legível ou audível, conforme o meio de comunicação utilizado, a identificação do prestador e as condições de prestação do serviço (artigo 2º, nº 1, in fine). Esta obrigação acresce ao disposto no Código da Publicidade, e demais legislação aplicável (nº 1, 1ª parte). Como esclarece o nº 2 da mesma disposição, a publicidade deve conter, entre outras, a indicação da identidade ou denominação social do prestador, do conteúdo do serviço e do respectivo preço de acordo com as regras fixadas para a indicação de preços na legislação

que estabelece o regime de acesso e exercício da actividade de prestador de serviços de audiotexto. Por outro lado, é proibida a publicidade a serviços de audiotexto dirigida a menores de 16 anos, sob qualquer forma e através de qualquer suporte publicitário - nomeadamente, em publicações, gravações, emissões ou qualquer outro tipo de comunicações que lhes sejam especialmente dirigidas (nº 3).

A violação do disposto no artigo 2º constitui contra-ordenação, punível com coima de 100.000$00 a 750.000$00 e de 700.000$00 a 9.000.000$00, consoante tenha sido praticada por pessoa singular ou colectiva; e são punidos como agentes destas contra-ordenações o prestador do serviço, o anunciante, o profissional, a agência de publicidade e qualquer outra entidade que exerça a actividade publicitária, o titular do suporte publicitário ou o respectivo concessionário, bem como qualquer outro interveniente na emissão da mensagem publicitária.

Nos termos do artigo 4º, a fiscalização do disposto no Decreto-Lei n.º 175/99, de 21 de Maio, e a instrução dos respectivos processos por contra-ordenações, compete ao Instituto do Consumidor (nº 1). E é da competência da comissão referida no artigo 39º do Código da Publicidade, a aplicação das coimas e sanções acessórias previstas no presente diploma (nº 2).

O artigo 5º, nº 1, prevê a aplicação cumulativa das sanções acessórias mencionadas no artigo 35º do Código da Publicidade, e a possibilidade da punição ser publicitada (nº 2).

III
Exposição de Motivos

Como ficou dito, o artigo 10º do Decreto-Lei n.º 177/99, de 21 de Maio – diploma que disciplina a prestação de serviços de audiotexto que, pelas suas características específicas, são suportados em serviços de telecomunicações de uso público endereçados – prevê a seguinte limitação no acesso ao serviço: "a pedido dos respectivos clientes, os prestadores de serviços de suporte devem barrar, sem quaisquer encargos, o acesso a serviços de audiotexto, genérica ou selectivamente, de acordo com as possibilidades técnicas existentes".

O conjunto de situações que me foi apresentado – pelo número, pelas características sócio-económicas e culturais das pessoas afectadas e pelas repercussões sociais que acarreta – é suficientemente demonstrativo da insuficiência deste mecanismo de

protecção dos utentes; acrescidamente é revelador da imperiosa necessidade de consagração de um meio verdadeiramente eficaz de limitação de acesso ao serviço de audiotexto.

Os diversos e sucessivos incidentes motivados pela prestação dos SVA em Portugal revelaram, no seu curto período de existência, que devem ser assegurados mecanismos realmente efectivos de protecção dos utentes em nome da salvaguarda dos direitos de cidadania. E esta preocupação de protecção não se pode considerar satisfeita com a mera consagração genérica do direito ao barramento.

Com efeito, como resulta da análise das diversas reclamações que me foram apresentadas através da Extensão da Provedoria de Justiça da Região Autónoma dos Açores, existem milhares de pessoas que não conhecem sequer a existência dos SVA, pelo que não é aceitável exigir a pessoas que não sabem da existência de um perigo potencial que dele se protejam. Não pode, portanto, deixar de se colocar a questão: que efeito útil tem permitir o barramento do acesso aos SVA aos utentes que nunca ouviram falar dos SVA? E a resposta – como claramente demonstra a presente situação – não deixará de ser: em largas centenas de milhares de casos o direito ao barramento não tem nenhum efeito útil.

Mas, acrescente-se, o problema deve colocar-se mesmo em relação às pessoas mais preparadas (social ou culturalmente) para lidar com estas situações. Com efeito, os meios utilizados pelos alegados prevaricadores são susceptíveis de enganar mesmo aqueles mais informados. Veja-se a situação acima descrita por um reclamante: foi contactado para o seu telefone e informado de que recebera um prémio. Para o reclamar teria de ligar para o número 064 – 199 45 55. Apresentado deste modo, o número parece corresponder a um número de telefone convencional (199 45 55) precedido de um indicativo de zona (064). Parece evidente a conclusão de que somente pessoas especialmente (e invulgarmente) atentas teriam verificado tratar-se de um 0641, ou seja, um SVA. Acresce que as pessoas contactadas dispunham de três (3) minutos para reclamar o prémio.

Pelo que fica dito, impõe-se concluir pela necessidade de alteração da legislação que regula a matéria dos SVA no sentido de consagrado o princípio geral do barramento de acesso ao SVA; e, conjuntamente, permitir o pedido de acesso por quem a ele queira aceder.

Devo manifestar, igualmente, a minha grande preocupação pelo crescente número de casos que chegam ao meu conhecimento respeitantes à utilização de SVA por

crianças e por pessoas intelectualmente diminuídas, e mesmo deficientes mentais. Por este facto, chamo uma vez mais a atenção para a circunstância de que, em muitas das situações apresentadas ao Provedor de Justiça (e que, não raras vezes, têm por objecto contas telefónicas de milhares de contos), as chamadas de valor acrescentado foram feitas por crianças ou por pessoas portadoras de deficiências mentais. Não é tolerável continuar a permitir que, por meios indirectos, seja levada à prática uma conduta não autorizada.

Assim, defendo que em todos os casos nos quais fosse possível concluir que os SVA foram utilizados por crianças ou indivíduos inimputáveis dever-se-ia considerar que as empresas de audiotexto violaram as normas que regulam a sua actividade, e não poderiam obter desse facto qualquer ganho.

As modernas técnicas de comunicação permitem o desenvolvimento de novas formas de comércio; mas impõem - em nome da defesa da dignidade de todos quantos são psicologicamente mais vulneráveis: as crianças, os idosos e os indivíduos portadores de deficiências mentais – a criação de um quadro de protecção legal realmente eficaz.

É certo, e o Provedor de Justiça tem consciência desse facto, que as alterações pretendidas vão implicar uma diminuição considerável no volume de negócios das empresas que exploram SVA. Mas não é menos correcto afirmar que, cada vez mais, se constata que uma parte substancial dos ganhos destas empresas é resultante da utilização de astúcia e atinge as pessoas mais susceptíveis ao erro e ao engano.

O confronto entre o direito à dignidade da pessoa humana consagrado na artigo 1º da Constituição da República Portuguesa (com particular relevância para a dignidade das crianças, dos mais idosos e de todos os desprotegidos) e o direito à prática do comércio deve ser resolvido fazendo ceder este último. Mas esta cedência não significa afastamento. Quem pretender fazer uso dos SVA pode solicitar que o acesso seja desbarrado, abdicando então da especial protecção que lhe foi conferida.

IV
Conclusões

Pelas razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no artigo 20º, nº 1, alínea b), da Lei nº 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

A. Que, com urgência, seja alterada a legislação que regula a matéria dos serviços de valor acrescentado (SVA) e, em especial, a redacção do artigo 10º do Decreto-Lei n.º 177/99, de 21 de Maio, no sentido de ser consagrado o princípio geral do barramento de acesso ao serviço de valor acrescentado, conjuntamente com a necessidade do acesso ao serviço ser pedido pelo proprietário do telefone que a ele queira aceder.

B. Que seja consagrada na legislação a proibição absoluta da cobrança dos SVA que comprovadamente resultaram de solicitações feitas por crianças e por indivíduos inimputáveis.

Recomendação sem resposta

Ao
Exmº Senhor
Presidente do ICP
Instituto das Comunicações de Portugal

R- 4321/99
Rec. n.º 83/A/99
1999.11.22

I
Questão Prévia

Nos termos do disposto no artigo 35º do Estatuto do Provedor de Justiça foi feita comunicação ao senhor Procurador da República do Círculo Judicial de Angra do Heroísmo da verificação de indícios da prática de crime de burla [artigo 218º, do Código Penal)] no decurso da instrução de diversos processos abertos na Extensão da Provedoria de Justiça da Região Autónoma dos Açores (ofício nº 1212, de 15/11/99, deste Órgão do Estado).

Com efeito, a Extensão dos Açores organizou largas dezenas de processos (eram cerca de 800 no dia 19 de Novembro) relativos ao pagamento de chamadas de valor acrescentado que muitas pessoas efectuaram. Não é possível referir o número exacto de queixas que me foram dirigidas sobre este assunto uma vez que desde o dia 12 de Novembro p.p. foram recebidas, diariamente, mais de cem novos pedidos de intervenção.

Como resulta com toda a evidência da descrição que deixarei feita ao longo da Recomendação, as situações reclamadas revelam a existência de:

a) Uma ou mais empresas prestadoras de serviços de audiotexto (adiante SVA);

b) Indícios de intenção de obtenção de enriquecimento;

c) Indícios de incumprimento das disposições legais e regulamentares que disciplinam a matéria de prestação de serviços de audiotexto;

d) Indícios de criação de erro ou engano;

e) Indícios de utilização de astúcia;

f) Indícios de que as empresas de audiotexto visadas determinaram os interessados à prática dos actos reclamados;

g) Prejuízos patrimoniais.

Acrescente-se que os prejuízos patrimoniais que me foram comprovadamente apresentados são de valor consideravelmente elevado e colocaram muitas das pessoas prejudicadas em difícil situação económica. E não estranha a conclusão da existência de fortíssimos indícios de que os agentes fazem desta prática modo de vida.

Este conjunto de razões levaram-me a concluir pela existência de indícios, não só da prática do crime de burla (artigo 217º do Código Penal), como do crime de burla qualificada (artigo 218º). Se o procedimento criminal em virtude da prática do crime de burla depende de queixa (artigo 217º) já não se impõe a verificação dessa condição para o procedimento criminal relativo ao crime de burla qualificada.

Outra questão relevante (e que importaria averiguar em sede policial) é a do acesso aos dados relativos às pessoas prejudicadas. Com efeito, também quanto este aspecto existem fortes indícios de utilização e tratamento abusivo de informação sendo notório que foram visadas pessoas com características sócio-económicas, culturais e etárias favoráveis à criação de erros ou enganos mediante astúcia.

Como ponto de partida, atente-se na descrição da sequência do telefonema reclamado feita pela senhora D... , que se deslocou à Extensão da Provedoria de Justiça da Região Autónoma dos Açores no dia 18 de Novembro p.p. para apresentar reclamação.

- A reclamante reside numa casa que dista poucos metros da casa onde a sua mãe (que já faleceu) habitava.
- O telefone que existe na casa que era da sua mãe está em nome da reclamante.
- O telefone que existe na habitação da reclamante está em nome do marido desta.

- A senhora D... estava na casa que era da sua mãe e o telefone tocou.
- Quando atendeu, falou-lhe uma mulher que lhe disse que havia ganho um prémio de 100.000$00.
- Disse-lhe, ainda, que para reclamar o prémio teria de telefonar para o número 0641994888, nos 3 minutos seguintes.
- A reclamante ligou.
- Foram colocadas à reclamante diversas questões, designadamente relativas:

a) Ao seu nome;
b) Ao seu número do bilhete de identidade;
c) Ao seu número de contribuinte;
d) À sua profissão;
e) Ao número de filhos que tinha.

- Uma vez que a reclamante não sabia o seu número de contribuinte, foi-lhe solicitado que consultasse o seu cartão de contribuinte. A queixosa deslocou-se então a sua casa (sem dar por terminada a chamada) para ir buscar o cartão.
- Após ter voltado, a interlocutora da reclamante foi dialogando com a queixosa (sobre as características da sua profissão, a ocupação dos filhos, etc.).
- A queixosa foi informada que a reclamação do prémio teria que ser feita no Museu da Graciosa.
- A reclamante revelou a sua impossibilidade para se deslocar à ilha da Graciosa.
- Então, a interlocutora explicou que a queixosa poderia tirar fotocópias do seu bilhete de identidade e cartão de contribuinte e mandá-las para alguém que conhecesse naquela ilha, para que fosse reclamar o prémio em seu nome.
- A interlocutora pediu que a queixosa dissesse uma quadra ou uma frase sobre a sua cidade.
- A reclamante terá dito: Angra do Heroísmo, cidade património mundial, Angra do Heroísmo, mui nobre e cidade leal.
- A interlocutora disse à queixosa que de entre todas as frases apresentadas por todos os concorrentes seria premiada a melhor e que esta (somente esta) receberia o prémio.
- A reclamante desligou.
- Posteriormente, a queixosa deslocou-se para a sua residência. Ao chegar

(poucos minutos após ter terminado o telefonema descrito)o telefone tocou.

- Ao atender, a queixosa deparou-se com uma voz que lhe pareceu idêntica à da interlocutora do anterior telefonema, que a informou que recebera um prémio.
- A reclamante informou que já recebera, há minutos atrás, um telefonema do mesmo teor, e desligou.
- Ao receber a factura da Portugal Telecom referente ao período 25 de Setembro a 25 de Outubro verificou que fora cobrada uma chamada de valor acrescentado (SVA) com a duração de 19 minutos e 11 segundos.

Um outro queixoso, senhor... apresentou, juntamente com a sua reclamação (recebida no dia 18 de Novembro p.p.), um documento descrevendo sumariamente o telefonema que recebeu em sua casa, o qual transcrevo na parte relevante:

"Olá, o seu número foi premiado para o concurso do Jornal O Público, habilitando-o a 500.000$00 e a uma visita ao Museu da Graciosa.

Necessitamos de fazer-lhe algumas perguntas. Para isso tem de nos ligar para o seguinte número: 064 – 199 45 55".

O reclamante ligou e o seu interlocutor, que se apresentou como João, começou por perguntar o nome do queixoso; seguidamente, fez perguntas sobre o nome das ilhas dos Açores, das cidades e das vilas, sobre os desportos preferidos, pediu opinião sobre a prestação de cuidados de saúde no arquipélago e sobre o desenvolvimento regional. Solicitou, ainda, que fosse dita uma quadra regional. Foram ainda apresentadas outras questões que o reclamante não recorda.

O tempo total da chamada telefónica foi de 18 minutos e 44 segundos, sendo o custo apresentado na factura de 10.478$00.

Situações como as duas que acabei de descrever (em que os reclamantes afirmam ter feito a chamada telefónica), e que adiante designarei por "Situação A", foram as mais vezes relatadas.

Uma outra situação-tipo, adiante designada por "Situação B" (em que os interessados afirmam que somente receberam uma chamada telefónica e que não fizeram nenhuma em resposta mas que, não obstante, o telefonema aparece referido na factura, e como SVA) foi também muitas vezes reclamada. Descrevo o caso relatado pela senhora D... , que se deslocou à Extensão dos Açores no dia 19 de Novembro p.p.

- O marido da reclamante recebeu uma chamada telefónica.

- Foi-lhe perguntado se era o senhor...
- Foi-lhe igualmente perguntado, várias vezes, qual era o número do seu telefone.
- A interlocutora perguntou qual era o número do bilhete de identidade e do número de contribuinte do marido da queixosa.
- O senhor... pousou o telefone (sem o desligar) e foi verificar. Seguidamente comunicou os números.
- A interlocutora perguntou se o senhor... conhecia a ilha da Graciosa e se gostaria de ganhar uma entrada para o Museu. Uma vez que o marido da queixosa é natural dessa ilha não manifestou interesse em deslocar-se ao Museu.
- A interlocutora perguntou então se o senhor... sabia alguma quadra alusiva à a ilha da Graciosa.
- O senhor... disse uma quadra.
- A interlocutora perguntou se o senhor... era casado e se a mulher estava perto dele. Uma vez que o senhor... respondeu afirmativamente, a interlocutora pediu-lhe que fizesse uma quadra dedicada a sua mulher. O marido da reclamante afirmou não conseguir fazer a quadra. A interlocutora insistiu e disse que esperava o tempo necessário. O marido da reclamante não fez a quadra.
- O senhor... foi informado que poderia ganhar 500.000$00.
- A interlocutora pediu ao marido da reclamante que ligasse, no dia 15 de Novembro, para um número de telefone (cujos primeiros dígitos eram 0641) para se habilitar a mais prémios.
- O senhor... afirmou que não ligaria.
- A interlocutora informou-o que no mês de Fevereiro o jornal O Público publicaria a lista dos premiados.
- A chamada telefónica foi terminada.
- Na factura telefónica referente ao período 25 de Setembro a 25 de Outubro o senhor... verificou que está discriminada uma chamada no valor de 10.690$00, referente ao serviço de valor acrescentado (SVA).

Várias dezenas de reclamantes informaram este Órgão do Estado terem sido vítimas da "Situação B".

No total, cerca de 800 pessoas afirmaram terem sido vítimas destas duas situações-tipo descritas.

II
Introdução

A Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, consagrou mecanismos destinados a proteger o utente de serviços públicos essenciais (artigo 1º, nº 1). Como expressamente refere a alínea d) do nº 2 o serviço de telefone é um serviço público essencial. O nº 3 da mesma disposição define utente como "a pessoa singular ou colectiva a quem o prestador do serviço se obriga a prestá-lo".

As disposições deste diploma têm carácter injuntivo, conforme dispõe o nº 1 do artigo 11º, pelo que é nula qualquer convenção ou disposição que exclua ou limite os direitos atribuídos aos utentes. Mas esta nulidade tem um regime especialíssimo: somente pode ser invocada pelo utente (nº 2) sem embargo deste poder optar pela manutenção do contrato ainda que alguma das suas cláusulas seja nula (nº 3).

Por outro lado, o legislador cuidou de definir um princípio geral de boa fé a que deve obedecer a prestação do serviço público essencial nos termos do qual o prestador do serviço deve proceder de boa fé e em conformidade com os ditames que decorram da natureza pública do serviço, tendo igualmente em conta a importância dos interesses dos utentes que merecem protecção (artigo 3º).

Acrescenta ainda, e certamente na decorrência daquele princípio geral, que o prestador do serviço deve informar conveniente a outra parte das condições em que o serviço é fornecido e prestar-lhe todos os esclarecimentos que se justifiquem, de acordo com as circunstâncias. É a consagração de um dever especial de informação (artigo 4º, nº 1).

Nos termos do disposto no nº 2 desta disposição, este especial dever de informação deve incidir sobre o tarifário aplicável. Com efeito, os operadores de serviços de telecomunicações devem informar os utentes sobre as tarifas aplicáveis aos serviços prestados, designadamente as respeitantes à comunicação entre a rede fixa e a rede móvel. E este dever especial de informação deve ser assegurado com regularidade, de forma atempada e eficaz. Existe, portanto, não só uma obrigação de resultado (facultar informação) mas igualmente uma obrigação de meios (regular, atempada e eficazmente).

Note-se que, nos termos do artigo 5º que é relativo à suspensão do fornecimento do serviço público, não é permitida a suspensão da prestação do serviço sem pré-aviso adequado (nºs 1 e 2). Mas, no tocante aos SVA, a falta de pagamento não pode

implicar a suspensão do fornecimento do serviço telefónico, "ainda que incluído na mesma factura, salvo se forem funcionalmente indissociáveis". Por este facto foi consagrado o direito a quitação parcial (artigo 6º).

Como refere o nº 3 do artigo 5º, a empresa prestadora do serviço deve informar o utente dos meios que tem ao seu dispor para evitar a suspensão do serviço e, bem assim, para a retoma do mesmo, sem prejuízo de poder fazer valer os direitos que lhe assistam nos termos gerais.

No que concerne à facturação dispõe o artigo 9º consagrando o direito à facturação detalhada (nº 1). Especialmente no tocante ao serviço telefónico, a efectivação deste direito está dependente de pedido do interessado ao prestador do serviço (nº 2).

O artigo 10º refere os aspectos particulares relativos à prescrição do direito de exigir o pagamento do preço do serviço prestado (seis meses, nos termos do nº 1) e à caducidade do direito de recebimento da importância que o prestador de serviço deixou de receber em virtude de ter cobrado, por erro a si imputável, uma importância inferior à devida (seis meses após pagamento, nos termos do nº 2).

Por fim, refira-se o disposto no artigo 12º: "ficam ressalvadas todas as disposições legais que, em concreto, se mostrem mais favoráveis ao utente".

Na vigência do Decreto-Lei n.° 329/90, de 23 de Outubro, diploma que estabeleceu o regime de acesso e de exercício da actividade de prestação de serviços de telecomunicações de valor acrescentado, foram aprovados regulamentos de exploração para esses serviços: primeiro, através da Portaria n.° 428/91, de 24 de Maio e, seguidamente, mediante a Portaria nº 160/94, de 22 de Março.

O Regulamento de Exploração dos Serviços de Telecomunicações de Valor Acrescentado que foi aprovado em anexo à Portaria nº 160/94 cuidou de definir o conceito de serviços de telecomunicações de valor acrescentado como "os que, tendo como único suporte os serviços fundamentais ou complementares, não exigem infra-estruturas próprias e são diferenciáveis em relação aos próprios serviços que lhes servem de suporte" (artigo 2º) mas limitou o seu âmbito espacial aos serviços prestados no território nacional e dentro dos limites geográficos fixados caso a caso na autorização concedida pelo ICP - Instituto das Comunicações de Portugal (artigo 3º).

A Lei de Bases das Telecomunicações (Lei n.º 91/97, de 1 de Agosto), que definiu as bases gerais a que obedece o estabelecimento, gestão e exploração de redes de telecomunicações e a prestação de serviços de telecomunicações, consagrou os princípios da liberdade de estabelecimento de redes públicas de telecomunicações e da pres-

tação dos serviços de telecomunicações de uso público. No desenvolvimento do seu regime jurídico foi publicado o Decreto-Lei nº 381-A/97, de 30 de Dezembro, que regulou o regime de acesso à actividade de operador de redes públicas de telecomunicações e de prestador de serviço de telecomunicações de uso público (artigo 1º).

Nos termos do disposto no artigo 2º, o exercício da actividade de operador de rede pública de telecomunicações e de prestador de serviços de telecomunicações de uso público está sujeito a licença ou a registo, o qual compete ao ICP - Instituto das Comunicações de Portugal, salvo quando envolva a atribuição de frequências no âmbito de concurso (artigo 3º).

Não obstante não ser permitida a concessão de licenças ao abrigo do Decreto-Lei nº 381-A/97 para a prestação do serviço fixo de telefone antes de 1 de Janeiro de 2000 (artigo 36º), importa chamar a atenção para algumas das matérias reguladas neste diploma. E, em especial, note-se que as entidades registadas estão sujeitas, consoante os casos, às seguintes condições e modos, definidos no artigo 7º.

a) Mecanismos de defesa dos utilizadores e assinantes;
b) Condições de oferta, incluindo sistemas de preços não discriminatórios;
c) Comparticipação financeira para os custos do serviço universal;
d) Disponibilização de dados dos utilizadores e assinantes, tendo em vista a sua inclusão numa lista global;
e) Protecção de dados pessoais e de reserva da vida privada;
f) Acesso a serviços de emergência;
g) Disponibilização do serviço a populações com necessidades especiais;
h) Defesa da dignidade da pessoa humana e da ordem pública;
i) Intercepção legal das comunicações, nos termos do artigo 27.º;
j) Sigilo das comunicações;
l) Utilização de redes públicas de telecomunicações;
m) Conformidade com o plano nacional de numeração e utilização efectiva e eficaz dos números atribuídos.

Refira-se igualmente que, conforme dispõe o artigo 9º, os contratos celebrados entre a entidade registada e os utentes não podem conter quaisquer disposições que contrariem o Decreto-Lei nº 381-A/97 (nº 1), que tratando-se de contratos de adesão, devem os mesmos ser submetidos a aprovação prévia do ICP – Instituto das Comunicações de Portugal (nº 2) e ainda que as entidades registadas estão obrigadas a anunciar e

divulgar regularmente, de forma detalhada, os vários componentes dos preços aplicáveis, e devem finalmente fornecer aos utentes uma factura que especifique devidamente os valores que apresenta (nº 3).

Publicado já em 1999, o Decreto-Lei n.º 177/99, de 21 de Maio, veio disciplinar a prestação de serviços de audiotexto que, pelas suas características específicas, são suportados em serviços de telecomunicações de uso público endereçados (artigo 2º).

Importa ter presente o texto do preâmbulo deste diploma:

"Os serviços de audiotexto, que podem ser de acesso interactivo ou não, compreendem um vasto leque de ofertas, de que são exemplo as chamadas em conferência, bem como a gravação e recolha de mensagens.

Na vigência do Decreto-Lei n.º 329/90, de 23 de Outubro, estes serviços eram designados como serviços de telecomunicações de valor acrescentado.

Atenta a especificidade deste tipo de serviços, diferenciáveis em função de conteúdos e cuja divulgação se processa através de serviços de telecomunicações, enfoca-se a natureza horizontal do controlo e fiscalização que recai sobre os diferentes órgãos e serviços do Estado competentes em razão da matéria, designadamente no domínio do direito de autor e direitos conexos, da protecção de dados pessoais, bem como na aplicação da legislação relativa à realização de jogos de fortuna ou de azar.

A especial natureza de que se revestem estes serviços é determinante da fixação de um regime autónomo e diferenciado do fixado para os serviços de telecomunicações de uso público, que lhes servem de suporte.

Com o normativo agora adoptado torna-se mais transparente a relação entre as empresas prestadoras do serviço e o consumidor, contribuindo-se para um maior grau de esclarecimento do consumidor. Tal resultado é obtido com a criação de novos indicativos de acesso, a facturação discriminada, a possibilidade de barramento do acesso a estes serviços, a indicação prévia do custo dos serviços e a indicação, através de sinal sonoro, da cadência por cada minuto de comunicação".

Em face das preocupações manifestadas, o legislador determinou que o exercício da actividade de prestador de serviços de audiotexto ficasse sujeito a registo (artigo 3º) no ICP - Instituto das Comunicações de Portugal (artigo 4º, nº 1).

Nos termos do nº 2, podem ser registadas pessoas singulares matriculadas como comerciantes em nome individual (alínea a)) e sociedades comerciais legalmente constituídas (alínea b)).

Antes de iniciarem a prestação do serviço, as entidades registadas devem in-

formar o ICP – Instituto das Comunicações de Portugal dos serviços cuja prestação pretendem começar (artigo 5º, nº 1) mediante a apresentação dos seguintes elementos:

a) Declaração expressa donde conste a descrição detalhada do serviço que se propõem prestar, para efeitos de atribuição do respectivo indicativo de acesso;

b) Projecto técnico onde se identifiquem os equipamentos a utilizar;

c) Indicação do prestador de serviços de suporte.

O início da prestação do serviço somente pode ocorrer 20 dias úteis após a recepção no ICP – Instituto das Comunicações de Portugal daquelas informações (nº 3).

O artigo 6º define os direitos e as obrigações dos prestadores. Nos termos do nº 1, são direitos dos prestadores de serviços de audiotexto o desenvolvimento da actividade nos termos constantes da alínea a) do n.º 2 do artigo 5.º [alínea a)] e a livre fixação do preço dos serviços prestados [alínea b)].

O nº 2 elenca as seguintes obrigações dos prestadores de serviços de audiotexto:

a) Respeitar as condições e limites inerentes ao respectivo indicativo de acesso;

b) Cumprir com a legislação aplicável, nomeadamente em matéria de publicidade, direito de autor e direitos conexos, defesa do consumidor, protecção de dados pessoais, propriedade industrial, bem como a relativa à realização de concursos ou jogos de fortuna ou de azar;

c) Utilizar equipamentos devidamente aprovados pela entidade competente;

d) Facultar ao ICP – Instituto das Comunicações de Portugal a verificação dos equipamentos, bem como disponibilizar informação destinada a fins estatísticos, facultando o acesso às respectivas instalações e documentação.

Nos termos do artigo 7º os contratos a celebrar entre os prestadores de serviços de audiotexto e os prestadores de serviços de suporte são obrigatoriamente reduzidos a escrito e devem incluir:

a) A identificação das partes contratantes;

b) A indicação do número de registo e do indicativo de acesso atribuído pelo ICP – Instituto das Comunicações de Portugal;

c) A descrição detalhada do serviço a prestar como tal declarada ao ICP – Instituto das Comunicações de Portugal;

d) Um termo de responsabilidade da utilização dos serviços de suporte para a oferta de serviços de acordo com a descrição detalhada a que alude a alínea c);

e) O modo da respectiva facturação, bem como as regras relevantes para o acerto de contas entre as partes contratantes;

f) As regras aplicáveis em caso de não pagamento pelos seus clientes das importâncias correspondentes aos serviços que prestam, quando a cobrança seja assumida pelo prestador do serviço de telecomunicações em que se suporta.

O nº 2 impõe que, quando os contratos prevejam a obrigação do prestador do serviço de telecomunicações proceder à facturação e cobrança de importâncias correspondentes à prestação de serviços de audiotexto, estas sejam devidamente autonomizadas.

O ICP – Instituto das Comunicações de Portugal atribui aos prestadores de serviços de audiotexto diferentes indicativos de acesso de acordo com a sua natureza e conteúdo, em conformidade com a descrição detalhada do serviço a prestar constante da declaração apresentada (artigo 8º).

O artigo 9º impõe especiais obrigações relativamente à informação de preços. Nos termos do nº 1 a indicação do preço dos serviços de audiotexto deve obrigatoriamente mencionar, consoante o tipo de serviço:

a) O preço por minuto;

b) O preço por cada período de quinze segundos, apenas para serviços com duração máxima de um minuto e desde que garantido, pelo equipamento do prestador, o desligamento automático da chamada decorrido esse período;

c) O preço da chamada, para todos os serviços com preços fixos de chamada, independentemente da sua duração.

No momento de acesso ao serviço os prestadores devem igualmente garantir, nos termos do disposto no nº 2, uma mensagem oral explicitando a natureza do serviço e, se for o caso, o facto de se dirigir a adultos, bem como o preço a cobrar. Esta mensagem pode ser assegurada em gravação, de duração fixa de dez segundos e ao preço do serviço de telecomunicações em que se suporta. Acrescidamente, os serviços devem conter sinal sonoro que evidencie a cadência por cada minuto de comunicação (nº 3).

O artigo 10º trata de impor aquilo que denomina de limitações no acesso ao serviço, nos seguintes termos: "a pedido dos respectivos clientes, os prestadores de ser-

viços de suporte devem barrar, sem quaisquer encargos, o acesso a serviços de audiotexto, genérica ou selectivamente, de acordo com as possibilidades técnicas existentes".

Compete ao ICP – Instituto das Comunicações de Portugal, ao abrigo do disposto no artigo 12º, nº 1, a fiscalização da conformidade dos serviços prestados com os indicativos de acesso atribuídos, bem como do cumprimento do disposto no artigo 9.º

Mas, no caso dos serviços de audiotexto, são ainda competentes para a fiscalização as entidades que, em razão da matéria, disponham de poderes, nomeadamente, no âmbito de aplicação dos Códigos da Publicidade e de Direito de Autor e Direitos Conexos, da legislação aplicável à defesa do consumidor e à protecção de dados pessoais, do Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro, na redacção do Decreto-Lei n.º 10/95, de 19 de Janeiro, e do Decreto n.º 11.223, de 6 de Novembro de 1925, e legislação complementar (nº 2).

Se verificar desconformidade de utilização do indicativo de acesso atribuído em face à declaração a que alude a alínea a) do n.º 2 do artigo 5º, o ICP – Instituto das Comunicações de Portugal informa quais as medidas necessárias à correcção da situação, fixando um prazo não superior a 10 dias para que o prestador se pronuncie (nº 2). Caso subsista o incumprimento das medidas impostas no prazo fixado, pode o ICP – Instituto das Comunicações de Portugal suspender a utilização do indicativo ou revogar o registo (artigo 13º, nº 3). Esta suspensão da utilização do indicativo de acesso por parte do prestador de serviços de audiotexto, ou este cancelamento do registo, pode ser publicitado pelo ICP – Instituto das Comunicações de Portugal e deve ser comunicado ao prestador de serviços de suporte (nº 5).

Compete ao presidente do ICP – Instituto das Comunicações de Portugal a aplicação das coimas (artigo 15º, nº 1), sendo que a instrução dos respectivos processo é da competência dos serviços do ICP – Instituto das Comunicações de Portugal (nº 2).

Nos termos do artigo 14º, e sem prejuízo de outras sanções aplicáveis, constituem contra-ordenações puníveis com coima de 100.000$00 a 500.000$00 e de 1.000.000$00 a 9.000.000$00, consoante tenham sido praticadas por pessoa singular ou colectiva:

a) A prestação de serviços de audiotexto por entidades não registadas;

b) A violação do disposto nos nºs 1 e 3 do artigo 5º, nas alíneas a), c) e d) do nº 2 do artigo 6º, no artigo 9º e no nº 3 do artigo 16º.

O artigo 15º, nº 4 prevê que o ICP – Instituto das Comunicações de Portugal

possa publicitar adequadamente a punição por contra-ordenação.

O Decreto-Lei n.º 175/99, de 21 de Maio, regula a matéria da publicidade a serviços de audiotexto.

Uma vez mais justifica-se atender ao texto do preâmbulo do diploma, o qual se transcreve na íntegra:

"A liberalização da prestação de serviços de telecomunicações e as modernas tecnologias de comunicação à distância introduzem nas sociedades modernas novos tipos de produtos e serviços, os quais extravasam o uso tradicional do telefone.

Determinados tipos de serviços classificados como serviços de audiotexto, operando, em alguns casos, através de sistemas totalmente automáticos sem intervenção humana directa, têm vindo a ser oferecidos aos consumidores através da rede telefónica pública, mas com um tarifário totalmente distinto.

Atendendo a que para a contratação deste tipo de serviços basta a realização de uma chamada para um número predeterminado, têm surgido situações graves, que se traduzem, em muitos casos, num acréscimo importante das despesas a suportar pelo orçamento familiar.

Esta situação é, regra geral, potenciada pela emissão de publicidade agressiva, muitas vezes dirigida a menores, e, por vezes, susceptível de pôr em causa direitos e interesses protegidos pela Lei.

Uma vez que a Lei deve assegurar, em matéria de publicidade, um elevado grau de protecção dos menores, em virtude da sua vulnerabilidade psicológica, importa agora definir um regime específico para estes serviços".

Como princípio geral, é estipula a obrigatoriedade da publicidade a serviços abrangidos pelo presente diploma conter, de forma clara e perfeitamente legível ou audível, conforme o meio de comunicação utilizado, a identificação do prestador e as condições de prestação do serviço (artigo 2º, nº 1, in fine). Esta obrigação acresce ao disposto no Código da Publicidade, e demais legislação aplicável (nº 1, 1ª parte). Como esclarece o nº 2 da mesma disposição, a publicidade deve conter, entre outras, a indicação da identidade ou denominação social do prestador, do conteúdo do serviço e do respectivo preço de acordo com as regras fixadas para a indicação de preços na legislação que estabelece o regime de acesso e exercício da actividade de prestador de serviços de audiotexto. Por outro lado, é proibida a publicidade a serviços de audiotexto dirigida a menores de 16 anos, sob qualquer forma e através de qualquer suporte publicitário - nomeadamente, em publicações, gravações, emissões ou qualquer outro tipo de comu-

nicações que lhes sejam especialmente dirigidas (nº 3).

A violação do disposto no artigo 2º constitui contra-ordenação, punível com coima de 100.000$00 a 750.000$00 e de 700.000$00 a 9.000.000$00, consoante tenha sido praticada por pessoa singular ou colectiva; e são punidos como agentes destas contra-ordenações o prestador do serviço, o anunciante, o profissional, a agência de publicidade e qualquer outra entidade que exerça a actividade publicitária, o titular do suporte publicitário ou o respectivo concessionário, bem como qualquer outro interveniente na emissão da mensagem publicitária.

Nos termos do artigo 4º, a fiscalização do disposto no Decreto-Lei n.º 175/99, de 21 de Maio, e a instrução dos respectivos processos por contra-ordenações, compete ao Instituto do Consumidor (nº 1). E é da competência da comissão referida no artigo 39º do Código da Publicidade, a aplicação das coimas e sanções acessórias previstas no presente diploma (nº 2).

O artigo 5º, nº 1, prevê a aplicação cumulativa das sanções acessórias mencionadas no artigo 35º do Código da Publicidade, e a possibilidade da punição ser publicitada (nº 2).

III
Exposição de Motivos

O exercício da actividade de prestador de serviços de audiotexto está sujeito a registo no ICP - Instituto das Comunicações de Portugal (artigos 3º e 4º, nº 1 do Decreto-Lei nº 177/99, de 21 de Maio). Por outro lado, o ICP – Instituto das Comunicações de Portugal é informado dos serviços cuja prestação é pretendida, através da apresentação, entre outros elementos, de declaração expressa donde conste a descrição detalhada do serviço a prestar. Acrescidamente, o ICP – Instituto das Comunicações de Portugal é competente para a fiscalização da conformidade dos serviços prestados com os indicativos de acesso atribuídos, bem como do cumprimento do disposto no artigo 9.º

De notar, ainda, que a instrução dos processos de contra-ordenação é da competência dos serviços do ICP – Instituto das Comunicações de Portugal, incumbindo ao Presidente a aplicação das respectivas coimas.

Constituem contra-ordenações a prestação de serviços de audiotexto por entidades não registadas e a violação do disposto no artigo 5º, nºs 1 e 3, e no artigo 6º, nº 2,

alíneas a), c) e d), bem como no artigo 9º e artigo 16º, nº 3; a respectiva punição por contra-ordenação pode ser publicitada.

Acrescente-se, por fim, que a verificação da desconformidade de utilização do indicativo de acesso atribuído em face à declaração a que alude a alínea a) do n.º 2 do artigo 5º, deve levar o ICP – Instituto das Comunicações de Portugal a fixar as medidas necessárias à correcção da situação; e caso se verifique o incumprimento destas, pode ser suspensa a utilização do indicativo ou revogado o registo. Estas sanções pode ser publicitadas pelo ICP – Instituto das Comunicações de Portugal e devem ser comunicadas ao prestador de serviços de suporte.

Como resulta do texto da presente Recomendação, há indícios claros de que a empresa prestadora do serviço de audiotexto reclamado não só não respeita as condições e limites inerentes ao respectivo indicativo de acesso, como não cumpre a legislação aplicável, nomeadamente em matéria de defesa do consumidor, protecção de dados pessoais e realização de concursos ou jogos de fortuna ou de azar.

Verificam-se, igualmente, indícios de não estarem a ser cumpridas as obrigações especiais relativas à informação de preços.

Quanto à mensagem oral explicitando a natureza do serviço que deve ser garantida no momento de acesso ao serviço a informação ao utilizador, bem como ao sinal sonoro revelador da cadência por cada minuto de comunicação, existem também indícios de que ou são inexistentes, ou são prestadas de forma deficiente.

Tal como fiz perante o senhor Presidente do Conselho de Administração da Portugal Telecom, S.A. julgo dever expressar a V.Exa. o entendimento de que mais grave do que ocorrerem situações como as reclamadas é a circunstância de ser permitido que estas perdurem no tempo - com o consequente e generalizado sentimento de impunidade - sem que ocorra, por parte das entidades públicas directa ou indirectamente envolvidas, uma pronta reacção em defesa daqueles menos protegidos e que a elas estão mais expostos.

Assim, em face da repercussão pública que este assunto conheceu especialmente junto da população da ilha Terceira, nos Açores, esperar-se-ia que a principal entidade pública com competência fiscalizadora nesta matéria tivesse já vindo a público alertar, informar e pacificar as pessoas que, por erro, impreparação ou simplesmente ignorância, foram vítimas de actos que indiciam práticas criminosas.

Desconhece-se, em absoluto, que medidas foram desencadeadas em ordem à averiguação, correcção e punição das situações reclamadas. O impacto regional que o

assunto em apreço já demonstrou, bem como as repercussões que certamente virá a ter a nível nacional, impõem a tomada urgente de medidas de pacificação social directamente ligadas à prestação de informações.

IV
Conclusões

Pelas razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no artigo 20º, nº 1, alínea a), da Lei nº 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

Ao ICP – Instituto das Comunicações de Portugal:

A. Que identifique o prestador de serviços de audiotexto reclamado;

B. Que exerça as suas competências de fiscalização à prestação deste serviço de audiotexto;

C. Que, com urgência, torne públicas as conclusões do processo de averiguações, bem como as sanções eventualmente aplicadas.

Recomendação acatada

Ao
Exmº Senhor
Presidente do Conselho de Administração da Portugal Telecom, S.A.

R- 4321/99
Rec. n.º 84/A/99
1999.11.22

I
Questão Prévia

Nos termos do disposto no artigo 35º do Estatuto do Provedor de Justiça foi feita comunicação ao senhor Procurador da República do Círculo Judicial de Angra do Heroísmo da verificação de indícios da prática de crime de burla [artigo 218º, do Código Penal)] no decurso da instrução de diversos processos abertos na Extensão da Provedoria de Justiça da Região Autónoma dos Açores (ofício nº 1212, de 15/11/99, deste Órgão do Estado).

Com efeito, a Extensão dos Açores organizou largas dezenas de processos

(eram cerca de 800 no dia 19 de Novembro) relativos ao pagamento de chamadas de valor acrescentado que muitas pessoas efectuaram. Não é possível referir o número exacto de queixas que me foram dirigidas sobre este assunto uma vez que desde o dia 12 de Novembro p.p. foram recebidas, diariamente, mais de cem novos pedidos de intervenção.

Como resulta com toda a evidência da descrição que deixarei feita ao longo da Recomendação, as situações reclamadas revelam a existência de:

a) Uma ou mais empresas prestadoras de serviços de audiotexto (adiante SVA);

b) Indícios de intenção de obtenção de enriquecimento;

c) Indícios de incumprimento das disposições legais e regulamentares que disciplinam a matéria de prestação de serviços de audiotexto;

d) Indícios de criação de erro ou engano;

e) Indícios de utilização de astúcia;

f) Indícios de que as empresas de audiotexto visadas determinaram os interessados à prática dos actos reclamados;

g) Prejuízos patrimoniais.

Acrescente-se que os prejuízos patrimoniais que me foram comprovadamente apresentados são de valor consideravelmente elevado e colocaram muitas das pessoas prejudicadas em difícil situação económica. E não estranha a conclusão da existência de fortíssimos indícios de que os agentes fazem desta prática modo de vida.

Este conjunto de razões levaram-me a concluir pela existência de indícios, não só da prática do crime de burla (artigo 217º do Código Penal), como do crime de burla qualificada (artigo 218º). Se o procedimento criminal em virtude da prática do crime de burla depende de queixa (artigo 217º) já não se impõe a verificação dessa condição para o procedimento criminal relativo ao crime de burla qualificada.

Outra questão relevante (e que importaria averiguar em sede policial) é a do acesso aos dados relativos às pessoas prejudicadas. Com efeito, também quanto este aspecto existem fortes indícios de utilização e tratamento abusivo de informação sendo notório que foram visadas pessoas com características sócio-económicas, culturais e etárias favoráveis à criação de erros ou enganos mediante astúcia.

Como ponto de partida, atente-se na descrição da sequência do telefonema reclamado feita pela senhora D... , que se deslocou à Extensão da Provedoria de Justiça da Região Autónoma dos Açores no dia 18 de Novembro p.p. para apresentar reclamação.

- A reclamante reside numa casa que dista poucos metros da casa onde a sua mãe (que já faleceu) habitava.
- O telefone que existe na casa que era da sua mãe está em nome da reclamante.
- O telefone que existe na habitação da reclamante está em nome do marido desta.
- A senhora D... estava na casa que era da sua mãe e o telefone tocou.
- Quando atendeu, falou-lhe uma mulher que lhe disse que havia ganho um prémio de 100.000$00.
- Disse-lhe, ainda, que para reclamar o prémio teria de telefonar para o número 0641994888, nos 3 minutos seguintes.
- A reclamante ligou.
- Foram colocadas à reclamante diversas questões, designadamente relativas:

a) Ao seu nome;
b) Ao seu número do bilhete de identidade;
c) Ao seu número de contribuinte;
d) À sua profissão;
e) Ao número de filhos que tinha.

- Uma vez que a reclamante não sabia o seu número de contribuinte, foi-lhe solicitado que consultasse o seu cartão de contribuinte. A queixosa deslocou-se então a sua casa (sem dar por terminada a chamada) para ir buscar o cartão.
- Após ter voltado, a interlocutora da reclamante foi dialogando com a queixosa (sobre as características da sua profissão, a ocupação dos filhos, etc.).
- A queixosa foi informada que a reclamação do prémio teria que ser feita no Museu da Graciosa.
- A reclamante revelou a sua impossibilidade para se deslocar à ilha da Graciosa.
- Então, a interlocutora explicou que a queixosa poderia tirar fotocópias do seu bilhete de identidade e cartão de contribuinte e mandá-las para alguém que conhecesse naquela ilha, para que fosse reclamar o prémio em seu nome.
- A interlocutora pediu que a queixosa dissesse uma quadra ou uma frase sobre a sua cidade.

- A reclamante terá dito: Angra do Heroísmo, cidade património mundial, Angra do Heroísmo, mui nobre e cidade leal.
- A interlocutora disse à queixosa que de entre todas as frases apresentadas por todos os concorrentes seria premiada a melhor e que esta (somente esta) receberia o prémio.
- A reclamante desligou.
- Posteriormente, a queixosa deslocou-se para a sua residência. Ao chegar (poucos minutos após ter terminado o telefonema descrito)o telefone tocou.
- Ao atender, a queixosa deparou-se com uma voz que lhe pareceu idêntica à da interlocutora do anterior telefonema, que a informou que recebera um prémio.
- A reclamante informou que já recebera, há minutos atrás, um telefonema do mesmo teor, e desligou.
- Ao receber a factura da Portugal Telecom referente ao período 25 de Setembro a 25 de Outubro verificou que fora cobrada uma chamada de valor acrescentado (SVA) com a duração de 19 minutos e 11 segundos.

Um outro queixoso, senhor... apresentou, juntamente com a sua reclamação (recebida no dia 18 de Novembro p.p.), um documento descrevendo sumariamente o telefonema que recebeu em sua casa, o qual transcrevo na parte relevante:

"Olá, o seu número foi premiado para o concurso do Jornal O Público, habilitando-o a 500.000$00 e a uma visita ao Museu da Graciosa.

Necessitamos de fazer-lhe algumas perguntas. Para isso tem de nos ligar para o seguinte número: 064 – 199 45 55".

O reclamante ligou e o seu interlocutor, que se apresentou como João, começou por perguntar o nome do queixoso; seguidamente, fez perguntas sobre o nome das ilhas dos Açores, das cidades e das vilas, sobre os desportos preferidos, pediu opinião sobre a prestação de cuidados de saúde no arquipélago e sobre o desenvolvimento regional. Solicitou, ainda, que fosse dita uma quadra regional. Foram ainda apresentadas outras questões que o reclamante não recorda.

O tempo total da chamada telefónica foi de 18 minutos e 44 segundos, sendo o custo apresentado na factura de 10.478$00.

Situações como as duas que acabei de descrever (em que os reclamantes afirmam ter feito a chamada telefónica), e que adiante designarei por "Situação A", foram as mais vezes relatadas.

Uma outra situação-tipo, adiante designada por "Situação B" (em que os interessados afirmam que somente receberam uma chamada telefónica e que não fizeram nenhuma em resposta mas que, não obstante, o telefonema aparece referido na factura, e como SVA) foi também muitas vezes reclamada. Descrevo o caso relatado pela senhora D... , que se deslocou à Extensão dos Açores no dia 19 de Novembro p.p.

- O marido da reclamante recebeu uma chamada telefónica.
- Foi-lhe perguntado se era o senhor...
- Foi-lhe igualmente perguntado, várias vezes, qual era o número do seu telefone.
- A interlocutora perguntou qual era o número do bilhete de identidade e do número de contribuinte do marido da queixosa.
- O senhor... pousou o telefone (sem o desligar) e foi verificar. Seguidamente comunicou os números.
- A interlocutora perguntou se o senhor... conhecia a ilha da Graciosa e se gostaria de ganhar uma entrada para o Museu. Uma vez que o marido da queixosa é natural dessa ilha não manifestou interesse em deslocar-se ao Museu.
- A interlocutora perguntou então se o senhor... sabia alguma quadra alusiva à a ilha da Graciosa.
- O senhor... disse uma quadra.
- A interlocutora perguntou se o senhor... era casado e se a mulher estava perto dele. Uma vez que o senhor... respondeu afirmativamente, a interlocutora pediu-lhe que fizesse uma quadra dedicada a sua mulher. O marido da reclamante afirmou não conseguir fazer a quadra. A interlocutora insistiu e disse que esperava o tempo necessário. O marido da reclamante não fez a quadra.
- O senhor... foi informado que poderia ganhar 500.000$00.
- A interlocutora pediu ao marido da reclamante que ligasse, no dia 15 de Novembro, para um número de telefone (cujos primeiros dígitos eram 0641) para se habilitar a mais prémios.
- O senhor... afirmou que não ligaria.
- A interlocutora informou-o que no mês de Fevereiro o jornal O Público publicaria a lista dos premiados.
- A chamada telefónica foi terminada.

- Na factura telefónica referente ao período 25 de Setembro a 25 de Outubro o senhor... verificou que está discriminada uma chamada no valor de 10.690$00, referente ao serviço de valor acrescentado (SVA).

Várias dezenas de reclamantes informaram este Órgão do Estado de terem sido vítimas da "Situação B".

No total, cerca de 800 pessoas afirmaram terem sido vítimas destas duas situações-tipo descritas.

II
Introdução

A Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, consagrou mecanismos destinados a proteger o utente de serviços públicos essenciais (artigo 1º, nº 1). Como expressamente refere a alínea d) do nº 2 o serviço de telefone é um serviço público essencial. O nº 3 da mesma disposição define utente como "a pessoa singular ou colectiva a quem o prestador do serviço se obriga a prestá-lo".

As disposições deste diploma têm carácter injuntivo, conforme dispõe o nº 1 do artigo 11º, pelo que é nula qualquer convenção ou disposição que exclua ou limite os direitos atribuídos aos utentes. Mas esta nulidade tem um regime especialíssimo: somente pode ser invocada pelo utente (nº 2) sem embargo deste poder optar pela manutenção do contrato ainda que alguma das suas cláusulas seja nula (nº 3).

Por outro lado, o legislador cuidou de definir um princípio geral de boa fé a que deve obedecer a prestação do serviço público essencial nos termos do qual o prestador do serviço deve proceder de boa fé e em conformidade com os ditames que decorram da natureza pública do serviço, tendo igualmente em conta a importância dos interesses dos utentes que merecem protecção (artigo 3º).

Acrescenta ainda, e certamente na decorrência daquele princípio geral, que o prestador do serviço deve informar conveniente a outra parte das condições em que o serviço é fornecido e prestar-lhe todos os esclarecimentos que se justifiquem, de acordo com as circunstâncias. É a consagração de um dever especial de informação (artigo 4º, nº 1).

Nos termos do disposto no nº 2 desta disposição, este especial dever de informação deve incidir sobre o tarifário aplicável. Com efeito, os operadores de serviços de telecomunicações devem informar os utentes sobre as tarifas aplicáveis aos serviços prestados, designadamente as respeitantes à comunicação entre a rede fixa e a rede mó-

vel. E este dever especial de informação deve ser assegurado com regularidade, de forma atempada e eficaz. Existe, portanto, não só uma obrigação de resultado (facultar informação) mas igualmente uma obrigação de meios (regular, atempada e eficazmente).

Note-se que, nos termos do artigo 5º que é relativo à suspensão do fornecimento do serviço público, não é permitida a suspensão da prestação do serviço sem pré-aviso adequado (nºs 1 e 2). Mas, no tocante aos SVA, a falta de pagamento não pode implicar a suspensão do fornecimento do serviço telefónico, "ainda que incluído na mesma factura, salvo se forem funcionalmente indissociáveis". Por este facto foi consagrado o direito a quitação parcial (artigo 6º).

Como refere o nº 3 do artigo 5º, a empresa prestadora do serviço deve informar o utente dos meios que tem ao seu dispor para evitar a suspensão do serviço e, bem assim, para a retoma do mesmo, sem prejuízo de poder fazer valer os direitos que lhe assistam nos termos gerais.

No que concerne à facturação dispõe o artigo 9º consagrando o direito à facturação detalhada (nº 1). Especialmente no tocante ao serviço telefónico, a efectivação deste direito está dependente de pedido do interessado ao prestador do serviço (nº 2).

O artigo 10º refere os aspectos particulares relativos à prescrição do direito de exigir o pagamento do preço do serviço prestado (seis meses, nos termos do nº 1) e à caducidade do direito de recebimento da importância que o prestador de serviço deixou de receber em virtude de ter cobrado, por erro a si imputável, uma importância inferior à devida (seis meses após pagamento, nos termos do nº 2).

Por fim, refira-se o disposto no artigo 12º: "ficam ressalvadas todas as disposições legais que, em concreto, se mostrem mais favoráveis ao utente".

Na vigência do Decreto-Lei n.° 329/90, de 23 de Outubro, diploma que estabeleceu o regime de acesso e de exercício da actividade de prestação de serviços de telecomunicações de valor acrescentado, foram aprovados regulamentos de exploração para esses serviços: primeiro, através da Portaria n.° 428/91, de 24 de Maio e, seguidamente, mediante a Portaria nº 160/94, de 22 de Março.

O Regulamento de Exploração dos Serviços de Telecomunicações de Valor Acrescentado que foi aprovado em anexo à Portaria nº 160/94 cuidou de definir o conceito de serviços de telecomunicações de valor acrescentado como "os que, tendo como único suporte os serviços fundamentais ou complementares, não exigem infra-estruturas próprias e são diferenciáveis em relação aos próprios serviços que lhes servem de su-

porte" (artigo 2º) mas limitou o seu âmbito espacial aos serviços prestados no território nacional e dentro dos limites geográficos fixados caso a caso na autorização concedida pelo ICP - Instituto das Comunicações de Portugal (artigo 3º).

A Lei de Bases das Telecomunicações (Lei n.º 91/97, de 1 de Agosto), que definiu as bases gerais a que obedece o estabelecimento, gestão e exploração de redes de telecomunicações e a prestação de serviços de telecomunicações, consagrou os princípios da liberdade de estabelecimento de redes públicas de telecomunicações e da prestação dos serviços de telecomunicações de uso público. No desenvolvimento do seu regime jurídico foi publicado o Decreto-Lei nº 381-A/97, de 30 de Dezembro, que regulou o regime de acesso à actividade de operador de redes públicas de telecomunicações e de prestador de serviço de telecomunicações de uso público (artigo 1º).

Nos termos do disposto no artigo 2º, o exercício da actividade de operador de rede pública de telecomunicações e de prestador de serviços de telecomunicações de uso público está sujeito a licença ou a registo, o qual compete ao ICP - Instituto das Comunicações de Portugal, salvo quando envolva a atribuição de frequências no âmbito de concurso (artigo 3º).

Não obstante não ser permitida a concessão de licenças ao abrigo do Decreto-Lei nº 381-A/97 para a prestação do serviço fixo de telefone antes de 1 de Janeiro de 2000 (artigo 36º), importa chamar a atenção para algumas das matérias reguladas neste diploma. E, em especial, note-se que as entidades registadas estão sujeitas, consoante os casos, às seguintes condições e modos, definidos no artigo 7º:

a) Mecanismos de defesa dos utilizadores e assinantes;
b) Condições de oferta, incluindo sistemas de preços não discriminatórios;
c) Comparticipação financeira para os custos do serviço universal;
d) Disponibilização de dados dos utilizadores e assinantes, tendo em vista a sua inclusão numa lista global;
e) Protecção de dados pessoais e de reserva da vida privada;
f) Acesso a serviços de emergência;
g) Disponibilização do serviço a populações com necessidades especiais;
h) Defesa da dignidade da pessoa humana e da ordem pública;
i) Intercepção legal das comunicações, nos termos do artigo 27.º;
j) Sigilo das comunicações;
l) Utilização de redes públicas de telecomunicações;
m) Conformidade com o plano nacional de numeração e utilização efectiva e

eficaz dos números atribuídos.

Refira-se igualmente que, conforme dispõe o artigo 9º, os contratos celebrados entre a entidade registada e os utentes não podem conter quaisquer disposições que contrariem o Decreto-Lei nº 381-A/97 (nº 1), que tratando-se de contratos de adesão, devem os mesmos ser submetidos a aprovação prévia do ICP – Instituto das Comunicações de Portugal (nº 2) e ainda que as entidades registadas estão obrigadas a anunciar e divulgar regularmente, de forma detalhada, os vários componentes dos preços aplicáveis, e devem finalmente fornecer aos utentes uma factura que especifique devidamente os valores que apresenta (nº 3).

Publicado já em 1999, o Decreto-Lei n.º 177/99, de 21 de Maio, veio disciplinar a prestação de serviços de audiotexto que, pelas suas características específicas, são suportados em serviços de telecomunicações de uso público endereçados (artigo 2º)

Importa ter presente o texto do preâmbulo deste diploma:

"Os serviços de audiotexto, que podem ser de acesso interactivo ou não, compreendem um vasto leque de ofertas, de que são exemplo as chamadas em conferência, bem como a gravação e recolha de mensagens.

Na vigência do Decreto-Lei n.º 329/90, de 23 de Outubro, estes serviços eram designados como serviços de telecomunicações de valor acrescentado.

Atenta a especificidade deste tipo de serviços, diferenciáveis em função de conteúdos e cuja divulgação se processa através de serviços de telecomunicações, enfoca-se a natureza horizontal do controlo e fiscalização que recai sobre os diferentes órgãos e serviços do Estado competentes em razão da matéria, designadamente no domínio do direito de autor e direitos conexos, da protecção de dados pessoais, bem como na aplicação da legislação relativa à realização de jogos de fortuna ou de azar.

A especial natureza de que se revestem estes serviços é determinante da fixação de um regime autónomo e diferenciado do fixado para os serviços de telecomunicações de uso público, que lhes servem de suporte.

Com o normativo agora adoptado torna-se mais transparente a relação entre as empresas prestadoras do serviço e o consumidor, contribuindo-se para um maior grau de esclarecimento do consumidor. Tal resultado é obtido com a criação de novos indicativos de acesso, a facturação discriminada, a possibilidade de barramento do acesso a estes serviços, a indicação prévia do custo dos serviços e a indicação, através de sinal sonoro, da cadência por cada minuto de comunicação".

Em face das preocupações manifestadas, o legislador determinou que o exercício da actividade de prestador de serviços de audiotexto ficasse sujeito a registo (artigo 3º) no ICP - Instituto das Comunicações de Portugal (artigo 4º, nº 1).

Nos termos do nº 2, podem ser registadas pessoas singulares matriculadas como comerciantes em nome individual (alínea a)) e sociedades comerciais legalmente constituídas (alínea b)).

Antes de iniciarem a prestação do serviço, as entidades registadas devem informar o ICP – Instituto das Comunicações de Portugal dos serviços cuja prestação pretendem começar (artigo 5º, nº 1) mediante a apresentação dos seguintes elementos:

a) Declaração expressa donde conste a descrição detalhada do serviço que se propõem prestar, para efeitos de atribuição do respectivo indicativo de acesso;
b) Projecto técnico onde se identifiquem os equipamentos a utilizar;
c) Indicação do prestador de serviços de suporte.

O início da prestação do serviço somente pode ocorrer 20 dias úteis após a recepção no ICP – Instituto das Comunicações de Portugal daquelas informações (nº 3).

O artigo 6º define os direitos e as obrigações dos prestadores. Nos termos do nº 1, são direitos dos prestadores de serviços de audiotexto o desenvolvimento da actividade nos termos constantes da alínea a) do n.º 2 do artigo 5.º [alínea a)] e a livre fixação do preço dos serviços prestados [alínea b)].

O nº 2 elenca as seguintes obrigações dos prestadores de serviços de audiotexto:

a) Respeitar as condições e limites inerentes ao respectivo indicativo de acesso;
b) Cumprir com a legislação aplicável, nomeadamente em matéria de publicidade, direito de autor e direitos conexos, defesa do consumidor, protecção de dados pessoais, propriedade industrial, bem como a relativa à realização de concursos ou jogos de fortuna ou de azar;
c) Utilizar equipamentos devidamente aprovados pela entidade competente;
d) Facultar ao ICP – Instituto das Comunicações de Portugal a verificação dos equipamentos, bem como disponibilizar informação destinada a fins estatísticos, facultando o acesso às respectivas instalações e documentação.

Nos termos do artigo 7º os contratos a celebrar entre os prestadores de serviços de audiotexto e os prestadores de serviços de suporte são obrigatoriamente reduzidos a escrito e devem incluir:

a) A identificação das partes contratantes;

b) A indicação do número de registo e do indicativo de acesso atribuído pelo ICP – Instituto das Comunicações de Portugal;

c) A descrição detalhada do serviço a prestar como tal declarada ao ICP – Instituto das Comunicações de Portugal;

d) Um termo de responsabilidade da utilização dos serviços de suporte para a oferta de serviços de acordo com a descrição detalhada a que alude a alínea c);

e) O modo da respectiva facturação, bem como as regras relevantes para o acerto de contas entre as partes contratantes;

f) As regras aplicáveis em caso de não pagamento pelos seus clientes das importâncias correspondentes aos serviços que prestam, quando a cobrança seja assumida pelo prestador do serviço de telecomunicações em que se suporta.

O nº 2 impõe que, quando os contratos prevejam a obrigação do prestador do serviço de telecomunicações proceder à facturação e cobrança de importâncias correspondentes à prestação de serviços de audiotexto, estas sejam devidamente autonomizadas.

O ICP – Instituto das Comunicações de Portugal atribui aos prestadores de serviços de audiotexto diferentes indicativos de acesso de acordo com a sua natureza e conteúdo, em conformidade com a descrição detalhada do serviço a prestar constante da declaração apresentada (artigo 8º).

O artigo 9º impõe especiais obrigações relativamente à informação de preços. Nos termos do nº 1 a indicação do preço dos serviços de audiotexto deve obrigatoriamente mencionar, consoante o tipo de serviço:

a) O preço por minuto;

b) O preço por cada período de quinze segundos, apenas para serviços com duração máxima de um minuto e desde que garantido, pelo equipamento do prestador, o desligamento automático da chamada decorrido esse período;

c) O preço da chamada, para todos os serviços com preços fixos de chamada, independentemente da sua duração.

No momento de acesso ao serviço os prestadores devem igualmente garantir,

nos termos do disposto no nº 2, uma mensagem oral explicitando a natureza do serviço e, se for o caso, o facto de se dirigir a adultos, bem como o preço a cobrar. Esta mensagem pode ser assegurada em gravação, de duração fixa de dez segundos e ao preço do serviço de telecomunicações em que se suporta. Acrescidamente, os serviços devem conter sinal sonoro que evidencie a cadência por cada minuto de comunicação (nº 3).

O artigo 10º trata de impor aquilo que denomina de limitações no acesso ao serviço, nos seguintes termos: "a pedido dos respectivos clientes, os prestadores de serviços de suporte devem barrar, sem quaisquer encargos, o acesso a serviços de audiotexto, genérica ou selectivamente, de acordo com as possibilidades técnicas existentes".

Compete ao ICP – Instituto das Comunicações de Portugal, ao abrigo do disposto no artigo 12º, nº 1, a fiscalização da conformidade dos serviços prestados com os indicativos de acesso atribuídos, bem como do cumprimento do disposto no artigo 9.º

Mas, no caso dos serviços de audiotexto, são ainda competentes para a fiscalização as entidades que, em razão da matéria, disponham de poderes, nomeadamente, no âmbito de aplicação dos Códigos da Publicidade e de Direito de Autor e Direitos Conexos, da legislação aplicável à defesa do consumidor e à protecção de dados pessoais, do Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro, na redacção do Decreto-Lei n.º 10/95, de 19 de Janeiro, e do Decreto n.º 11.223, de 6 de Novembro de 1925, e legislação complementar (nº 2).

Se verificar desconformidade de utilização do indicativo de acesso atribuído em face à declaração a que alude a alínea a) do n.º 2 do artigo 5º, o ICP – Instituto das Comunicações de Portugal informa quais as medidas necessárias à correcção da situação, fixando um prazo não superior a 10 dias para que o prestador se pronuncie (nº 2). Caso subsista o incumprimento das medidas impostas no prazo fixado, pode o ICP – Instituto das Comunicações de Portugal suspender a utilização do indicativo ou revogar o registo (artigo 13º, nº 3). Esta suspensão da utilização do indicativo de acesso por parte do prestador de serviços de audiotexto, ou este cancelamento do registo, pode ser publicitado pelo ICP – Instituto das Comunicações de Portugal e deve ser comunicado ao prestador de serviços de suporte (nº 5).

Compete ao presidente do ICP – Instituto das Comunicações de Portugal a aplicação das coimas (artigo 15º, nº 1), sendo que a instrução dos respectivos processo é da competência dos serviços do ICP – Instituto das Comunicações de Portugal (nº 2).

Nos termos do artigo 14º, e sem prejuízo de outras sanções aplicáveis, constituem contra-ordenações puníveis com coima de 100.000$00 a 500.000$00 e de

1.000.000$00 a 9.000.000$00, consoante tenham sido praticadas por pessoa singular ou colectiva:

a) A prestação de serviços de audiotexto por entidades não registadas;

b) A violação do disposto nos nºs 1 e 3 do artigo 5º, nas alíneas a), c) e d) do nº 2 do artigo 6º, no artigo 9º e no nº 3 do artigo 16º.

O artigo 15º, nº 4 prevê que o ICP – Instituto das Comunicações de Portugal possa publicitar adequadamente a punição por contra-ordenação.

O Decreto-Lei n.º 175/99, de 21 de Maio, regula a matéria da publicidade a serviços de audiotexto.

Uma vez mais justifica-se atender ao texto do preâmbulo do diploma, o qual se transcreve na íntegra:

"A liberalização da prestação de serviços de telecomunicações e as modernas tecnologias de comunicação à distância introduzem nas sociedades modernas novos tipos de produtos e serviços, os quais extravasam o uso tradicional do telefone.

Determinados tipos de serviços classificados como serviços de audiotexto, operando, em alguns casos, através de sistemas totalmente automáticos sem intervenção humana directa, têm vindo a ser oferecidos aos consumidores através da rede telefónica pública, mas com um tarifário totalmente distinto.

Atendendo a que para a contratação deste tipo de serviços basta a realização de uma chamada para um número predeterminado, têm surgido situações graves, que se traduzem, em muitos casos, num acréscimo importante das despesas a suportar pelo orçamento familiar.

Esta situação é, regra geral, potenciada pela emissão de publicidade agressiva, muitas vezes dirigida a menores, e, por vezes, susceptível de pôr em causa direitos e interesses protegidos pela Lei.

Uma vez que a Lei deve assegurar, em matéria de publicidade, um elevado grau de protecção dos menores, em virtude da sua vulnerabilidade psicológica, importa agora definir um regime específico para estes serviços".

Como princípio geral, é estipulada a obrigatoriedade da publicidade a serviços abrangidos pelo presente diploma conter, de forma clara e perfeitamente legível ou audível, conforme o meio de comunicação utilizado, a identificação do prestador e as condições de prestação do serviço (artigo 2º, nº 1, in fine). Esta obrigação acresce ao

disposto no Código da Publicidade, e demais legislação aplicável (nº 1, 1ª parte). Como esclarece o nº 2 da mesma disposição, a publicidade deve conter, entre outras, a indicação da identidade ou denominação social do prestador, do conteúdo do serviço e do respectivo preço de acordo com as regras fixadas para a indicação de preços na legislação que estabelece o regime de acesso e exercício da actividade de prestador de serviços de audiotexto. Por outro lado, é proibida a publicidade a serviços de audiotexto dirigida a menores de 16 anos, sob qualquer forma e através de qualquer suporte publicitário - nomeadamente, em publicações, gravações, emissões ou qualquer outro tipo de comunicações que lhes sejam especialmente dirigidas (nº 3).

A violação do disposto no artigo 2º constitui contra-ordenação, punível com coima de 100.000$00 a 750.000$00 e de 700.000$00 a 9.000.000$00, consoante tenha sido praticada por pessoa singular ou colectiva; e são punidos como agentes destas contra-ordenações o prestador do serviço, o anunciante, o profissional, a agência de publicidade e qualquer outra entidade que exerça a actividade publicitária, o titular do suporte publicitário ou o respectivo concessionário, bem como qualquer outro interveniente na emissão da mensagem publicitária.

Nos termos do artigo 4º, a fiscalização do disposto no Decreto-Lei n.º 175/99, de 21 de Maio, e a instrução dos respectivos processos por contra-ordenações, compete ao Instituto do Consumidor (nº 1). E é da competência da comissão referida no artigo 39º do Código da Publicidade, a aplicação das coimas e sanções acessórias previstas no presente diploma (nº 2).

O artigo 5º, nº 1, prevê a aplicação cumulativa das sanções acessórias mencionadas no artigo 35º do Código da Publicidade, e a possibilidade da punição ser publicitada (nº 2).

III
Exposição de Motivos

O ordenamento jurídico português consagrou o entendimento de que o utente dos serviços públicos essenciais - "a pessoa singular ou colectiva a quem o prestador do serviço se obriga a prestá-lo" (artigo 1º, nº 3 da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho) – carece de protecção.

E tanto assim é que as disposições da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho não só têm carácter injuntivo como é nula qualquer convenção ou disposição que exclua ou limite os direitos atribuídos aos utentes (artigo 11º, nº 1). Mais: foi-se tão longe na protecção

dos utentes ao ponto de consagrar que a nulidade só pode ser invocada pelo utente (nº 2) mas que este pode, ainda assim, optar pela subsistência de cláusulas nulas (nº 3).

À luz destes conceitos compreende-se que a par do princípio geral de boa fé a que deve obedecer a prestação do serviço telefónico – o qual deve levar em conta a importância dos interesses dos utentes que merecem protecção (artigo 3º) – haja sido criado um dever especial de informação (artigo 4º) nos termos do qual os operadores de serviços de telecomunicações devem informar os utentes, com regularidade, de forma atempada e eficaz, sobre as tarifas aplicáveis aos serviços prestados.

Note-se que foi igualmente consagrado o direito à facturação detalhada mediante pedido (artigo 9º) e, no tocante aos SVA, o direito a quitação parcial (artigo 6º).

A disciplina da matéria da prestação de serviços de audiotexto que, pelas suas características específicas, são suportados em serviços de telecomunicações de uso público endereçados, foi regulada no Decreto-Lei n.º 177/99, de 21 de Maio. Como refere o preâmbulo do diploma "a especial natureza de que se revestem estes serviços é determinante da fixação de um regime autónomo e diferenciado do fixado para os serviços de telecomunicações de uso público, que lhes servem de suporte" por forma a tornar "mais transparente a relação entre as empresas prestadoras do serviço e o consumidor" e contribuir "para um maior grau de esclarecimento do consumidor".

O artigo 7º do Decreto-Lei n.º 177/99, de 21 de Maio, dispõe que os contratos a celebrar entre os prestadores de serviços de audiotexto e os prestadores de serviços de suporte sejam obrigatoriamente reduzidos a escrito e incluam:

a) A identificação das partes contratantes;

b) A indicação do número de registo e do indicativo de acesso atribuído pelo ICP – Instituto das Comunicações de Portugal;

c) A descrição detalhada do serviço a prestar como tal declarada ao ICP – Instituto das Comunicações de Portugal;

d) Um termo de responsabilidade da utilização dos serviços de suporte para a oferta de serviços de acordo com a descrição detalhada a que alude a alínea c);

e) O modo da respectiva facturação, bem como as regras relevantes para o acerto de contas entre as partes contratantes;

f) As regras aplicáveis em caso de não pagamento pelos seus clientes das importâncias correspondentes aos serviços que prestam, quando a cobrança

seja assumida pelo prestador do serviço de telecomunicações em que se suporta.

Não obstante não fazer sentido apontar a empresa prestadora do serviço de suporte como co-responsável pelas práticas criminosas dos prestadores de serviço de audiotexto, as especiais obrigações de informação que impendem sobre a Portugal Telecom, S.A. na sua relação com os consumidores afastam o entendimento de que a esta empresa somente cabe facturar os SVA e cobrá-los aos utentes.

No caso em apreço, os funcionários da Portugal Telecom, S.A. deveriam ter informado, caso a caso, os utentes que se deslocaram aos balcões sobre o direito à quitação parcial, sobre a insusceptibilidade do não pagamento dos SVA gerar corte do fornecimento do serviço telefónico e sobre a possibilidade de ser pedido o barramento do acesso aos SVA. Este "serviço público" que num primeiro momento cabe à Portugal Telecom, S.A. foi assegurado, pessoalmente perante os cerca de 800 reclamantes que me dirigiram reclamações, pelos meus colaboradores na Extensão dos Açores.

E refira-se que este especial dever de informação não fica cumprido se a prestação de esclarecimentos somente for efectivada após solicitação. Note-se que a quase totalidade das pessoas que me dirigiram queixas não sabiam sequer o que era um SVA. Exigir a uma pessoa que não sabe que um serviço existe que peça o seu barramento é tornar inexequível o exercício desse direito.

A maior preocupação dos meus colaboradores que prestam serviço na Extensão da Provedoria de Justiça da Região Autónoma dos Açores foi a de informar os utentes reclamantes das características dos SVA, da possibilidade de pedir a quitação parcial, da faculdade de prosseguir o fornecimento do serviço telefónico mesmo no caso de ser reclamada, e não paga, a chamada de valor acrescentado, e de outros aspectos do regime legal aplicável aos SVA.

Não posso deixar de estranhar que nenhuma entidade pública – para além do Provedor de Justiça – tenha feito comunicados, realizado conferências de imprensa ou publicado notas à imprensa com o intuito de esclarecer as pessoas envolvidas. E, regista-se, mais de metade das pessoas que se dirigiram à Extensão dos Açores afirmou ter sido para lá encaminhada por funcionários dos balcões da Portugal Telecom, S.A.

Com efeito, era imperioso saber:

a) Considerava a Portugal Telecom, S.A. – tal como grande parte dos seus funcionários na ilha Terceira - que a situação reclamada indiciava a prática de crimes de burla?

b) Em caso afirmativo, que actuação informativa e/ou preventiva cuidou de fazer?
c) Em caso de resposta negativa, essa Empresa não estranhou o número anormal de períodos relativos a SVA registados nos últimos meses? E, somando a este facto o grande número de reclamações apresentadas, não ponderou averiguar a situação?
d) A Portugal Telecom, S.A. contactou, a este propósito, o ICP – Instituto das Comunicações de Portugal?
e) A Portugal Telecom, S.A. tomou alguma iniciativa junto do Ministério Público?
f) No caso de ter considerado que a empresa prestadora de serviços de audiotexto incumpriu disposições legais, regulamentares ou contratuais aplicáveis, que diligências tomou a Portugal Telecom, S.A.?

Uma vez que a totalidade dos utentes que reclamaram dos SVA detinham facturas cuja data limite de pagamento era 22 de Novembro (relativas, portanto, a comunicações realizadas entre 25 de Setembro e 25 de Outubro) é absolutamente condenável que não se tenha cuidado de pacificar os interessados, informando-os. Até porque, como certamente é do conhecimento de V.Exa., mais de 50% dos utentes afectados são pessoas idosas cuja única fonte de rendimento é a pensão que mensalmente aufere.

Muitas das pessoas envolvidas reclamam do facto de se considerarem burladas; mas muitas mais centenas reclamam da circunstância de não disporem de meios económicos que lhes permitam custear contas telefónicas mensais de mais de 10.000$00.

Numa primeira fase, a principal (senão a única) motivação da Portugal Telecom, S.A. foi a de transmitir a mensagem de que não era responsável pela situação reclamada. Espero agora, convictamente, que a Portugal Telecom, S.A. se junte a mim na preocupação de encontrar uma solução justa para a situação dramática de muitas centenas de pessoas – a maior parte delas idosas, doentes e sem capacidade de exercício autónoma dos seus elementares direitos de cidadania.

Importa igualmente chamar a atenção para o facto de grande número das pessoas que se deslocaram à Extensão do Açores terem referido que realizaram o pagamento total da factura (incluindo os SVA) por não estarem informados da possibilidade de solicitarem a quitação parcial e da circunstância do exercício desse direito não acar-

retar a suspensão do fornecimento do serviço telefónico.

Permito-me, por fim, expressar o entendimento de que mais grave do que ocorrerem situações como as reclamadas é a circunstância de ser permitido que estas perdurem no tempo - com o consequente e generalizado sentimento de impunidade - sem que ocorra, por parte das entidades públicas directa ou indirectamente envolvidas, uma pronta reacção em defesa daqueles a elas mais expostos e menos protegidos.

IV
Conclusões

Pelas razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no artigo 20º, nº 1, alínea a), da Lei nº 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

A. Que a Portugal Telecom, S.A. cumpra, a todo o tempo, os especiais deveres de informação a que está obrigada enquanto operadora de serviços de telecomunicações e que passe a informar os utentes, com regularidade, de forma atempada e eficaz, sobre os serviços mencionados nas facturas, as tarifas aplicáveis, os direitos conferidos aos utentes e as formas de os fazer valer.

B. Que, atendendo à situação verificada na ilha Terceira e objecto da presente Recomendação, sejam dadas instruções aos funcionários dos balcões da Portugal Telecom, S.A. para que perguntem aos utentes se pretendem barrar o acesso telefónico aos SVA, e os informem dos meios de que dispõe para efectivar tal direito.

C. Que, em face da verificação de que os utentes não foram informados aos balcões da Portugal Telecom, S.A. da ilha Terceira de que poderiam obter a quitação parcial relativa às facturas do período compreendido entre 25 de Setembro a 25 de Outubro, sem que esse facto implicasse a suspensão do fornecimento do serviço telefónico, seja possibilitada a reclamação destes SVA, a quitação parcial e a consequente devolução dos respectivos montantes pagos, ainda que o prazo tenha já expirado.

D. Que (caso ainda não o tenha feito) a Portugal Telecom, S.A. informe com urgência o ICP – Instituto das Comunicações de Portugal de todos elementos recolhidos, por forma a ser permitida uma célere e cabal averiguação da situação em apreço.

Recomendação acatada

Saúde

Ao
Exm.º Senhor
Director do Hospital de Santo Espírito de Angra do Heroísmo

R-1345/98
Rec. n.º 10/A/99
1999.02.05

I
Introdução

Em 17/03/98 foi recebida uma reclamação na Extensão da Provedoria de Justiça da Região Autónoma dos Açores relativa ao atendimento médico prestado no Hospital de Santo Espírito de Angra do Heroísmo ao senhor J. B., entre os dias 01/01/98 e 01/02/98.

Era o seguinte o teor da queixa:

1. O [interessado] é comerciante, exercendo a sua actividade nesta Ilha e em Angola. Por este facto,

2. Desloca-se com frequência a Angola.

3. O [interessado], no dia 1 de Janeiro de 1998, sentiu-se indisposto, com febre, o que o levou a deslocar-se à Urgência do Hospital de Santo Espírito de Angra do Heroísmo.

4. Neste Hospital foi observado, após o que lhe receitaram "Aspegic".

5. Sucedeu que a situação evoluiu negativamente, pelo que, no dia 3 do mesmo Mês, cerca das 12H30, voltou a dar entrada no Serviço de Urgência do referido Hospital.

6. Ao ser de novo observado e por chamada de atenção da (...) mulher [do interessado], que é enfermeira, informei o médico de que ia com frequência a Angola, pelo que poderia tratar-se de um caso de malária.

7. Chamada de atenção que foi feita também pela (...) mulher [do interessado] para o enfermeiro do Serviço de Urgência.

8. Perante tudo isto o médico solicitou análises, entre as quais pesquisa de "plasmodium" e ordenou o internamento na Medicina.

9. No serviço de Medicina a evolução da doença foi negativa tendo-se agravado no dia 6 de Janeiro do corrente ano.

10. Inicialmente foi medicado apenas com paracetamol.

11. No dia 5 de Janeiro, na sequência do resultado das análises referidas em 8 supra, é alterada a medicação para cloroquina.

12. Sucedeu que o seu estado agravou-se, pelo que teve de ser transferido para a unidade de Cuidados Intensivos, o que ocorreu em 6 de Janeiro.

13. Nesta unidade é-lhe alterado o medicamento para a quinino, pelo facto de o [interessado] ser resistente à cloroquina.

14. Não se entende a razão de se estar 3 dias com medicação não adequada, pese embora a situação ser grave como era, ou seja, o porquê de só na Unidade de Cuidados Intensivos se alterar a medicação.

O texto da reclamação vinha, ainda, acompanhado de cópia do "relatório de alta do doente" elaborado pelo senhor Chefe de Serviço de Cuidados Intensivos.

A instrução do respectivo processo compreendeu a audição da entidade visada relativamente aos factos que me foram relatados. Assim, o Hospital de Santo Espírito de Angra do Heroísmo foi chamado a pronunciar-se (cf. ofício nº 356, de 02/04/98) sobre as seguintes questões:

a) Em que consistia a doença do senhor J. B.?

b) Quando foi inicialmente diagnosticada?

c) Quais os sintomas que a revelaram?

d) Estavam aqueles sintomas presentes antes da data referida em b)?

Acrescidamente, foram solicitadas ao Hospital de Santo Espírito de Angra do Heroísmo informações sobre as diligências asseguradas em ordem ao apuramento dos factos relevantes para a presente instrução. O senhor Director do Hospital de Santo Espírito de Angra do Heroísmo prestou, através do ofício nº 852, de 24/04/98, os esclarecimentos pedidos, os quais se transcrevem:

Em resposta ao oficio de V. Exa. e com base nos relatórios fornecidos pelos Directores do Serviço de Urgência e do Serviço de Medicina, bem como pelo Responsável pela Unidade de Cuidados Intensivos, cumpre-me informar V. Exa. do seguinte:

O senhor J. B. recorreu ao Serviço de Urgência deste Hospital no dia 01/01/98 apresentando um quadro febril agudo, com temperatura axilar de 39.5 ºC.

A inespecificidade dos sintomas - mialgias e cefaleias - determinou a instituição duma terapêutica sintomática (antipirético / analgésico).

No dia 03/01/98 o paciente recorreu de novo ao Serviço de Urgência por persistência de sintomatologia, fornecendo a informação de que se deslocava com frequência a Angola. Foi efectuada análise laboratorial para pesquisa de Plasmodium no sangue, que viria a revelar-se negativa, procedendo-se ao seu internamento no Serviço de Medicina.

Neste Serviço foi-lhe instituída terapêutica com analgésico/antipirético e requisitadas análises para esclarecimento da situação clínica.

No dia 05/01/98 obteve-se confirmação laboratorial da presença de Plasmodium no sangue, estabelecendo-se o diagnóstico de Malária e procedendo-se à instituição de terapêutica antimalárica com cloroquina.

No dia imediato, verificado o agravamento do seu estado clínico devido a Edema Agudo do Pulmão, foi o paciente transferido para a Unidade de Cuidados Intensivos. Nesta Unidade prosseguiu a terapêutica anti-malária, optando-se pelo Quinino, admitida que foi a possibilidade de se estar em presença de Plasmodium cloroquino - resistente.

Devo acrescentar que quer o "Aspegic" quer o Paracetamol são fármacos antipiréticos/analgésicos.

Em resumo, tratou-se duma forma grave de paludismo, com repercussões sistémicas, patologia rara nesta área geográfica e circunscrita a viajantes com permanência em áreas endémicas, cuja probabilidade, na presença dum síndroma febril agudo, foi considerada após a observação do paciente no Serviço de Urgência no dia 03/01/98.

Atendendo ao carácter manifestamente técnico das questões sobre as quais sou chamado a pronunciar-me, que exigem especiais conhecimentos na área da medicina, determinei que fosse obtido parecer médico relativamente à matéria controvertida constante do texto da queixa, e da resposta do Hospital de Santo Espírito de Angra do Heroísmo. O meu assessor médico emitiu, então, o seguinte parecer:

Parecer

De acordo com a informação prestada pelo Prof. Dr. Francisco Antunes, Director do Serviço de Doenças Infecciosas do Hospital de Santa Maria, em face de um quadro de síndroma febril, é imperativo que na história clínica se colham dados epide-

miológicos, incluindo nestes a possível estadia em regiões endémicas de doenças infecciosas de importação (paludismo ou malária, etc).

Dado a malária ser uma doença com uma percentagem não negligenciável de mortalidade se não diagnosticada e tratada atempadamente, e dado que os dados clínicos não são sempre patognomónicos, o diagnóstico baseia-se na suspeição (orientada pelos dados epidemiológicos, estadia em região endémica, como é o caso de Angola) e na observação dos parasitas e caracterização das espécies, no sangue periférico, usando o método da gota espessa ou do esfregaço.

A resposta deste estudo é em regra obtida em 1 a 2 horas dado tratar-se de uma técnica de observação directa, após a fixação e coloração do sangue (gota espessa ou esfregaço).

Compreende-se, mas não é aceitável, que a suspeita de malária não se tenha colocado no dia 1 de Janeiro de 1998, mas não se percebe que no dia 3 de Janeiro de 1998 a pesquisa de Plasmodium tenha sido negativa dado que o início da febre coincide com o aparecimento do parasita no sangue periférico. A negatividade pode estar relacionada com a falta de experiência do técnico que observou as lâminas (gota espessa ou esfregaço), ou com a administração profilática ou terapêutica de antimaláricos que negativam o resultado da análise do sangue periférico. Nos documentos presentes esta informação é omissa.

No dia 5 de Janeiro de 1998, já com o doente internado no serviço de Medicina, confirma-se a presença de Plasmodium no sangue, sem que seja mencionada a espécie. Só no relatório feito pelo Dr. J. L. é referido o nome Plasmodium falcitarum. É instituído o tratamento com a cloroquina, que consideramos não ter sido a melhor opção para o tratamento da malária adquirida em Angola onde a prevalência da cloroquinoresistência é elevada, pelo que a primeira opção terapêutica deveria ter sido a mefloquina ou o quinino (caso não se disponha do primeiro fármaco).

A terapêutica instituída posteriormente no dia 9 de Janeiro de 1998, após evidência de complicações (neurológicas, cardiopulmonares, hematológicas, hepáticas e renais), descritas no "acesso pernicioso" por Plasmodium falcitarum, foi correcta. A septicemia por Staphylococcus epidermidis está muito provavelmente relacionada com uma infecção hospitalar (adquirida depois da admissão do doente no hospital).

Lisboa, 22 de Outubro de 1998
João Lopes Galvão
(assessor médico)

Do teor deste parecer foi dado conhecimento ao reclamante (cf. ofício nº 001, de 05/01/99).

Importa, desde já, deixar claro que o parecer médico cuja obtenção determinei constitui um, entre outros, elementos da instrução do processo e não permite, por este facto, extrair conclusões sobre o atendimento médico reclamado. O meu assessor médico apenas se pronunciou sobre os factos constantes da reclamação, do "relatório de alta do doente" e da resposta do senhor Director do Hospital de Santo Espírito de Angra do Heroísmo. Configura, assim, não um documento final do processo de esclarecimento da verdade mas tão somente uma orientação à própria instrução.

A coberto do ofício nº 506, de 28/04/98, foi o reclamante inquirido sobre se informara o pessoal médico/de enfermagem das suas frequentes deslocações a Angola quando, em 01/01/98, recorreu ao Serviço de Urgência. Em resposta prestada pela mulher do interessado é referido que "o médico que o atendeu no Serviço de Urgência em 01/01/98 tinha conhecimento das suas deslocações frequentes a Angola" (cf. comunicação recebida em 03/06/98, na Provedoria de Justiça). Não obstante, não foram fornecidos elementos sobre a forma através da qual essa informação foi transmitida ao médico.

II
Exposição de Motivos

Constitui dever do médico "cumprir as normas deontológicas que regem o exercício da profissão médica" [cf. artigo 13º, alínea b), do Estatuto da Ordem dos Médicos]. Nos termos do disposto no nº 1 do artigo 80º do Decreto-Lei nº 48.357, de 27 de Abril de 1968, os serviços hospitalares devem actuar de modo a facultar aos doentes "diagnósticos e tratamentos cientificamente correctos, dentro das disponibilidades materiais e de pessoal". Como tem referido a jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo "devem os órgãos e agentes das pessoas colectivas públicas observar as regras de ordem técnica, isto é, as regras próprias da ciência e técnica médicas e ainda as regras de prudência (ou diligência) comuns" (vide, por todos, o Ac. nº 47.966, de 17/06/97).

Uma vez que o atendimento médico reclamado foi prestado em serviço público directamente dependente da Administração Regional, a violação dos deveres deontológicos e profissionais faz incorrer o médico em responsabilidade disciplinar (vide Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração Central, Regional e Lo-

cal, aprovado pelo Decreto-Lei nº 24/84, de 16 de Janeiro), responsabilidade civil (vide pertinentes normas do Código Civil e Decreto-Lei nº 48.051, de 27 de Novembro de 1967) e responsabilidade criminal.

Em termos disciplinares, deve atender-se tanto ao dever geral de zelo previsto no Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração Central, Regional e Local, como ao dever especial de zelo consagrado no Regulamento Geral dos Hospitais (Decreto-Lei nº 48.358, de 27 de Abril de 1968).

Para que possa haver responsabilidade civil por parte do Estado, nos termos do disposto no Decreto-Lei nº 48.051, de 27 de Novembro de 1967, é necessária que a conduta dos seus agentes seja ilícita, culposa e que, para além disso, haja causalidade entre a conduta e o dano. Ou, dito de outra forma: a responsabilidade civil extracontratual fundada em facto ilícito culposo assenta nos seguintes pressupostos:

- O facto, constituído por comportamento voluntário que pode revestir a forma de acção ou omissão:
- A ilicitude, advinda da ofensa de direitos de terceiros ou de disposições emitidas com vista à protecção de interesses alheios;
- A culpa, nexo de imputação ético-jurídica;
- O dano, lesão de ordem patrimonial ou não patrimonial;
- O nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

Os factos que deixei expostos permitem, desde já, identificar alguns aspectos do atendimento médico que se apresentam controvertidos, a saber:

1. A história clínica: importa apurar se a história clínica estava incompleta ou foi mal colhida. Em especial, e em face do quadro de síndroma febril, é necessário averiguar se foram colhidos dados epidemiológicos, incluindo a possível estadia em regiões endémicas de doenças infecciosas de importação, como o paludismo ou a malária. Do mesmo passo, deve ser analisada a colheita de dados sobre a medicação que o doente estava a tomar quando foi internado uma vez que "medicamentos que está a tomar actualmente" é uma rubrica integrante de qualquer história clínica. Note-se que esta é, certamente, uma das questões menos esclarecidas no presente processo. No entanto, uma peça noticiosa publicada no jornal "Diário Insular" de 03/02/99 dá conta do médico ter posto a hipótese, perante o interessado, da ocorrência de malária. Seguindo a mesma notícia, o doente afirmou estar a fazer profilaxia, pese embora "[possa] ter falhado algumas semanas" (cf. jornal citado, pág. 3). Importa, assim, dissipar as dúvidas e apurar a verdade.

2. A suspeita da doença: deve apurar-se se o atraso na instituição do tratamento adequado resultou da suspeita tardia da doença.

3. A pesquisa de plasmodium no sangue periférico negativa no dia 3 de Janeiro: é necessário determinar se ocorreu falha do técnico que examinou as lâminas (designadamente por falta de experiência ou pelo não reconhecimento das alterações características da doença no sangue periférico), se houve erro do médico que na colheita da história clínica não inquiriu o doente acerca dos medicamentos tomados antes da viagem (nos documentos analisados são omissos quanto à informação sobre a administração profilática ou terapêutica de antimaláricos que negativam o resultado da análise do sangue periférico), ou depois de voltar a casa (uma vez que alguns medicamentos usados para a profilaxia da malária, nomeadamente a cloraquina, têm que continuar a ser tomados durante cerca de quatro semanas após a estadia numa zona endémica de malária), ou se o doente omitiu factos medicamente relevantes que lhe foram perguntados.

4. O tratamento instituído: atendendo a que o mérito do tratamento instituído foi questionado [é instituído o tratamento com a cloroquina, que consideramos não ter sido a melhor opção para o tratamento da malária adquirida em Angola onde a prevalência da cloroquino-resistência é elevada, pelo que a primeira opção terapêutica deveria ter sido a mefloquina ou o quinino (caso não se disponha do primeiro fármaco)] deve obter-se esclarecimento sobre este aspecto do atendimento médico.

Não obstante, como referiu o mesmo Supremo Tribunal no Acórdão que tenho vindo a citar, "a culpa do ente colectivo, como um Hospital, não se esgota na imputação de uma culpa psicológica aos agentes que actuaram em seu nome, porque o facto ilícito que causar certos danos que pode resultar de um conjunto, ainda que mal definido, de factores, próprios da desorganização ou falta de controlo, ou da falta de colocação de certos elementos em determinadas funções, ou de falhas que se reportam ao serviço como um todo". E, concluindo: "neste caso, ao lado da culpa dos agentes, é possível falar de uma culpa do Serviço". A par da análise dos actos médicos referidos, devem, portanto, ser apuradas as circunstâncias relativas ao funcionamento dos Serviços.

Por fim, subsiste a dúvida sobre as informações transmitidas pelo doente ao pessoal médico relativamente à sua história clínica e, em especial, aos medicamentos que estava a tomar.

III
Conclusões

Se a não prestação dos adequados cuidados de saúde a um doente num Hospital a cargo do Estado viola o princípio fundamental do direito à protecção da saúde consagrado no artigo 64º da Constituição, o direito ao bom nome e à reputação ["direito a não ser ofendido ou lesado na sua honra, dignidade ou consideração social mediante imputação feita por outrem" (J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, 3ª Ed., Coimbra Editora, 1993, pág.s 180 e 181)] constitui um dos direitos de personalidade protegidos pelo artigo 26º, nº 1 da Lei Fundamental. A averiguação dos factos ocorridos entre os dias 01/01/98 e 01/02/98 no Hospital de Santo Espírito de Angra do Heroísmo, no que concerne ao tratamento médico do senhor J. B., permitirá conciliar o exercício daqueles direitos fundamentais ao contribuir para o necessário apuramento da verdade.

Não pondo em crise a legis artis médica que motivará um debate de cariz médico-científico sobre os factos controvertidos, devo concluir, pela análise dos elementos documentais constantes do processo aberto na Provedoria de Justiça, existirem fundadas razões para averiguar o procedimento médico reclamado.

Uma apreciação cabal dos actos médicos praticados pressupõe uma investigação que deve levar em linha de conta não só a actuação dos profissionais de saúde envolvidos e dos serviços onde se integram mas, igualmente, a própria colaboração do doente e seus familiares e, ainda, quaisquer outros elementos que se mostrem relevantes para o fim que se tem vista.

Pelas razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no artigo 20º, nº 1, alínea a), da Lei 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

Que seja determinada a instauração de processo de averiguações tendente a apurar o cumprimento dos deveres funcionais do pessoal médico que prestou o atendimento médico ao senhor J. B., entre os dias 01/01/98 e 01/02/98, no Hospital de Santo Espírito de Angra do Heroísmo.

Como se tornou evidente desde 02/02/99 - uma vez que tal circunstância foi noticiada pelo jornal "Diário Insular" dessa data -, é do conhecimento público o facto de estar em

instrução na Extensão da Provedoria de Justiça de Angra do Heroísmo um processo cujo objecto é o atendimento médico prestado ao senhor J. B., entre os dias 01/01/98 e 01/02/98, no Hospital de Santo Espírito de Angra do Heroísmo. Pese embora o Provedor de Justiça ser absolutamente alheio à divulgação dos documentos objecto das notícias, não posso deixar de verificar que a controvérsia que foi gerada pela publicação de diversas peças jornalísticas é susceptível de constituir o Hospital de Santo Espírito em Angra do Heroísmo e os médicos envolvidos em objecto de suspeição. Acresce que a minha intervenção e, em especial, o parecer médico que solicitei no âmbito da instrução do processo, foram amplamente referidos e comentados podendo transmitir a ideia (errada) de que já se chegara à conclusão do processo. Também estes factos levaram-me a conferir urgência à instrução que conduziu à formulação da presente Recomendação. É minha convicção que o seu acatamento constitui a melhor forma de dissipar quaisquer dúvidas sobre os actos médicos praticados e o único meio de permitir que o Hospital de Santo Espírito de Angra do Heroísmo e o pessoal médico envolvido prestem amplos e fundamentados esclarecimentos sobre o mérito da sua actuação.

Recomendação acatada

Função Pública

À
Exm.ª Senhora
Directora Regional de Educação dos Açores

R-3698/98
Rec. n.º 31/A/99
1999.05.04

I
Introdução

Encontra-se em instrução na Extensão da Provedoria de Justiça da Região Autónoma dos Açores um processo aberto em virtude de reclamação relativa ao gozo de licença de maternidade pela senhora Profª. L. S., professora provisória do 2º grupo, na Escola Básica Francisco Ornelas da Câmara, na Praia da Vitória.

A interessada foi parturiente em 17/08/98, durante a vigência de contrato administrativo de provimento que produziu efeitos até 31/08/98. Tendo sido colocada, no ano escolar de 1998/99, como professora do mesmo grupo e na mesma escola, foi reclamada a circunstância de não lhe ter sido reconhecida a possibilidade de gozar da licença de maternidade (alegadamente por o anterior contrato administrativo de provimento haver cessado em 31/08/98).

Por forma a obter o cabal apuramento dos factos relevantes para a presente instrução, foi questionada a Direcção Regional de Educação, a coberto do ofício nº 905, de 17/09/98. Em resposta (cf. ofício nº 24671, de 21/10/98), foi a Provedoria de Justiça informada "que a mesma se encontra a exercer funções docentes, estando a licença por maternidade a ser gozada pelo cônjuge". Acrescidamente, foram remetidos diversos documentos que davam conta da posição assumida pela Direcção Regional de Educação em "processos idênticos" , e remetiam "cópia do parecer da Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego" .

A senhora Profª. L. S. informou este Órgão do Estado que gozou de uma licença por maternidade somente entre os dias 17/08/98 e 31/08/98. Com efeito, uma vez que não viu reconhecido o seu direito a gozar da licença por maternidade após 15/09/98 - data em que assinou o novo contrato administrativo de provimento - a interessada fez entrega de declaração médica comprovando a necessidade prestar assistência à filha. Deste modo, a Profª. L. S. encontra-se alegadamente prejudicada na sua situação, desde logo em termos remuneratórios e abono de subsídio de refeição.

II
Exposição de Motivos

Os "processos idênticos" referidos pela Direcção Regional da Educação correspondem a situações de professoras parturientes mas cujos partos ocorreram nos dias 11 de Setembro, um, e 17 de Setembro, outro . Assim sendo, o caso da ora interessada é diferente (o parto ocorreu, lembre-se, em 17 de Agosto, durante a vigência do contrato administrativo de provimento).

O citado Parecer nº 14/CITE/97, na parte relevante para o presente estudo, identifica a situação das "professoras em que o parto ocorreu na vigência de um contrato que terminou em 31/8/96 e que assinaram novo contrato para vigorar a partir de 1/10/96 portanto, antes de perfazerem os 98 dias de licença por maternidade" .

Transcreve-se na íntegra a conclusão obtida quanto a estas:

"(...) as professoras em que o parto ocorreu na vigência de um contrato que terminou em 31/08/96, e que assinaram novo contrato para vigorar a partir de 01/10/96, antes de perfazerem os 98 dias de licença por maternidade, têm direito a ser remuneradas apenas durante o período em que decorre a licença por maternidade relativamente ao qual estejam vinculadas por contrato administrativo de provimento, não devendo, por isso, receber qualquer remuneração entre 01/9/96 e 30/9/96, em virtude de neste período as professoras perderem o seu vínculo laboral, ou seja, a possibilidade de exercício efectivo de funções, caso não estivessem no gozo de licença por maternidade.

E para que tenham direito à sua remuneração durante o tempo em que estiverem de licença por maternidade na vigência dos dois contratos atrás citados, devem informar por escrito a Direcção do estabelecimento de ensino onde trabalham, de que se encontram dentro dos 98 dias subsequentes ao parto e apresentar o respectivo atestado médico, em conformidade com o disposto no artigo 1º-A, alínea b) da Lei nº 4/84, cit. Aditado pela Lei nº 17/95, cit.".

Na situação em apreço, não parece ser controvertido o reconhecimento do direito a gozar a licença de maternidade, uma vez que a Direcção Regional de Educação, no ofício supra citado dirigido a este Órgão do Estado, refere o gozo da referida licença sem mencionar o levantamento de qualquer objecção. Não obstante, a interessada informou este Órgão do Estado que a licença de maternidade não foi gozada pelo seu cônjuge. Assim sendo, importa apurar se houve, ou não, gozo da licença de maternidade. Caso se confirme que nem a interessada, nem o seu cônjuge, gozaram a licença de maternidade, é imperioso conhecer – para além da proveniência da informação - os factos que a motivaram e, especialmente, as consequências que tal situação acarretou para a senhora Profª. L. S.

De qualquer modo, a Lei nº 4/84, de 5 de Abril – com as alterações introduzidas pela Lei nº 17/95, de 9 de Junho -, regulamentada pelo Decreto-Lei nº 194/96, de 16 de Outubro, dispunha que "a mulher trabalhadora tem direito a um licença por maternidade de 98 dias consecutivos, 60 dos quais necessariamente a seguir ao parto (...)" (artigo 9º, nº 1).

De notar que a Lei n.º 18/98 de 28 de Abril, que alterou a Lei n.º 4/84, de 5 de Abril , (a qual já havia sido alterada pela Lei n.º 17/95, de 9 de Junho), passou a dispor que "a mulher trabalhadora tem direito a uma licença por maternidade de 120 dias con-

secutivos, 90 dos quais necessariamente a seguir ao parto, podendo os restantes ser gozados, total ou parcialmente, antes ou depois do parto" (artigo 9º, nº 1, da Lei nº 4/84). Mas o artigo 3º daquele diploma previu a entrada em vigor destes direitos de forma faseada. Assim, entre 01/01/99 e 31/12/99, a licença de maternidade será de 110 dias (nº 1), e apenas a partir de 01/01/2000 vigorarão os 120 dias consecutivos.

A regulamentação necessária à execução das disposições da Lei n.º 17/95, de 9 de Junho, que reviu a Lei n.º 4/84, de 5 de Abril, foi aprovada pelo Decreto-Lei n.º 194/96 de 16 de Outubro (que reviu o Decreto-Lei n.º 135/85, de 3 de Maio). Este diploma "(...) regulamenta a Lei n.º 4/84, de 5 de Abril, na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 17/95, de 9 de Julho, na parte em que é aplicável aos trabalhadores da administração pública central, regional e local, dos institutos públicos, dos serviços públicos com autonomia administrativa e financeira e das demais pessoas colectivas de direito público, qualquer que seja o vínculo e o tempo de serviço prestado, independentemente do desempenho de funções em regime de tempo completo ou parcial e por tempo indeterminado ou a prazo" (artigo 1º).

Nos termos do disposto no artigo 8º, "as licenças por maternidade (...) são considerados, para todos os efeitos legais, como prestação efectiva de trabalho, designadamente para efeitos de antiguidade e abono do subsídio de refeição" (nº 1) e "durante o gozo destas licenças (...) o trabalhador tem direito à remuneração por inteiro" (nº 2).

O procedimento que antecede o gozo da licença por maternidade vem previsto no artigo 2º e dispõe que a trabalhadora grávida deve informar o respectivo serviço ou organismo - com a antecedência mínima de 10 dias em relação ao início do gozo da licença, salvo em caso de urgência devidamente comprovada pelo médico -, e apresentar atestado médico que indique a data prevista para o parto.

Importa ter presente, igualmente, que "as trabalhadoras grávidas, puérperas e lactantes têm direito a especiais condições de segurança e saúde nos locais de trabalho", nos termos do disposto no artigo 16º da Lei n.º 4/84, de 5 de Abril, e na Portaria n.º 229/96, de 26 de Junho, ex vi artigo 24º. E que, do mesmo modo, "o não desempenho pelas trabalhadoras, durante a gravidez e até três meses após o parto, de tarefas clinicamente desaconselháveis para o seu estado não pode determinar diminuição nem perda da retribuição global ou de qualquer outro direito" (artigo 24º, nº1).

Atendendo a que a Direcção Regional de Educação reconheceu inequivocamente o direito ao gozo da licença por maternidade à interessada; tendo ainda presente que este direito decorre do regime legal de protecção à maternidade; e, finalmente, por-

que, as eventuais dúvidas suscitadas pela situação em apreço foram dirimidas mediante a emissão do Parecer nº 14/CITE/97, da Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego, não é questionada a viabilidade da pretensão da senhora Profª. L. S.: o gozo de uma licença por maternidade, a começar em 17/08/98 e pelo período legalmente estipulado.

Ao não ter visto, alegadamente, reconhecido o seu direito a gozar de uma licença por maternidade, nos termos atrás expostos, a interessada viu a sua situação afectada, com implicações ao nível da remuneração auferida e abono de subsídio de refeição.

Uma vez que a Direcção Regional de Educação informou a Provedoria de Justiça do gozo da licença por maternidade pelo cônjuge da senhora Profª. L. S. – facto que esta nega -, importa dissipar esta contradição. E caso se venha a comprovar que não ocorreu o referido gozo, deverá a interessada ser imediatamente ressarcida pelos prejuízos sofridos.

III
Conclusões

Pelas razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no artigo 20º, nº 1, alínea a), da Lei nº 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

A. Que, com carácter de urgência, seja averiguada a situação factual controvertida por forma a apurar se houve o gozo de licença de maternidade pela senhora Profª. L. S., ou pelo seu cônjuge;

B. Que, caso se comprove que não aconteceu o gozo de licença de maternidade, seja a senhora Profª. L. S. ressarcida pelos prejuízos sofridos em virtude do não reconhecimento daquele direito.

Acrescidamente, e porque os elementos recolhidos na instrução do presente processo revelam a existência de algum desconhecimento sobre a aplicação do regime legal de protecção à maternidade,

Recomendo

ainda:

C. Que seja divulgado por todos os serviços tutelados pela Direcção Regional de Edu-

cação o conteúdo do direito ao gozo de licença por maternidade por funcionárias abrangidas por contratos administrativos de provimento, por forma a dissipar eventuais dúvidas, e evitar a repetição de situações de não reconhecimento daquele direito.

Recomendação acatada

À
Exmª. Senhora
Directora Regional de Educação (Açores)

R-900/99
Rec. n.º 32/A/99
1999.05.04

I
Introdução

Em 24/02/99, foi aberto processo na Extensão da Provedoria de Justiça da Região Autónoma dos Açores em virtude de reclamação, em que era interessada a senhora Profª. I. B., relativa ao desconto na antiguidade, para efeitos de progressão na carreira, resultante de faltas por doença protegida ou prolongada do pessoal docente.

A coberto do ofício nº 303, de 05/03/99, foi questionada a posição da Direcção Regional de Educação sobre a matéria reclamada. A resposta foi prestada através do ofício nº 6073, de 18/03/99, no qual V.Exa. expendia o seguinte entendimento, que se transcreve:

"(...) as faltas dadas por doença protegida ou prolongada, previstas no artigo 48º do Dec.-Lei nº 497/88, de 30 de Dezembro com as alterações introduzidas posteriormente, e definidas no Despacho Conjunto 17-79/89-XI, publicado no Diário da República, II série de 22 de Setembro, descontam na antiguidade nos termos do disposto nº 3 do artigo 27º do diploma primeiramente referido, aplicável ao pessoal docente por força do artº 86 do Estatuto da Carreira dos Educadores de Infância dos Professores dos Ensinos Básico e Secundário aprovado pelo Dec. Lei nº 139-A/90, de 28 de Abril, alterado pelo Dec.-Lei nº 1/98, de 2 de Janeiro".

Em síntese, a questão objecto da presente análise é a de saber se as faltas dadas por pessoal docente em virtude de doença protegida ou prolongada deviam – no âmbito do regime jurídico em vigor anteriormente à publicação do Decreto-Lei nº 1/98, de 2 de Janeiro - originar desconto na antiguidade. A matéria cuja apreciação me é pedida é de carácter exclusivamente técnico-jurídico, uma vez que a factualidade - designadamente

relativa ao número de dias de faltas por doença protegida ou prolongada que a senhora Profª. I. B. terá dado - não é controvertida. Assim sendo, justifica-se recordar o teor das disposições legais pertinentes à presente análise.

Começo pelo Estatuto da Carreira dos Educadores de Infância e dos Professores dos Ensinos Básico e Secundário, aprovado pelo Decreto-Lei nº 139-A/90, de 28 de Abril. O nº 1 do artigo 86º dispunha assim:

Subcapítulo III
Férias, faltas e licenças

Artigo 86º
Regime geral

1 - Ao pessoal docente aplica-se a legislação geral em vigor na função pública em matéria de férias, faltas e licenças, com as adaptações constantes das secções seguintes.

O artigo 147º referia que:

Artigo 147º
Contagem do tempo de serviço

1. Sem prejuízo do disposto no artigo 104º do presente Estatuto , o tempo de serviço do pessoal docente, incluindo o prestado em regime de tempo parcial, considerado para efeitos de antiguidade, obedece às regras gerais aplicáveis aos funcionários e agentes da Administração Pública.

2. A antiguidade é calculada em dias, sendo o tempo apurado convertido em anos, meses e dias, considerando-se o ano e o mês para essa conversão como períodos respectivamente de 365 e 30 dias.

3. A contagem do tempo de serviço para efeitos de progressão na carreira obedece ao disposto no número anterior, sem prejuízo do previsto nos artigos 37º, 46º, 49º, 54º e 55 do presente Estatuto.

Por sua vez, o artigo 37º era do seguinte teor :

Artigo 37º
Serviço efectivo prestado em funções docentes

1. Não são considerados na contagem de tempo de serviço prestado em fun-

ções docentes, para efeitos de progressão e promoção na carreira docente, os períodos referentes a:

a) Requisição, destacamento e comissão de serviço para o exercício de funções não docentes ou que não revistam natureza técnico-pedagógica;

b) Licença sem vencimento por 90 dias;

c) Licença sem vencimento por um ano;

d) Licença, para acompanhamento do cônjuge no estrangeiro;

e) Licença sem vencimento de longa duração;

f) Perda de antiguidade.

2. Na contagem de tempo de serviço docente efectivo prestado em cada escalão não é ainda considerada, para efeitos de progressão, a totalidade dos períodos de ausência, nos casos em que esta exceda o produto do número de anos de escalão por sete semanas.

3. Para efeitos do cômputo previsto no número anterior, são consideradas como ausências todas as faltas justificadas, seguidas ou interpoladas, exceptuadas as faltas por acidente em serviço e por doença prolongada.

O artigo 27º do Decreto-Lei nº 497/88, de 30 de Dezembro (que definiu o regime jurídico das férias, faltas e licenças dos funcionários e agentes da administração central, regional e local), dispunha:

Subsecção VII
Faltas por doença

Artigo 27º
Regime

1. O funcionário ou agente pode faltar ao serviço por motivo de doença devidamente comprovada.

2. As faltas por doença determinam a perda do vencimento de exercício apenas nos primeiros 30 dias de ausência seguidos ou interpolados, em cada ano civil, e implicam sempre o desconto no subsídio de refeição.

3. As faltas por doença descontam na antiguidade para efeitos de carreira quando ultrapassem 30 dias seguidos ou interpolados, em cada ano civil.

O artigo 48º deste mesmo diploma prescrevia:

Subsecção VIII
Faltas por doença prolongada

Artigo 48º
Faltas por doença prolongada

1. As faltas por doença incapacitante que exija tratamento oneroso e prolongado conferem ao funcionário ou agente o direito à prorrogação, por dezoito meses, do prazo máximo de ausência previsto no artigo 36º .

2. As doenças a que se refere o nº 1 são definidas por despacho conjunto dos Ministros das Finanças e da Saúde.

A menção ao Despacho Conjunto 17-79/89-XI - constante do ofício nº 6073, de 18/03/99, atrás transcrito - resulta, com toda a certeza, de um lapso. Com efeito, V.Exa. referir-se-ia ao Despacho conjunto A-179/89-XI, dos Ministérios das Finanças e da Saúde, que elenca as doenças incapacitantes para efeitos do disposto no artigo 48º, nº 1, do Decreto-Lei nº 497/88, de 30 de Dezembro, e de onde consta a rubrica artroses graves invalidantes.

À luz dos preceitos que deixei transcritos, importa tomar posição sobre a matéria reclamada.

II
Exposição de Motivos

O nº 1 do artigo 86º do Estatuto da Carreira dos Educadores de Infância e dos Professores dos Ensinos Básico e Secundário, aprovado pelo Decreto-Lei nº 139-A/90, de 28 de Abril, referia que "ao pessoal docente aplica-se a legislação geral em vigor na função pública em matéria de férias, faltas e licenças, com as adaptações constantes das secções seguintes".

No entanto, buscando as normas que, no Decreto-Lei nº 139-A/90, adaptavam a legislação geral das férias, faltas e licenças à situação particular dos Educadores de Infância e dos Professores dos Ensinos Básico e Secundário deve atender-se ao disposto no artigo 147º. Como deixei transcrito, este artigo do Estatuto, sob a epígrafe "Contagem do tempo de serviço", dispunha no seu nº 1 que "o tempo de serviço do pessoal docente (...) considerado para efeitos de antiguidade, obedece às regras gerais aplicáveis aos funcionários e agentes da Administração Pública" e, no seu nº 3, que "a contagem

do tempo de serviço para efeitos de progressão na carreira obedece ao disposto no número [dois] sem prejuízo do previsto nos artigos 37º, 46º, 49º, 54º e 55º do presente Estatuto".

Resulta daqui que, para efeitos de progressão na carreira (nº 3), a contagem do tempo de serviço do pessoal docente devia levar em linha de conta o estatuído nos artigos 37º, 46º, 49º, 54º e 55º. E, enquanto o nº 1 do artigo 37º referia que "não são considerados na contagem de tempo de serviço prestado em funções docentes, para efeitos de progressão e promoção na carreira docente, os períodos (...)" relativos a "perda de antiguidade" [alínea f)], o nº 2 do artigo 37º estatuía que, para efeitos de progressão, "não é ainda considerada (...) a totalidade dos períodos de ausência, nos casos em que esta exceda o produto do número de anos de escalão por sete semanas" - acrescentando o nº 3 que as faltas por acidente em serviço e por doença prolongada não eram consideradas como ausência.

Conclui-se, portanto, que, em matéria de efeitos na antiguidade, as faltas por doença prolongada eram consideradas de modo diferente consoante se tratasse de docentes ou de outros funcionários. Ou, dito de outra forma, estava consagrada a existência de um regime excepcional relativo ao cômputo das faltas por doença prolongada dos Educadores de Infância e dos Professores dos Ensinos Básico e Secundário.

Com efeito, relativamente às doenças incapacitantes - i.e. aquelas definidas por despacho conjunto dos Ministros das Finanças e da Saúde - o artigo 48º prescrevia que as faltas por elas motivadas conferiam ao funcionário ou agente o direito à prorrogação, por mais dezoito meses, do limite máximo do prazo geral de ausência, que era de dezoito meses. Nenhuma outra consequência foi tirada pelo legislador do regime jurídico das férias, faltas e licenças dos funcionários e agentes da administração central, regional e local no que concerne às doenças incapacitantes. Diferentemente, porém, no que dizia respeito ao pessoal docente, "dever-se-ia contar, como tempo de serviço prestado no escalão da carreira em que o docente se encontra, a totalidade do período em que o mesmo se encontrou a faltar por motivo de doença prolongada, constante do Despacho Conjunto nº A-179/89-XI, dos Ministérios das Finanças e da Saúde" .

O sentido no disposto no nº 3 do artigo 147º, do Estatuto da Carreira Docente, quando conjugado com a disposição contida nos nºs 2 e 3 do artigo 37º, não pode deixar de ser o da criação de um regime excepcional para a carreira docente no que concerne às faltas motivadas por doença protegida ou prolongada: estas faltas não eram consideradas como ausências (cf. artigo 37º, nº 3, a contrario).

O entendimento da Direcção Regional de Educação expendido no ofício nº 14800, de 17/08/98 – de que não devem ser descontadas as primeiras trinta faltas dadas em virtude de doença protegida ou prolongada – não resulta do disposto no nº 3 do artigo 37º, do Estatuto da Carreira Docente, mas tão somente da aplicação do nº 3 do artigo 27º, do Decreto-Lei nº 497/88, de 30 de Dezembro. Na prática, foi irrelevante para a Direcção Regional de Educação que as faltas tenham sido motivadas por doença protegida ou prolongada de pessoal docente, uma vez que o regime jurídico aplicado foi o que estava previsto para os funcionários e agentes da administração central, regional e local. Pelo que se conclui que não foi atendido o facto de estar previsto um regime excepcional para pessoal docente, que resultava do já mencionado nº 3 do artigo 37º, do Estatuto da Carreira Docente.

Daí que, no entender da interessada, a aparente contradição de regimes (do pessoal docente, por um lado, e dos restantes funcionários, por outro) fosse sanável por aplicação do princípio da especialidade: a norma constante do artigo 37º do Estatuto da Carreira dos Educadores de Infância e dos Professores dos Ensinos Básico e Secundário é especial relativamente ao disposto no regime jurídico das férias, faltas e licenças dos funcionários e agentes da administração central, regional e local. E, em consequência, "(...) as faltas (...) por doença protegida ou prolongada (...) não integram o conceito de "perda de antiguidade" a que se refere a alínea f) do nº 1 do artigo 37º do E.C.D., contrariamente ao que resultaria da aplicação directa e automática do nº 3 do artigo 27º do D.L. nº 497/88, de 30-12" . Concluindo que "(...) por força do nº 3 do artigo 37º do E.C.D., fica afastada a aplicação do nº 3 do artigo 27º do D.L. nº 497/88, de 30-12" .

O Provedor de Justiça já se pronunciou sobre esta matéria através da Recomendação nº 82/A/95 sugestivamente epigrafada "Relevância das faltas por doença prolongada na contagem de tempo de serviço docente efectivo prestado no escalão para efeitos de progressão na carreira docente – nº 3 do artigo 37º do Estatuto da Carreira Docente aprovado pelo Decreto-Lei nº 139-A/90, de 28 de Abril)". E, na sequência das conclusões então formuladas, a Direcção Regional de Educação de Lisboa emitiu a seguinte informação, que se transcreve:

"(...) na sequência do Despacho de 5 de Maio de 1996, de Sua Excelência o Secretário de Estado da Administração Educativa, cumpre informar que, para os efeitos previstos nos nºs 2 e 3 do Artº 37º do E.C.D., aprovado pelo Decreto-Lei nº 139-A/90, de 28 de Abril, é considerado como tempo de serviço efectivo para efeitos de progres-

são na carreira, a totalidade dos períodos de faltas ao serviço por motivo das doenças mencionadas no Despacho Conjunto A-179/89-XI, dos Ministérios das Finanças e da Saúde, datado de 89.09.12.

Face ao teor do Despacho acima citado devem ser corrigidas todas as situações nele enquadradas e às quais tenha sido dado tratamento diferente".

No caso em apreço – como resulta do teor do ofício nº 14800, de 17/06/98, da senhora Directora de Serviços de Gestão de Pessoal, e do ofício nº 2879, de 10/02/99, do Gabinete do Secretário Regional da Educação e Assuntos Sociais – não foram considerados como tempo de serviço efectivo para efeitos de progressão na carreira os períodos de faltas ao serviço por motivo de doença mencionada no Despacho Conjunto nº A-179/89-XI. A argumentação expendida no ofício nº 2879, de 10/02/99, do Gabinete do Secretário Regional da Educação e Assuntos Sociais, segundo a qual "(...) a excepção compreendida no nº 3 do artigo 37º, do Estatuto da Carreira Docente se aplica apenas à situação referida no nº 2, pelo que as faltas por doença quando ultrapassem o limite de 30 dias, determinam o desconto na antiguidade (...)" corresponde, na prática, à não aplicação do regime excepcional de contagem de tempo de serviço para a progressão na carreira docente. Ora, como ficou demonstrado, este regime excepcional existia, e deveria ter sido aplicado .

Repetindo a conclusão formulada na minha Recomendação nº 82/A/95, dirigida ao senhor Subsecretário de Estado Adjunto da Ministra da Educação: "deve considerar-se, para os efeitos previstos nos nºs 2 e 3 do artigo 37º do Estatuto da Carreira Docente, aprovado pelo Decreto-Lei nº 139-A/90, de 28 de Abril, como tempo de serviço efectivo prestado (...), a totalidade do período em que se encontrou a faltar ao serviço por motivo de doença (...), incluída no Despacho Conjunto nº A-179/89-XI, publicado no DR, nº 219, II série, de 22/09/89". Permito-me chamar a atenção de V.Exa. para o facto desta Recomendação, como já referi, ter sido acatada.

III
Conclusões

Pelas razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no artigo 20º, nº 1, alínea a), da Lei nº 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

A. Que seja corrigida a situação relativa à progressão na carreira da senhora Profª. I. B.;

B. Que, para efeitos de progressão na carreira, na contagem de tempo de serviço sejam considerados como tempo de serviço efectivo os períodos de faltas ao serviço por motivo de doença mencionada no Despacho Conjunto nº A-179/89-XI, nos termos atrás expostos.

Recomendação acatada

Ao
Exm.º Senhor
Director do Pessoal da Força Aérea

R-83/99
Rec. n.º 75/A/99
1999.11.09

I
Introdução

A situação laboral do senhor L. A., servente na Base Aérea nº 4, na ilha Terceira, Açores, motivou a abertura de processo na Extensão da Provedoria de Justiça da Região Autónoma dos Açores.

Relembrem-se os factos relevantes, conforme foram descritos pelo senhor Comandante da Base Aérea nº 4 (vide ofício nº 10898, de 10/05/99, dirigido à Direcção de Pessoal):

1. Relativamente ao assunto em epígrafe, informa-se que o funcionário L. A. iniciou o seu vínculo laboral com a Força Aérea em 15MAI79, mediante contrato de trabalho a termo certo, com a categoria profissional de Servente, conforme se comprova pelo documento junto como Anexo A.

2. Ao longo dos anos, foi celebrando novos contratos, sempre a termo certo, embora com diferentes categorias profissionais:

a) Em 25FEV86 e 25AGO86 como pedreiro de 3ª, conforme Anexos B e C;

b) Em 21JUL87, 21JUL88, 01JAN89, 01JUL89 e 01ABR92 como servente de 2ª, conforme Anexos D a H;

c) Em 01JUL95 como pedreiro de 3ª, conforme Anexo I.

3. Pelo fax nº 44566, de 28JUN96, da DP/3ªREP, foi solicitado a esta Unidade o envio urgente de uma lista com a relação de todo o pessoal que vinha sendo pago com verbas não incluídas no Orçamento Geral do Estado, com o objectivo de regulari-

zar a sua situação ao abrigo do DL 81-A/96, de 21JUN.

4. Em resposta é enviada através da Nota nº 1338/96, de 04JUL, uma lista com a identificação de todo o pessoal civil cuja situação urgia regularizar (Anexo J), indicando-se a função desempenhada à data e a respectiva remuneração. Na identificação da situação do funcionário L. A. ocorreu um erro material, tendo sido indicada a função de "Servente de 2ª" e a remuneração de "64.500$00", quando na realidade desempenhava funções de pedreiro de 3ª.

5. Este erro foi resultante de um lapso do responsável pela elaboração da lista, pois a remuneração indicada não corresponde à auferida por um servente de 2ª mas à de um pedreiro de 3ª. Uma análise mais atenta dos dados nela contidos evidencia precisamente este aspecto, porquanto os restantes serventes de 2ª, que, curiosamente, vêm identificados imediatamente a seguir ao funcionário em questão, não auferiam tal remuneração.

6. Erro que, não só não foi detectado nesta Unidade como também não o foi nessa Direcção, apesar de ser evidente a urna análise mais cuidada da lista.

7. Em 22ABR97 foi celebrado um contrato de trabalho a termo cerco, ao abrigo do DL 81-A/96, segundo o qual lhe correspondia a categoria de servente, e a remuneração de 53.900$00, não tendo o funcionário, na sua boa fé, reparado na diferente categoria do seu ordenado, conforme Anexo L.

8. Em 30SET97, é aberto o Concurso Externo de Ingresso para Operário Qualificado de Construção Civil, nº 38/97, tendo a candidatura deste funcionário sido excluída "(...) por falta do requisito especial previsto no nº 6.2 do aviso de abertura do concurso uma vez que a situação foi regularizada, na categoria de servente, e não na de operário de construção civil (...)", conforme Anexo M.

9. Através da Nota nº 16477, de 22FEV98 da DP, é comunicado ao funcionário a sua admissão definitiva para o QGPCFA, categoria de servente, de acordo com os resultados do Concurso 45/97.

10. De tudo o que atrás fica exposto, verifica-se que existiu um lapso na elaboração da lista referida em 4., que agora se constata evidente, uma vez que o funcionário surgia referenciado como servente, mas com o escalão remuneratório de pedreiro de 3ª, incorrecção que não foi detectada por nenhum dos órgãos que analisaram a referida lista e trataram a informação nela contida.

Em presença da informação acima transcrita, dignou-se V.Exa. a remeter a este Órgão do Estado o ofício em referência no qual afirmava:

Sobre o pedido de esclarecimento adicional solicitado por V. Exa., através do oficio em referência c), relativamente ao processo de regularização do funcionário mencionado em epígrafe, cumpre-me informar o seguinte:

1. Para efeitos da regularização do pessoal civil da Força Aérea, ao abrigo do Dec.-Lei nº 81-A/96, de 21 JUN e diplomas complementares, foi solicitado, por esta Direcção, às Unidades, informação sobre as funções efectivamente desempenhadas pelos trabalhadores que se encontravam em condições de ser abrangidos pelos citados diplomas.

2. Relativamente ao reclamante L. A., foi esta Direcção informada, pela Base Aérea nº 4 - Açores, de que este vinha desempenhando as funções de servente.

3. Perante a reclamação ora apresentada, foi contactada a Base Aérea nº 4, para se pronunciar sobre o assunto, de que se junta fotocópia.

E concluía que:

4. Em face do conteúdo desta nota, em que se refere ter havido lapso na identificação e caracterização das funções desempenhadas pelo trabalhador em questão, fica esta Direcção a aguardar a recomendação que essa Provedoria de Justiça entenda por bem proferir.

Uma vez que a matéria factual não se apresenta controvertida, a presente recomendação visa, pois, encontrar o meio adequado de solucionar a questão reclamada.

II
Exposição de Motivos

O âmbito de aplicação do Decreto-Lei nº 81-A/96, de 21 de Junho

O regime da regularização de pessoal em situação de emprego precário foi definido nos Decretos-Leis nºs 81-A/96, de 21 de Junho, 103-A/97, de 28 de Abril, e 195/97, de 31 de Julho, e resolução do Conselho de Ministros nº 23-A/97, de 14 de Fevereiro.

O objectivo último daqueles normativos era regularizar, no plano legal e de forma definitiva, as situações dos trabalhadores que, através das mais variadas formas inadequadas, prestavam funções na Administração Pública, satisfazendo necessidades permanentes dos serviços, com subordinação hierárquica e sujeição a horário completo, desde que o trabalhador se encontrasse a prestar actividade em 10 de Janeiro de 1996 ou entre esta data e 26 de Junho do mesmo ano.

O processo de regularização

A regularização das situações de pessoal ao abrigo dos Decretos-Leis nºs 81-A/96, de 21 de Junho, e 195/97, de 31 de Julho, dependia da verificação de seis pressupostos cumulativos (cf. artigo 4º, nº 1, do Decreto-Lei nº 81-A/96):

a) Desempenho de funções correspondentes a necessidades permanentes dos serviços;

b) Existência de subordinação hierárquica;

c) Prática de horário completo;

d) Inexistência de vínculo jurídico adequado;

e) Admissão ocorrida até 26 de Junho de 1996 [alínea b) do nº 2 do artigo 2º do Decreto-Lei nº 195/97, de 31 de Julho], salvo no caso de pessoal dispensado antes de 10 de Janeiro de 1996 e posteriormente readmitido através de processo de selecção já em curso nessa data [alínea c) do nº 2 do artigo 2º e parte final do artigo 1º do Decreto-Lei nº 195/97];

f) Posse das habilitações literárias e profissionais exigidas por Lei, salvo o caso das carreiras dos grupos operário e auxiliar, bem como os trabalhadores agrícolas em que se exigisse a escolaridade obrigatória, cujas habitações literárias poderiam ser dispensadas nas respectivas categorias de ingresso (nºs 1 e 3 do artigo 3º do Decreto-Lei nº 195/97, de 31 de Julho). Se o interessado não possuísse as habilitações literárias ou profissionais exigidas para ingresso na carreira correspondente às funções que vinha desempenhando, deveria ser regularizado em categoria de ingresso de carreira em que se verificasse o preenchimento do requisito habilitacional cujo conteúdo funcional mais se aproximasse daquele que vinha sendo exercido (nº 2 do citado artigo 3º do Decreto-Lei nº 195/97).

Em consequência do erro já referido (vide ofício nº 10898, de 10/05/99, dirigido pelo senhor Comandante da Base Aérea nº 4 à Direcção de Pessoal), a situação do interessado foi regularizada na categoria de servente, quando deveria ter sido na categoria de operário.

Caso o interessado possuísse as habilitações literárias ou profissionais exigidas para ingresso na carreira correspondente às funções que vinha desempenhando (pedreiro de 3ª), era nessa carreira que deveria ter sido regularizada a situação. E era, portanto, também essa categoria a que deveria ter correspondido a celebração, ao abrigo do Decreto-Lei nº 81-A/96, de 21 de Junho, do contrato a termo certo.

A admissão do senhor L. A. ao concurso de ingresso na carreira de pessoal operário qualificado

Uma vez que a sua situação foi regularizada na categoria de servente o interessado não foi admitido ao concurso externo de ingresso para operário qualificado de construção civil, nº 38/97. É deste facto, aliás, que vem feita a reclamação.

Em face do que fica exposto, importa corrigir a situação anómala criada e integrar o trabalhador em causa na carreira de pessoal operário especializado.

O concurso em causa regeu-se pelo disposto no Decreto-Lei nº 498/88, de 30 de Dezembro, alterado pelo Decreto-Lei nº 215/95, de 22 de Agosto, como estipulou o artigo 5º, nº 1, do Decreto-Lei nº 195/97, de 31 de Julho.

O acto de exclusão de um concurso é, no que concerne aos candidatos excluídos, um acto destacável para efeitos de impugnação contenciosa; não obstante, no âmbito de um concurso, o despacho homologatório da lista de candidatos admitidos e excluídos configura um acto preparatório do acto final que culmina com a homologação da lista de classificação e ordenamento de todos os candidatos. Só a partir da publicação desta lista é criado, relativamente aos concursados, o direito subjectivo ao provimento, nos termos do disposto no artigo 5º, nº 1 do Decreto-Lei nº 498/88, de 30 de Dezembro, alterado pelo Decreto-Lei nº 215/95, de 22 de Agosto).

Na situação de exclusão ilegal de um candidato da lista de admissão, o direito do lesado é o direito à participação no concurso e à apreciação da sua candidatura ao princípio da liberdade de candidatura constante do artigo 5º, nº 1, alínea a) do Decreto-Lei nº 498/88, de 30 de Dezembro, alterado pelo Decreto-Lei nº 215/95, de 22 de Agosto.

Por força do regime encadeado das operações concursais, o acto de admissão ou exclusão é o acto antecedente do acto de classificação final dos candidatos; e este é qualificável como acto consequente daquele, no sentido que lhe é dado pela doutrina (vide, por todos, FREITAS DO AMARAL, A Execução das Sentenças dos Tribunais Administrativos, pp. 112 a 116).

Do mesmo modo, o acto de provimento de cada um dos candidatos é o acto consequente do acto de graduação na lista de classificação final, e este consequente do acto de admissão dos candidatos ao concurso.

Nos termos do disposto no artigo 141º do Código do Procedimento Administrativo (adiante, C.P.A.) os actos administrativos só podem se revogados com funda-

mento na sua invalidade dentro do prazo do respectivo recurso contencioso ou até à resposta da entidade recorrida.

Desconheço se subsiste a possibilidade de revogação por invalidade da lista de admissão de candidatos, uma vez que não disponho de informações sobre a data de publicação da lista de classificação final. Não tendo sido utilizada a possibilidade de autocorrecção ou revogação oficiosa do acto (artigo 138º do C.P.A.) somente restará a revogação parcial da lista dos candidatos admitidos ao concurso, com efeitos retroactivos, nos termos do disposto no artigo 145º, nº 3 do C.P.A., por forma a integrar o senhor L. A. nessa lista; mas a solução que passa pela revogação por invalidade só é viável, como é bom de ver, no período de validade do concurso.

A revogação do acto de provimento decorrente do concurso 45/97, e a revogação parcial do acto de exclusão do interessado do concurso de ingresso na carreira de pessoal operário qualificado.

Importa, então e desde já, ponderar a hipótese de ter decorrido o prazo de impugnação tanto do acto de nomeação do senhor L. A. na categoria de servente, como da lista de classificação final do concurso de ingresso na carreira de pessoal operário qualificado um ano, nos termos das disposições conjugados contidas no artigo 141º do C.P.A. e no artigo 28º, nº 1, alínea c), da Lei de Processo.

Nesta situação, estes actos constitutivos de direitos originariamente inválidos – e como tal anuláveis – consolidaram-se na ordem jurídica como actos válidos, como tem vindo a ser entendimento generalizado na doutrina e na jurisprudência administrativas. Temos então que o regime da revogabilidade destes actos passa a ser, como é igualmente opinião constante, o dos actos válidos.

Uma vez que não ocorre nenhuma das excepções previstas no artigo 140º, nº 1, do C.P.A., estes actos administrativos são agora livremente revogáveis. E devê-lo-ão ser atendendo, não só a critérios de justiça material, como a razões de inconveniência e inoportunidade

A solução que preconizo está, pois, viabilizada:

- A revogação do acto de provimento resultante do concurso nº 45/97; e
- A revogação parcial do acto de exclusão do interessado do concurso de ingresso na carreira de pessoal operário qualificado.

Com efeito, no primeiro caso, o acto a revogar consubstancia uma decisão desfavorável ao interessado existindo, nesta situação, consentimento presumido. No segundo caso, a revogação parcial deverá necessariamente deixar intacta a posição dos

contra-interessados (se os houver) e operará somente na parte desfavorável para o interessado, estando dispensada igualmente a consulta deste .

Acrescidamente, deverá ser atribuída eficácia retroactiva, nos termos do disposto no artigo 128º, nº 2, alínea a), do C.P.A., ao despacho de revogação parcial da decisão de excluir o senhor L. A. do concurso de ingresso na carreira de pessoal operário qualificado.

III
Conclusões

Pelas razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no artigo 20º, nº 1, alínea a), da Lei 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

A. Que seja revogado o acto de provimento resultante do concurso nº 45/97; e

B. Que seja revogado parcialmente, e com efeitos retroactivos, o acto de exclusão do interessado do concurso de ingresso na carreira de pessoal operário qualificado, considerando o senhor L. A. como integrado na lista de admitidos.

Recomendação acatada

Ao
Magnífico
Reitor da Universidade dos Açores

R-3661/98
R-3662/98
R-3663/98
Rec. n.º 80/A/99
1999.11.19

I
Introdução

Foram dirigidas ao Provedor de Justiça três reclamações relativas à situação jurídico-laboral da senhora D. M. P., e dos senhores M. R. e N. B., todos funcionários do Departamento de Ciências Agrárias da Universidade dos Açores. Em suma, queixavam-se os interessados de não terem sido abrangidos pelo regime da regularização de pessoal em situação de emprego precário, definido nos Decretos-Leis nºs 81-A/96, de 21 de Ju-

nho, 103-A/97, de 28 de Abril, e 195/97, de 31 de Julho, e 256/98, de 14 de Agosto.

A instrução do processo, que decorreu na Extensão da Provedoria de Justiça da Região Autónoma dos Açores, cumpriu o dever de audição prévia (artigo 34º do Estatuto do Provedor de Justiça). Assim, em resposta ao ofício deste Órgão do Estado nº 964, de 13/10/98 – no qual se perguntava se os interessados encontravam-se em situação irregular susceptível de regularização ao abrigo dos Decretos-Leis nºs 81-A/96, 195/97 e 256/98 e, em caso de resposta afirmativa, se haviam sido desencadeados os correspondentes mecanismos de regularização - o senhor Administrador da Universidade dos Açores prestou esclarecimentos sobre a situação reclamada, nos termos que se transcrevem:

Por incumbência do Magnífico Reitor da Universidade dos Açores e em resposta ao ofício enviado por V.Exa., cumpre esclarecer o seguinte:

A) Relativamente a M. P., presta serviço na Universidade dos Açores no Departamento de Ciências Agrárias, em regime de contratação a termo certo, ao abrigo da al. c) do nº 2 do artº 18º do Decreto-Lei nº 427/89, de 7 de Dezembro, serviço prestado no âmbito de diferentes projectos a referir:

-Projecto de Classificação das Águas;

-Projecto L.A.I.;

-Projecto Ecossistemas Florestais;

A natureza dos projectos em que a interessada colaborou é temporária não revestindo nunca o carácter de permanente, resultando daí que, pelo seu teor a colaboração prestada não se destina a satisfazer necessidades permanentes dos serviços, mantendo sempre um carácter de transitoriedade.

Quanto à situação de M. R., presta serviço na Universidade dos Açores, Departamento de Ciências Agrárias, em regime de contrato de trabalho a termo certo ao abrigo da al. c) do nº 2 do artº 18º do Decreto-Lei nº 427/89, de 7 de Dezembro, serviço esse, prestado no âmbito do projecto L.A.I.

O projecto no qual o interessado colaborou é temporário, derivando tal facto da sua própria natureza. Por outro lado, a actividade desempenhada pela pessoa em questão não corresponde de maneira nenhuma à satisfação de necessidades permanentes do serviço.

No que diz respeito à situação de N. B., presta serviço na Universidade dos Açores, Departamento de Ciências Agrárias, em regime de contrato de trabalho a termo certo ao abrigo da al. c) do nº 2 do artº 18º do Decreto-Lei nº 427/89, de 7 de Dezembro

bro, serviço esse prestado no âmbito do projecto "Irlandês" e no projecto comunitário AIR 2 - CT94-1953. Estes projectos revestem uma natureza temporária e como tal a actividade desempenhada pelo interessado reveste as mesmas características, não se destinando a satisfazer necessidades permanentes do serviço.

B) Conforme resulta do exposto, a situação dos interessados não é susceptível de ser regularizada ao abrigo dos Decretos-Lei nº 81-A/96 e 195/97.

O Decreto-Lei 81-A/96 de 21 de Junho, pretendeu por cobro a situações irregulares que proliferam na Administração Pública. Sob a capa de contrato a prazo, encontramos muitas vezes situações que visam satisfazer necessidades permanentes dos serviços. Com o intuito de por cobro ás situações descritas, o mesmo decreto vai condicionar a sua regularização a uma série de requisitos plasmados no nº 1 do artigo 4º, são eles:

a) Desempenho de funções que correspondam a necessidades permanentes dos serviços;
b) Existência de subordinação hierárquica;
c) Prática de horário completo;
d) lnexistência de vínculo jurídico adequado;
e) Posse das habilitações exigidas por Lei;
f) A admissão deverá ter ocorrido até 26 de Junho de 1996.

Nos casos que nos merecem a presente apreciação, verificamos que, não obstante poderem estar cumpridos alguns dos requisitos enumerados neste artigo, deparamos com um (requisito) que não se poderá efectivar, a citar, aquele que exige que a actividade desenvolvida corresponda à satisfação de necessidades permanentes dos serviços. Como já foi explicitado, neste caso não poderá haver lugar ao cumprimento de necessidades permanentes do serviço, uma vez que os interessados desempenham funções ao abrigo de projectos que pela sua própria natureza revestem um carácter de efemeridade, sendo a sua duração limitada no tempo e pelas suas próprias características, transitórios. Considerando o referido, qualquer pessoa que se encontre a desempenhar funções no âmbito destes projectos, não poderá fazê-lo de forma permanente, pois estando o conteúdo funcional da actividade exercida ligado à transitoriedade do projecto a executar, por maioria de razão será ela também transitória, não visando assim a satisfação de necessidades permanentes do serviço.

Considerando estes pressupostos, mais uma vez se terá aqui de concluir que a

situação em que se encontram os interessados: M. R., N. B. e M. P., não será de forma alguma passível de regularização ao abrigo dos Decretos-Lei 81-A/96 de 21 de Junho e 195/97 de 31 de Julho, dado o cariz de transitoriedade que a actividade desenvolvida reveste e uma vez que a mesma não visa a satisfação de necessidades permanentes do serviço.

II
Exposição de Motivos

O âmbito de aplicação do Decreto-Lei nº 81-A/96, de 21 de Junho

O regime da regularização de pessoal em situação de emprego precário vem definido nos Decretos-Leis nºs 81-A/96, de 21 de Junho, 103-A/97, de 28 de Abril, e 195/97, de 31 de Julho, e 256/98, de 14 de Agosto.

O objectivo último daqueles normativos foi – como muito bem afirmou o senhor Administrador - regularizar, no plano legal e de forma definitiva, as situações dos trabalhadores que, através das mais variadas formas inadequadas, prestavam funções na Administração Pública, satisfazendo necessidades permanentes dos serviços, com subordinação hierárquica e sujeição a horário completo; e isto, desde que o trabalhador se encontrasse a prestar actividade em 10 de Janeiro de 1996, ou entre esta data e 26 de Junho do mesmo ano.

O processo de regularização

Como sucintamente descreveu o senhor Administrador, a regularização das situações de pessoal ao abrigo dos Decretos-Leis nºs 81-A/96, de 21 de Junho, e 195/97 , de 31 de Julho, dependia da verificação de seis pressupostos cumulativos (cf. artigo 4º, nº 1, do Decreto-Lei nº 81-A/96):

a) Desempenho de funções correspondentes a necessidades permanentes dos serviços;
b) Existência de subordinação hierárquica;
c) Prática de horário completo;
d) Inexistência de vínculo jurídico adequado;
e) Admissão ocorrida até 26 de Junho de 1996 [alínea b) do nº 3 do artigo 2º do Decreto-Lei nº 195/97, de 31 de Julho], salvo no caso de pessoal dispensado antes de 10 de Janeiro de 1996 e posteriormente readmitido atra-

vés de processo de selecção já em curso nessa data [alínea c) do nº 3 do artigo 2º e parte final do artigo 1º do Decreto-Lei nº 195/97];

f) Posse das habilitações literárias e profissionais exigidas por Lei - salvo no caso das carreiras dos grupos operário e auxiliar, bem como dos trabalhadores agrícolas em que se exigisse a escolaridade obrigatória, cujas habilitações literárias poderiam ser dispensadas nas respectivas categorias de ingresso (nºs 1 e 4 do artigo 3º do Decreto-Lei nº 195/97, de 31 de Julho). Se o interessado não possuísse as habilitações literárias ou profissionais exigidas para ingresso na carreira correspondente às funções que vinha desempenhando, deveria ser regularizado em categoria de ingresso de carreira em que se verificasse o preenchimento do requisito habilitacional cujo conteúdo funcional mais se aproximasse daquele que vinha exercendo (cf. nº 3 do citado artigo 3º do Decreto-Lei nº 195/97).

O caso dos programas ocupacionais

Não obstante configurar uma matéria diferente daquela que aqui nos ocupa, importa trazer à colação o caso da prestação de actividade ao abrigo de programas ocupacionais. Em relação a estas situações, foi sendo pacífico o entendimento de que não podiam ser objecto de regularização, por duas ordens de razões:

- Não existia lei permissiva;
- Não se tratavam de situações equiparáveis, para o efeito pretendido.

Acrescia que, relativamente à situação do pessoal a prestar serviço ao abrigo de programas ocupacionais, o despacho do Secretário de Estado da Administração Pública de 30/12/97, dispunha que:

> "Nada justifica que se altere a posição unívoca desde sempre assumida face à não regularização dos que prestam serviço na Administração Pública ao abrigo de programas ocupacionais".

Não obstante, a coberto do ofício nº 16274, a Direcção-Geral da Administração Pública, emitiu parecer referindo que "quando se nos apresentam (...) situações de trabalhadores que num determinado período do seu percurso profissional, compreendido entre 10 de Janeiro e 26 de Junho de 1996, assistem à alteração jurídico-formal da sua situação, titulada agora através de um programa ocupacional, sem que, no entanto, se tenham alterado as características essenciais da sua prestação laboral - em si mesma

subordinada, sujeita a horário completo e inserida nas actividades normais dos respectivos serviços ou organismos - então, para além do carácter fictício e totalmente ilegal destas situações (...), o mais que se tem de admitir é a sua eventual inclusão no processo de regularização".

E o Secretário de Estado da Administração Pública proferiu, sobre este parecer, o despacho de 28/10/98, do seguinte teor:

> "(...) mantenho o meu despacho de 30-12-97, sem prejuízo de admitir a celebração de contratos de trabalho a termo certo, para os casos em que se verificaram alterações jurídico-formais com o intuito de se ultrapassarem os limites da legislação vigente ou criar a aparência de carácter não permanente da necessidade que a relação de trabalho visava satisfazer".

Verifica-se, em face do que ficou descrito, que se o trabalho prestado ao abrigo do programa de colocação temporária de trabalhadores subsidiários (1) tivesse visado o desempenho de funções correspondentes a necessidades permanentes dos serviços, (2) com subordinação hierárquica e (3) com horário completo, dever-se-iam considerar reunidos os pressupostos exigidos no nº 1 do artigo 4º do Decreto-Lei nº 81-A/96 para a regularização das situações de pessoal na Administração Pública; e seria, então, aplicável o regime da regularização de pessoal em situação de emprego precário que vinha definido no Decreto-Lei nº 81-A/96, de 21 de Junho, e legislação subsequente (desde que estivessem preenchidos os demais requisitos previstos).

Como adiante melhor explanarei, a qualificação jurídico-formal dos vínculos contratuais dos trabalhadores da Administração Pública não é susceptível de, por si só, impedir o processo de regularização. Importa, então, verificar o que se esconde atrás desta aparência de carácter não permanente da necessidade que a relação de trabalho visava satisfazer.

A situação dos interessados

Chegados aqui, não posso deixar de lembrar que a afirmação do senhor Administrador "(...) uma vez que os interessados desempenham funções ao abrigo de projectos que pela sua própria natureza revestem um carácter de efemeridade, sendo a sua duração limitada no tempo e pelas suas próprias características, transitórios (...)" é, por si só, insuficiente para motivar a conclusão de que "(...) neste caso não poderá haver lugar ao cumprimento de necessidades permanentes do serviço" .

A este propósito, permito-me transcrever parte relevante de uma comunicação

da Direcção-Geral da Administração Pública, de 04/11/97 (entrada nº 23774) – e que mereceu, em 11/12/97, despacho de Concordo do senhor Secretário de Estado da Administração Pública - na qual se debatia a aplicabilidade do Decreto-Lei nº 81-A/96, de 21 de Junho, a diversos trabalhadores da Direcção-Geral de Viação:

> "Em todos os casos "titulados" da mais diversa forma – contratos a termo certo que ultrapassaram o prazo pelo qual foram celebrados, contratos de tarefa e de avença que, desde o seu início ou em momento posterior revestem forma subordinada, aquisições de serviço prolongadas no tempo, ajustes verbais – o que se constata é a existência de uma relação de trabalho subordinado de carácter duradouro com sujeição a horário completo, pelo que se não compreenderia que a caracterização material de tal relação laboral se limitasse à denominação jurídico-formal conferida ao contrato pelas partes".

Do mesmo passo, é igualmente excessivo dizer que "(...) qualquer pessoa que se encontre a desempenhar funções no âmbito destes projectos, não poderá fazê-lo de forma permanente, pois estando o conteúdo funcional da actividade exercida ligado à transitoriedade do projecto a executar, por maioria de razão será ela também transitória, não visando assim a satisfação de necessidades permanentes do serviço"

Com efeito, o que está por demonstrar – e era essa demonstração que se aguardava em sede de audição prévia – é que o desempenho profissional dos interessados não visou o desempenho de funções correspondentes a necessidades permanentes dos serviços, com subordinação hierárquica e com horário completo, e que não estão reunidos os demais requisitos legais inerentes à regularização. Porque, se ficar comprovado o contrário, então deverá ser desencadeado o processo de regularização.

Mais uma vez chamo a atenção para a relativa irrelevância da "aparência de carácter não permanente da necessidade que a relação de trabalho visava satisfazer" ; e como tentarei demonstrar, na presente situação a qualificação jurídica dos vínculos laborais corresponde somente a uma aparência de colaboração temporária e de transitoriedade; na prática, porém, o desempenho visou satisfazer necessidades permanentes de serviço.

Vejamos, pois, quais os vínculos contratuais que os interessados detiveram, e quais as tarefas que desempenharam ao longo dos anos.

M. P.

Iniciou a sua prestação profissional no Departamento de Ciências Agrárias do Pólo de Angra do Heroísmo da Universidade dos Açores, em Dezembro de 1991. Este primeiro vínculo durou até Março de 1992. Em Março de 1992 celebrou contrato de trabalho a termo certo que durou até Maio de 1994. Em Maio de 1994 celebrou contrato de prestação de serviços que vigorou até Agosto de 1994. Em Agosto de 1994 celebrou novo contrato de trabalho a termo certo com duração até Setembro de 1995. Nos meses de Setembro e Outubro de 1995 desempenhou funções ao abrigo de novo contrato de prestação de serviços. Em Outubro de 1995 celebrou novo contrato de trabalho a termo certo, o qual durou até Novembro de 1996. De Novembro de 1996 até Fevereiro de 1997 foi contratada ao abrigo de contrato de prestação de serviços. Em Fevereiro de 1997 celebrou contrato de trabalho a termo certo. Em Março de 1997 e em Abril de 1997 foi novamente contratada a coberto de contrato de prestação de serviços. Entre Maio de 1998 e Novembro de 1998 celebrou novo contrato de prestação de serviços. Em Dezembro de 1998 foi novamente contratada ao abrigo de contrato de trabalho a termo certo.

A senhora D. M. P. faz trabalhos de preparação e apoio de diversas aulas práticas nos âmbito dos cursos de Engenharia do Ambiente (disciplinas de Controlo Analítico do Ambiente, Ecotoxicologia e Saúde Pública); faz a organização e o planeamento de mapas de colheita relativos a colheitas de água para análise, assegura a verificação do envio e recepção das respectivas malas térmicas, realiza a preparação destas para o processo de colheitas microbiológicas; realiza colheita de amostras, lavagem e preparação de material, esterilização e preparação de meios de cultura, distribuição por placas de petri e tubos de ensaio e a limpeza e esterilização de equipamentos e salas de laboratório.

Por outro lado, executa funções na área da físico-química (ph, condutividade, alcalinidade, clorestos e grau de oxidabilidade, C.B.O., C.Q.O., azoto Kyedjall, azoto amoniacal, sílica, fosfatos, sulfatos) e na área da microbiologia (enumeração de coliformes totais, coliformes fecais, estreptococos fecais, clostridium sulfito-redutores, pseudomonas SPP, salmonelas SPP, mesofilos e estafilococos SPP com identificação e isolamento de colónias).

Desempenha, ainda, funções na área de análises microbiológicas e físico-químicas de águas para consumo humano, águas subterrâneas, águas superficiais, águas

de piscinas e águas do mar e residuais.

M. R.

Iniciou o seu desempenho profissional no Departamento de Ciências Agrárias do Pólo de Angra do Heroísmo da Universidade dos Açores, em Janeiro de 1993, ao abrigo de contrato de prestação de serviços que durou até Setembro de 1994. Em Outubro de 1994 celebrou contrato de trabalho a termo certo com duração até Setembro de 1996. Entre Outubro de 1996 e Dezembro de 1996 esteve contratado ao abrigo de contrato de prestação de serviços. Entre Dezembro de 1996 e Novembro de 1997 esteve vinculado por contrato de trabalho a termo certo. Em Dezembro de 1997 celebrou novo contrato de prestação de serviços, que durou até Junho de 1998. Entre Julho de 1998 e Dezembro de 1998 desempenhou funções ao abrigo de contrato de trabalho a termo certo.

O senhor M. R. executa funções na área da colheita de amostras de água para consumo humano, águas subterrâneas, águas superficiais, águas de piscinas e águas do mar e residuais.

Funciona, igualmente, como técnico de apoio a diversas aulas práticas nos âmbito dos cursos de Engenharia do Ambiente (disciplinas de Controlo Analítico do Ambiente, Ecotoxicologia e Saúde Pública).

Realiza, ainda, a preparação das malas térmicas para o processo de colheitas microbiológicas; prepara os meios de cultura para as determinações microbiológicas e reagentes, e assegura, também, a colheita de água para análise.

N. B.

Iniciou o seu desempenho profissional no Departamento de Ciências Agrárias do Pólo de Angra do Heroísmo da Universidade dos Açores, em Setembro de 1990, ao abrigo de contrato de prestação de serviços que durou até Maio de 1994. Em Junho de 1994 celebrou contrato de trabalho a termo certo com duração até Maio de 1996. Entre Junho de 1996 e Outubro de 1996 esteve contratado ao abrigo de contrato de prestação de serviços. Entre Novembro de 1996 e Outubro de 1997 esteve vinculado por contrato de trabalho a termo certo. Em Novembro de 1997 celebrou novo contrato de prestação de serviços, que durou até Abril de 1998. Em Maio de 1998 celebrou contrato de trabalho a termo certo.

O senhor N. B. orienta e auxilia nos trabalhos de campo de colheita de amostras; auxilia na preparação de materiais e métodos para a realização de aulas práticas; realiza e auxilia na execução de várias das análises realizadas pelos "métodos tradicionais" no referido laboratório (determinação do azoto Kjedahl, determinação da percentagem de macro-nutrientes, determinação da percentagem de Fibras, etc.), bem como da respectiva preparação das amostras, antes de serem submetidas à análise (secagem, moenda e preparação de soluções de análise).

Por outro lado, possui experiência em análises com o método de Absorção Atómica. Deve acrescentar-se que recebeu formação dada por técnicos da Izasa Portugal durante a instalação do equipamento.

Neste momento, ocupa-se de duas tarefas principais: realização de todas as análises pelo método de infravermelho próximo (NIR), sendo o único funcionário do laboratório que possui conhecimentos e formação (dada pelo Dr. Ralph Barnes da NIR-Systems Inc.) para trabalhar com este tipo de equipamento; e execução do processamento informático, tratamento estatístico e logístico dos resultados das análises realizadas, no Laboratório de Análises de Solos e Plantas, para associações agrícolas, Serviços de Desenvolvimento Agrário (Flores, São Miguel, Pico, Faial, Terceira, etc.) e particulares.

Conclusão

Em face do que fica descrito não é de aceitar a lacónica argumentação de que existe uma colaboração temporária e transitória entre estes funcionários e a Universidade dos Açores.

Acresce que foi a verificação da existência de situações como as apresentadas que motivou a criação do regime (excepcional) da regularização de pessoal em situação de emprego. É que a finalidade dos Decretos-Leis nºs 81-A/96, de 21 de Junho, 103-A/97, de 28 de Abril, e 195/97, de 31 de Julho, e da resolução do Conselho de Ministros nº 23-A/97, de 14 de Fevereiro, é exactamente regularizar, de forma definitiva, as situações dos trabalhadores que, através das mais variadas formas inadequadas, têm vindo a prestar funções na Administração Pública, satisfazendo necessidades permanentes dos serviços. Os interessados foram contratados a termo certo (e também mediante contratos de prestação de serviços), antes de 10 de Janeiro de 1996. Porque, como ficou demonstrado, satisfazem necessidades permanentes dos serviços, a sua situação é irregular e deve, caso estejam preenchidos os demais requisitos, ser regularizada ao abrigo do Decreto-Lei nº 195/97.

Em face do que ficou exposto - em especial sobre a duração da actividade profissional dos interessados [desde Dezembro de 1991 (a senhora D. M. P.) Janeiro de 1993 (o senhor M. R.) e Setembro de 1990 (o senhor N. B.)], sobre o carácter regular do desempenho funcional e sobre o aperfeiçoamento profissional e especialização que a Universidade dos Açores assegurou e incentivou – não pode deixar de se defender que a regularização destas situações constitui a única forma de evitar a conclusão de que a Universidade dos Açores está a recorrer a formas de trabalho precário para satisfação de necessidades permanentes dos serviços – prática que, como é do conhecimento público, faz incorrer os funcionários e agentes prevaricadores em responsabilidade civil, financeira e disciplinar (cf. artigo 11º, nº 2 do Decreto-Lei nº 195/97, de 31 de Julho).

III
Conclusões

Pelas razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no artigo 20º, nº 1, alínea a), da Lei nº 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

A. Que a Universidade dos Açores reconheça que os funcionários do Departamento de Ciências Agrárias, M. P., M. R. e N. B., devem ser abrangidos pelo processo de regularização regulado definido nos Decretos-Leis nºs 81-A/96, de 21 de Junho, 103-A/97, de 28 de Abril, e 195/97, de 31 de Julho, e 256/98, de 14 de Agosto.

B. Que a Universidade dos Açores desencadeie, de imediato, os respectivos processos de regularização.

Recomendação acatada

Registos e Notariado

A
Sua Excelência
o Ministro da Justiça

P-13/99
Rec. n.º 28/B/99
1999.07.23

I
Introdução

A propósito da divulgação de notícias que davam conta de casos de entrega de crianças, pelos pais naturais a terceiros, ocorridos fora de processos de adopção (ou em desrespeito pelas respectivas normas), foi suscitada a questão do procedimento de registo de nascimento, e dos respectivos requisitos. A matéria objecto do presente processo relaciona-se, como é bom de ver, com a necessidade/conveniência da alteração da disposição do Código do Registo Civil que regula os requisitos especiais do registo de nascimento artigo 102º do Código do Registo Civil (adiante, C.R.C.), aprovado pelo Decreto-Lei nº 131/95, de 6 de Junho, com alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 36/97, de 31 de Janeiro, e pelo Decreto-Lei nº 120/98, de 8 de Maio.

O debate gerado à volta desta questão teve, desde logo, a virtualidade de revelar uma evidência: o regime jurídico do registo civil não confere a necessária garantia de veracidade das declarações de nascimento registadas. Por outro lado, a pronta colaboração dos senhores conservadores do registo civil de Angra do Heroísmo e de Praia da Vitória - a qual deve ser louvada -, permitiu a audição das entidades que mais de perto se têm visto envolvidas na polémica da contraposição entre, por um lado, a desejável desburocratização do processo de registo civil de nascimento e, por outro, a necessária veracidade dos factos sujeitos ao registo civil.

A presente comunicação resulta da verificação da necessidade de serem introduzidas alterações ao normativo que disciplina a matéria do registo civil de nascimento; e não foi precedida de audição prévia porquanto considerei que o cumprimento deste dever colidiria com a urgência na consagração das alterações legislativas que entendo recomendar.

Em 28/06/99, esteve na Extensão da Provedoria de Justiça da Região Autóno-

ma dos Açores o senhor Dr. Francisco Ávila, conservador do registo civil de Angra do Heroísmo. Na reunião que com ele mantive estiveram ainda presentes o Dr. António Sequeira Ribeiro, adjunto do meu Gabinete, e o Dr. Miguel Menezes Coelho, assessor responsável pela Extensão da Provedoria de Justiça da Região Autónoma dos Açores.

O senhor Dr. Francisco Ávila fez uma exposição sobre as implicações, em termos de registo civil, dos casos de entrega de crianças alegadamente ocorridos na ilha Terceira, nos Açores. Aproveitou, ainda, para descrever um conjunto de situações que considerou merecedor de especial ponderação e que, no seu entendimento, justificaria a realização de alterações no normativo que regula o registo civil. Na sua exposição, o senhor Dr. Francisco Ávila abordou as questões do registo de nascimento, da paternidade presumida e da revisão de sentenças de divórcio estrangeiras.

Referindo-se ao artigo 102º do Código de Registo Civil (requisitos especiais do registo de nascimento) o senhor conservador sustentou a insuficiência dos requisitos cujo cumprimento é imposto, e defendeu a conveniência da imposição da obrigatoriedade de apresentação de declaração médica atestando o nascimento a registar.

Transcrevo, na íntegra, o teor da exposição entregue em mão pelo senhor Dr. Francisco Ávila, na parte relativa ao artigo 102º do Código do Registo Civil.

"Na generalidade dos Países civilizados, do registo de nascimento consta a menção de que o registado nasceu - este é o facto principal que se pretende registar - facto, que é naturalmente certificado pelo médico que assistiu ao parto.

Juntam-se alguns modelos de registos estrangeiros de nascimento.

Este deve ser o procedimento normal, sempre que em Portugal ocorrer um nascimento num hospital, seja do Estado, seja particular.

Parece, pois, que o artº.102º do C.R.C. subordinado ao título (Requisitos Especiais) devia prescrever que a declaração de nascimento se fundamentasse na declaração verbal do declarante, e no certificado médico, se necessário, incluindo outros documentos, como sejam, os Bilhetes de Identidade dos pais, ou outras informações, que adiante se referem, tratando-se, sobretudo, dos casos de omissão do registo, ou quando o nascimento ocorre fora dos estabelecimentos hospitalares.

Pode acontecer que, algum, ambos os pais, ou outra pessoa, compareçam na Conservatória para declarar um nascimento que ocorreu fora de qualquer Estabelecimento Hospitalar, e o Conservador tenha fundadas dúvidas sobre se o facto é verdadeiro, e se os pais declarados são, ou não, os pais biológicos do registando.

Neste caso, apesar de a Lei (nºs 2 e 3) do artº 102º do C.R.C, já prescrever a atitude que deve ser tomada, não seria despiciendo referir que ao Conservador, no caso de justificados dúvidas, se deparar a possibilidade de recorrer ao pároco da residência dos pais, ao presidente da Casa do Povo, ou da Junta de Freguesia, normalmente, pessoas que, pelo contacto directo e contínuo com as populações, têm conhecimento das situações reais.

Neste caso, seria de alterar o nº 4 do referido artigo, pois tais diligências necessitam de certo tempo, facto que não é compatível com o dever de lavrar o registo a seguir à declaração.

O recurso a estas entidades, para dissipar fundadas dúvidas do Conservador, pode tornar-se também necessário, mesmo que o declarante do nascimento exiba o certificado médico, pois que este apenas tem por objectivo certificar o facto do nascimento.

A não obrigatoriedade de apresentar tal certificado, na prática, permite pôr em dúvida que o nascimento tenha, de facto, ocorrido.

Isto é muito grave, mesmo que não ultrapasse o campo da mera possibilidade.

O registo tem como objectivo, a prova de um facto verídico, pelo que tem de estar acima de qualquer suspeita.

Em resumo: se a Lei tornasse obrigatória a apresentação na Conservatória de um certificado de nascimento, passado pelo hospital e assinado pelo médico que assistiu ao parto, ou que o possa comprovar, reduzir-se-ia o número de casos de omissão de registo, em que pode estar subjacente a intenção dolosa do tráfico de bebés.

Hoje, a esmagadora maioria dos nascimentos ocorrem em hospitais do Estado ou Clínicas particulares, pelo que não pode considerar-se uma exigência da Lei, difícil de cumprir, mas, simplesmente, a constatação de que o nosso País progrediu em matéria de assistência sanitária das populações mesmo quanto àqueles extractos economicamente mais débeis.

Aliás, seria, apenas, acompanhar o que se faz no estrangeiro".

Na mesma reunião, o senhor Dr. Francisco Ávila defendeu, ainda, a necessidade de serem alteradas as disposições relativas à paternidade presumida, em especial a constante do artigo 119º, nº 4, do C.R.C., e manifestou a opinião de que deve ser atribuído "às sentenças proferidas pelos tribunais estrangeiros, o mesmo tratamento que se concede aos tribunais eclesiásticos" (vide ofício nº 392 P., de 26/11/97, dirigido ao senhor Chefe de Gabinete de Sua Excelência o Ministro da Justiça).

No dia 07/07/99, o assessor na Extensão da Região Autónoma dos Açores deslocou-se à conservatória do registo civil de Angra do Heroísmo tendo recebido do senhor Dr. Francisco Ávila documentação relativa às três situações que expusera anteriormente, na reunião de 28/06/99.

Ainda em 07/07/99, o meu assessor estabeleceu contacto telefónico com o senhor Dr. Cota Moniz, conservador do registo civil da Praia da Vitória. O senhor conservador afirmou conhecer as declarações do senhor conservador de Angra do Heroísmo mas informou discordar do seu teor, designadamente por não considerar necessária a introdução de alterações à redacção das disposições do C.R.C. que regulam a matéria do registo de nascimento.

O senhor conservador ficou de enviar para a Extensão da Provedoria de Justiça da Região Autónoma dos Açores comunicação escrita sobre este assunto; tal veio a suceder a coberto do ofício nº 430/99, de 15/07/99. Deixo transcrita a parte desta comunicação relevante para a economia da presente Recomendação:

"Quanto ao que motivou o contacto de V.Exª, a anunciada "venda de bébés", o mesmo é inteiramente desconhecido nesta Conservatória do Registo Civil de Praia da Vitória, afigurando-se que, independentemente da existência ou não, nesta Ilha ou noutro qualquer ponto do território da República Portuguesa, de condutas ilícitas, a questão é mais mediática que real.

Na sequência de notícias surgidas na Comunicação Social, o Sr. Conservador do Registo Civil de Angra do heroísmo manifestou publicamente, via audiovisual, parece no sentido de dever ser exigível um documento aquando da declaração de nascimento verbal feita na Conservatória.

Com todo o respeito pelo direito à diferenças, que muito prezamos, discordamos dessa exigência de mais um documento, um papel, em tempo de desburocratização, e que pouco ou nada adianta na concretização dos quatro princípios de direito registral: publicidade, unicidade, credibilidade, veracidade (Fortunato Leite de Faria, Factos e Actos do Registo Civil, 1986, pág. 13).

Desde, pelo menos, o Código do Registo Civil aprovado pelo Decreto nº 22018 de 22/12/1932 que o regime aplicável às declarações do nascimento é, na essência, o actual, no sentido de que apenas se baseia na declaração verbal, sem suporte documental (artº 233º desse Código).

É certo que, ao tempo, era exigível, em todos os registos, a intervenção de tes-

temunhas – artº 210º ibidem.

Esta exigência de intervenção de testemunhas mantém-se no C.R.C. de 1958 (D.L. 41967 de 22/11/58), no seu artº 107º, e na versão inicial do C.R.C. aprovado pelo D.L. 47678 de 5/5/67 (artº 58º).

Porém, já na revisão deste Código pelo D.L. 49054 de 12/6/69 a intervenção de testemunhas deixa de ser obrigatória, excepto nos assentos de casamento lavrados por inscrição – artº 58º, 59º e 76º, nº 1 do Código então revisto.

E mesmo neste caso deixa de ser obrigatória a partir do C.R.C. de 95, aprovado pelo D.L. 131/95 de 6/6, alterado pelo D.L. 36/97 de 31/01.

Ou seja, todo o percurso do Direito Registral Português tem sido no sentido de simplificar, dispensando formalidades e prova consideradas desnecessárias.

E são-no, de facto. Podemos asseverar, tanto quanto nos é dado saber, que em quase 25 anos de função apenas nos recordamos dum único caso de falsas declarações aquando da declaração de nascimento.

Ora, se tivermos em conta uma média de 200 nascimentos/ano (é superior), teremos que em 5.000 nascimentos declarados um enfermava de falsidade quanto às declarações, ou seja, 0,02%.

Não cremos merecer a pena introduzir novas formalidades por caso(s) sem expressão.

Uma das características do Estado de Direito é o exercício da livre actuação do cidadão, o que implica necessariamente a possibilidade de violação de regras éticas e legais de conduta.

De resto, os documentos escritos também podem ser falsificados (mesmo impressos hospitalares e assinaturas de licenciados em medicina).

E ainda teríamos de criar regras para os casos em que não houvesse intervenção clínica (nascimentos em casa; no meio de transporte, etc.).

Desconhecemos o direito comparado (à excepção do americano e canadiano, apenas pelo contacto com certidões).

Ora, mesmo aí se prevê casos em que o (a) assistente ao parto possa ser outrem que não médico ou enfermeiro.

Além disso, iríamos ter a exigência de prova documental aquando da declaração de nascimento atempada que estabelece a filiação.

Porém, quer a perfilhação quer o reconhecimento da maternidade, que estabelecem a filiação em fase posterior, apenas dependeriam das declarações dos próprios –

artºs 125º e segs. e 130º e segs. C.R.C. Ou estar-se-á a pensar em testes ao ADN?...

De resto, a exigência de certificado médico aquando do óbito, e a sua dispensa no registo de nascimento, não podem ser comparadas sem mais.

No óbito desaparece uma pessoa jurídica, que mais nenhum acto irá praticar, ainda que eventuais herdeiros irão, eventualmente, abrir a herança.

Porém, logo após o nascimento, uma assistente social relacionará os recém-nascidos, e os Serviços Materno-Infantil da área irão contactar a família; ao chegar-se à idade escolar dar-se-á pela existência ou não do cidadão; o mesmo quando tiver de ser recenseado; e para ir exercendo quaisquer direitos médico-sociais, será exigível prova documental.

Não é, pois, fácil a existência de cidadão-fantasma.

E quanto às possíveis falsas declarações que possam surgir aqui e além, terão de ser apreciadas e punidas nos termos legais, muito para além do mero âmbito registral".

Importa destacar que ambos os senhores conservadores, de Angra do Heroísmo e de Praia da Vitória, descreveram outras situações merecedoras de uma especial ponderação e, eventualmente, justificativas de alterações na redacção das respectivas disposições legais. Estas questões estão a ser tratadas em processo autónomo.

II
Exposição de Motivos

Se o registo civil é tido como o cadastro geral dos cidadãos , compreende-se que ele seja imperativo relativamente ao nascimento e à filiação porquanto – na expressão do Decreto de 16 de Maio de 1832, de MOUZINHO DA SILVEIRA – "atesta e legitima as épocas principais da vida civil dos indivíduos" (artigo 69º). Também é esta circunstância que justifica que os factos cujo registo é obrigatório só podem ser invocados depois de registados (artigo 2º, C.R.C.).

Fora os casos excepcionais regulados na secção II (Filiação) do Capítulo II (Actos de registo em especial) do C.R.C., a filiação fica registada no assento de nascimento, uma vez que o nome completo, a idade, o estado, a naturalidade e a residência habitual dos pais constituem requisitos especiais do registo de nascimento artigo 102º, nº 1, alínea e), C.R.C.. Ou, dito de outra forma: "o registo de nascimento, em geral, tem por objecto o assentamento de dois factos sujeitos a registo obrigatório – o nascimento

e a filiação do registado" , nos termos do disposto no artigo 1º, nº 1, alíneas a) e b), do C.R.C.; mas, ainda assim, "é evidente que qualquer deles está subordinado a disciplina legal própria" .

Em Portugal, os registos públicos pessoais preocuparam-se desde sempre com três espécies de assentos: nascimentos, casamentos e óbitos .

Sobre a história do registo civil português, bem como sobre a sua relevância social e as vicissitudes políticas que o determinaram, não será despropositado reler o preâmbulo do Decreto-Lei nº 41.967, de 22 de Novembro, diploma que aprovou o Código de 1958. Aí é referido, para além do carácter relativamente recente do registo civil enquanto serviço público dotado de organização autónoma, que:

"Foi a Igreja que primeiro criou, para os fiéis, e com o simples intuito de facilitar a prova dos estados de família ligados a certos sacramentos (o baptismo e o matrimónio) e de documentar o cumprimento de sufrágios fúnebres, um registo do estado civil das pessoas, sob a forma de assentos paroquiais (cfr., entre nós, as Constituições diocesanas de 25 de Agosto de 1536, promulgadas pelo Infante D. Afonso, Cardeal de S. João e de S. Paulo e Arcebispo de Lisboa).

Só bastante mais tarde o Estado reconheceu vantagem de tornar extensiva a todos os indivíduos a prática posta em vigor pela Igreja relativamente aos católicos e bem assim a necessidade de aproveitar a iniciativa eclesiástica, subordinando a realização do registo a princípios jurídicos uniformes, que assegurassem a sua regularidade e fiscalização.

Data precisamente de 16 de Maio de 1832 o decreto que em Portugal proclamou a existência do registo civil para todos os indivíduos.

Às providências revolucionárias de Mouzinho da Silveira outras se sucederam sobre a matéria do registo, dentro ainda do período do liberalismo (...); mas foram o Código Civil (de 1867) e o Decreto de 28 de Novembro de 1878 os diplomas que, antes do advento do regime republicano, mais desenvolvidamente cuidaram do novo regime.

(...)

Foi profunda a reforma introduzida (...) pelo Código de Registo Civil de 18 de Fevereiro de 1911. O novo diploma estabeleceu o princípio da obrigatoriedade da inscrição no registo civil dos factos a ele sujeitos; estendeu a obrigatoriedade a todos indivíduos, fosse qual fosse a sua confissão religiosa; confiou a realização do registo a funcionários privativos; e, para garantir a efectivação dos princípios proclamados na Lei, não hesitou em fixar a precedência obrigatória do registo civil sobre as cerimónias reli-

giosas correspondentes e em cominar algumas sanções pesadas para os infractores desse regime de prioridade legal.

(...)Ao mesmo tempo, porém, que conseguia lançar as bases definitivas do Registo Civil, o Código de 1911 acusava as deficiências próprias de um diploma de brusca e profunda transição. Assim se explica a larga série de providências que houve necessidade de tomar logo em seguida à sua publicação.

(...)

Esta legislação dispersa, que alterou em muitos pontos o diploma de 1911, determinou, a breve trecho, a necessidade de reunir em novo Código toda a regulamentação do Registo Civil: e assim nasceu, após a tentativa fracassada do Decreto nº 15.380, de 17 de Abril de 1928, o Código do Registo Civil de 22 de Dezembro de 1932".

As alterações legislativas sucessivamente introduzidas ao Decreto-Lei nº 41.967, de 22 de Novembro (Código de 1958), bem como a publicação de novos códigos , trouxeram-nos até ao actual Código do Registo Civil, aprovado pelo Decreto-Lei nº 131/95, de 6 de Junho.

Chegados a este ponto, importa aludir, em traços necessariamente gerais, às disposições que regulam a matéria da declaração e registo de nascimento.

Sem embargo do nascimento dever ser declarado em qualquer conservatória do registo civil (artigo 96º, C.R.C.), o respectivo registo é lavrado na conservatória da área da naturalidade do registando (artigo 101º). O conteúdo deste registo vem definido no artigo 102º, cujos termos importa ter presentes:

Artigo 102º
Requisitos especiais

1. Além dos requisitos gerais, o assento deve conter os elementos seguintes:

a) O nome próprio e os apelidos;

b) O sexo;

c) A data de nascimento, incluindo, se possível, a hora exacta;

d) A freguesia e o concelho da naturalidade;

e) O nome completo, a idade, o estado, a naturalidade e residência habitual dos pais;

f) O nome completo dos avós;

g) As menções exigidas por Lei em casos especiais.

2. Os elementos são fornecidos pelo declarante, devendo ser exibidos, sempre que possível, os documentos de identificação dos pais.

3. O funcionário que receber a declaração deve averiguar a exactidão das declarações prestadas, em face dos documentos exibidos, dos registos em seu poder e das informações que lhe for possível obter.

4. A realização das averiguações necessárias não deve impedir que o assento seja lavrado em acto seguido à declaração.

Desde logo, o assento de nascimento realiza, pelo menos em parte, um direito proclamado na Constituição, o direito à identidade pessoal. Como refere ANTUNES VARELA , este direito diz respeito "à definição da posição do indivíduo dentro da sociedade familiar em que se integra". E aquilo que o C.R.C. designou por requisitos especiais – e que corresponde, grosso modo, aos elementos constitutivos do assento de nascimento – vem, do mesmo passo, dar cumprimento não só àquele direito ao nome mas, igualmente, ao direito à historicidade pessoal .

Relativamente à relevância do nome enquanto manifestação do direito à identidade pessoal, o mesmo autor realça a sua importância enquanto "elo importantíssimo de ligação da pessoa àqueles que a conceberam e (...), ao mesmo tempo, enquanto um instrumento de identificação fundamental do indivíduo dentro da comunidade política a que pertence" e conclui que "a ligação da pessoa aos seus progenitores assenta, não só sobre a obrigatoriedade da declaração de nascimento prescrita nas leis do registo civil (art.s 2º e 96º e segs. do Cód. Reg. Civil de 1995), mas também sobre a norma do direito civil que regula (embora deficientemente, a partir da infeliz alteração legislativa do Código Civil com a reforma de 77: art. 1875º do Cód. Civil) a composição do nome do filho" .

O direito à historicidade pessoal, porém, ultrapassa a mera questão do nome, e releva muito para além do conhecimento do nome dos progenitores. Na vertente historicidade pessoal o direito à identidade pessoal de um indivíduo não pode ser desligado do "direito ao reconhecimento em todos os lugares da sua personalidade jurídica" (artigo 6º, da Declaração Universal dos Direitos do Homem). Daí que a alteração arbitrária dos elementos que compõem a história de um indivíduo representa uma intolerável privação de um direito fundamental.

Daí que a invocação, em defesa da simplificação do registo, da necessidade de desburocratizar a Administração tenha que encontrar sempre como limite a veracidade dos elementos a que se dá publicidade. E não se pode perder de vista que o princípio da

desburocratização, tendo embora dignidade constitucional, é um princípio organizatório que visa consagrar a celeridade, a economia e a eficiência das decisões da Administração, e não pode constituir fundamento para nenhuma diminuição injustificada de direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

No caso em apreço, porém, o debate sobre a burocratização do procedimento de registo de nascimento através da imposição da apresentação de uma declaração médica atestando o nascimento a registar não parece fazer sentido; com efeito, tanto no Hospital de Santo Espírito de Angra do Heroísmo , como em diversos outros estabelecimentos hospitalares do Continente que contactei , é sempre entregue às mães respectivas um boletim de saúde infantil, do qual constam todos os elementos identificativos do recém-nascido, incluindo a filiação deste. Curiosamente, o modelo da Direcção Regional de Saúde da Secretaria Regional da Saúde e Segurança Social dos Açores contém, no verso da capa, a seguinte recomendação para os pais: levem o Boletim quando forem registar a vossa filha/o à Conservatória do Registo Civil.

Foi possível apurar que, para além do boletim de saúde infantil, o Hospital de Santo Espírito de Angra do Heroísmo:

- Elabora sempre um relatório de internamento, que entrega às utentes;
- Quando há parto, entrega igualmente um cartão de recém-nascido;
- Quando é solicitado, entrega também um boletim de internamento.

Mais: o serviço de obstetrícia envia aos centros de saúde a que pertencem as utentes uma informação relativa a cada parto com a identificação das mães.

Falar em aumento da burocracia para defender a desnecessidade de passagem de declaração médica atestando o nascimento – e a sua entrega/exibição na respectiva Conservatória do Registo Civil - não faz, pelos motivos tenho vindo a expor, qualquer sentido. Mas devo frisar que, ainda que assim não fosse, a segurança jurídica que esta formalidade assegura sempre justificaria a sua ponderação, ainda que viesse a aumentar a burocracia do processo.

Faço notar, ainda, que a actual redacção do artigo 102º, nº 3 parece já permitir que o funcionário que recebe a declaração verbal de nascimento se auxilie da declaração médica escrita, situação que, segundo apurei, ocorre na grande maioria das situações. A inovação que recomendo corresponde, portanto, a conferir o carácter de obrigatoriedade a um procedimento que tem vindo a ser seguido em muitas conservatórias do registo civil portuguesas. E, da mesma forma, não julgo aceitável falar-se na possi-

bilidade das declarações serem falsificadas uma vez que esta susceptibilidade (a qual, em abstracto, é universal porquanto respeita a todos os actos relativos, ou não, ao registo civil) não pode condicionar a busca da consagração da veracidade do registo nem, tão pouco, pode impedir a garantia do exercício de um direito fundamental dos indivíduos, o da sua identidade pessoal.

Argumentar, diferentemente, com a possibilidade do parto ocorrer sem assistência médica (o que inviabilizaria a passagem da declaração) também não se me afigura razoável, por duas ordens de razões:

- Porque o médico pode passar a declaração a posteriori (a exemplo, aliás, do que ocorre nas situações de óbito);
- Porque pode ser suprida a inexistência de declaração médica (através de testemunhas, ou permitindo-se a averiguação oficiosa pelo Conservador, o que, como atrás referi, já é permitido).

Não posso, igualmente, deixar de refutar a alegação do senhor conservador do registo civil de Praia da Vitória, de que em cerca de vinte e cinco anos de funções apenas detectou um caso de falsas declarações relativas ao nascimento. É que a preocupação central que me leva a recomendar alterações aos requisitos do registo de nascimento não se prende, como julgo ter deixado claro, com os casos de falsas declarações que, com maior ou menor facilidade, podem ser detectadas; diferentemente, são os casos em que não existe qualquer hipótese de verificação do nascimento - porque, por exemplo, este nunca foi declarado - que constituem o objecto principal da minha intervenção.

Não se pode perder de vista que o regime hoje vigente possibilita, por um lado, que seja registado o nascimento de qualquer pessoa (permitindo-se não só que pessoas sem nenhuma ligação ao recém-nascido figurem no registo como pais naturais como, até, que sejam registado o nascimento de uma criança que nunca existiu) e, por outro, não assegura que todos os nascimentos ocorridos em Portugal sejam declarados para efeitos de registo civil.

Acresce que as situações que pude observar em Angra do Heroísmo, bem como aquelas que me foram relatadas relativas a todo o território nacional, e que motivaram a abertura do processo de averiguações no âmbito do qual formulo a presente recomendação - cuja instrução, esclareça-se, ainda decorre - revelou não só a abstracta permissividade do regime português de registo civil de nascimento como diversas situações claramente indiciadoras de nascimentos não declarados perante o registo civil e de prestação de falsas declarações, designadamente quanto à filiação. Importa, pois,

deixar claro que tanto a existência de nascimentos não registados, por um lado, como a veracidade dos elementos efectivamente declarados, por outro, são insusceptíveis de averiguação. Por esta razão, os dados relativos aos registos falsos não têm fiabilidade e não podem, obviamente, sustentar a manutenção do actual regime do registo de nascimento. Este é, aliás, um dos principais motivos que me levam a formular a presente recomendação.

Não obstante o que deixei dito, devo manifestar a minha sensibilidade relativamente à preocupação de desburocratizar a Administração; mas, neste caso, o caminho parece ser não o de suprimir a apresentação de documentos que atestem a ocorrência dos factos cujo registo se busca mas, o que é substancialmente diferente, o da adopção de um sistema que desobrigue os pais ou familiares da competência de declararem o nascimento – como acontece, ao que julgo saber, em alguns países nórdicos, nos quais os estabelecimentos hospitalares comunicam oficiosamente os nascimentos que aí ocorrem às conservatórias, à segurança social, à câmara municipal, e às demais entidades públicas interessadas. Este procedimento, como se constata, tem a virtualidade de compatibilizar a pretendida desburocratização com a necessária segurança jurídica.

Devo acrescentar que o regime previsto nas alíneas d) e e) do nº 1 do artigo 97º do C.R.C. (a declaração de nascimento compete, obrigatoriamente e sucessivamente, às seguintes pessoas: ao director do estabelecimento onde o parto ocorreu ou aos donos da casa onde o nascimento se verificou; ao médico ou à parteira assistente e, na sua falta, a quem tiver assistido ao nascimento) já aflora este princípio de declaração oficiosa, pese embora somente nas situações em que os pais, as pessoas por eles incumbidas e os parentes não tenham já declarado verbalmente o nascimento perante o registo civil.

Todavia, este regime não cumpre o desígnio de garantir, com absoluta certeza, que todos os nascimentos ocorridos em Portugal sejam declarados e passem a constar do registo civil. Deve, pois, consagrar-se, a par da imposição de todos os nascimentos serem declarados ao registo civil, a obrigatoriedade de os estabelecimentos onde os partos ocorrerem, ou das pessoas que a eles assistirem, assegurarem, em todos os casos sem excepção, a comunicação ao registo civil.

III
Conclusões

Pelas razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido

pelo disposto no artigo 20º, nº 1, alínea b), da Lei nº 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

a alteração das pertinentes disposições do Código do Registo Civil por forma a:

A. Que seja tornada obrigatória a exibição de declaração médica/do estabelecimento hospitalar atestando o nascimento, para efeitos de registo civil do respectivo nascimento;

B. Que, quando o nascimento tiver ocorrido sem assistência médica/fora de estabelecimento hospitalar, seja tornada exigível a declaração do médico que primeiro assistiu ao recém-nascido;

C. Que seja consagrada, em todas as situações sem excepção, a obrigatoriedade de os estabelecimentos onde os partos tiverem ocorrido, ou das pessoas que a eles tiverem assistido, comunicarem aqueles nascimentos ao registo civil

As alterações legislativas que recomendei resultam da circunstância de estar suficientemente demonstrada, nesta fase da instrução do processo, a necessidade de serem introduzidas alterações legislativas no regime jurídico do registo civil de nascimento; não obstante, e quanto aos restantes aspectos, prossegue na Extensão da Provedoria de Justiça da Região Autónoma dos Açores a averiguação das situações de entrega de crianças, pelos pais naturais a terceiros, fora dos competentes processos de adopção.

Recomendação sem resposta

A
Sua Excelência
o Secretário Regional da Educação
e Assuntos Sociais dos Açores

R-2316/98
Rec. n.º 96/A/99
199.12.1999

I
Introdução

A coberto do ofício nº 268, de 10/03/98, recomendei a Sua Excelência o Presidente do Governo Regional dos Açores que o pessoal docente em exercício transitório de funções ao abrigo de contrato administrativo, portador de grau académico superior mas sem habilitação própria para o grupo em que lecciona, fosse remunerado, na Regi-

ão Autónoma dos Açores, pelo índice salarial 120.

Na sequência desta minha Recomendação nº 8/98, Vossa Excelência proferiu, em 18/03/98, o despacho D/SREAS/98/56 cujo teor transcrevo na íntegra:

A remuneração do pessoal docente contratado sem habilitação própria e titular de licenciatura tem sido efectuada na Região pelo índice 84, tendo presente os contornos pelos quais se processa a prestação da função docente, bem como o estipulado no respectivo estatuto remuneratório, aprovado pelo Decreto-Lei nº 409/89, de 18 de Novembro.

Tal orientação da Secretaria Regional da Educação e Assuntos Sociais sempre resultou do facto de que, para efeitos remuneratórios, existe a necessidade de distinguir entre os docentes integrados na carreira e os meros "agentes de ensino", bem como atentar às habilitações para a docência de que os mesmos sejam portadores, com os efeitos daí decorrentes.

Com efeito, de acordo com o nº 1 do artigo 2º do Estatuto da Carreira Docente, aprovado pelo Decreto-Lei nº 409-A/90, de 28 de Abril, e alterado pelos Decretos-Lei nºs 105/97, de 29 de Abril, e, 1/98 de 2 de Janeiro, aplicado à Região com as adaptações introduzidos pelo Decreto Legislativo Regional nº 17/90/A, de 6 de Novembro, conjugado com o nº 1 do artigo 3º do Decreto-Lei nº 409/89, de 18 de Novembro, considera-se pessoal docente aquele que é portador de qualificação profissional para desempenho de funções de educação ou de ensino com carácter permanente sequencial e sistemático.

Assim, e no que diz respeito ao pessoal detentor de formação inicial de nível superior, a qualificação para a docência é aferida de acordo com as habilitações que se encontram previstas no Despacho Normativo nº 32/84, de 9 de Fevereiro, aditado pelos Despachos Normativos nºs 112/84, de 28 de Maio; 23/85, de 8 de Abril; 11-A/86, de 12 de Fevereiro; 1-A/95, de 6 de Janeiro; 52/96, de 9 de Dezembro; 7/97, de 7 de Fevereiro; 15/97, de 31 de Março e 10-B/98, de 5 de Fevereiro, e que serão consideradas como próprias ou suficientes para leccionação.

Para os professores integrados na carreira, a sua relação jurídica de emprego reveste a forma de nomeação que pode ser provisória ou definitiva, enquanto que, para efeitos do exercício transitório de funções docentes, a "vinculação" do pessoal docente reveste a forma de contrato administrativo.

O nº 3 do artigo 12º do Decreto-Lei nº 409/89, de 18 de Novembro, determina

que "ao exercício de funções docentes em regime de contrato administrativo de provimento corresponderá remuneração a fixar no respectivo contrato, a qual não poderá ser inferior ao vencimento dos docentes integrados na carreira, em escalão equiparável".

Considerando que, nos termos do nº 2 do artigo 7º do referido diploma, "os docentes profissionalizados com licenciatura ingressam no 3º escalão da carreira docente", e que o ingresso nesta depende da aquisição de qualificação profissional, apenas serão remunerados pelo índice 130 os docentes contratados que sejam titulares de habilitação própria para a docência – conjugação do disposto no artigo 6º do Decreto-Lei nº 409/89 e artigo 32º do Estatuto da Carreira Docente, com o nº 3 do artigo 3º do Decreto-Lei nº 139-A/90, de 28 de Abril.

Logo, a escala indiciária constante do anexo I do Decreto-Lei nº 409/89 é aplicável aos docentes integrados na carreira e aos contratados titulares de habilitação própria.

Das disposições conjugadas dos artigos 2º, nº 1; 3º, nº 1 e 12º, nº 1 do diploma citado, resulta que o regime remuneratório previsto no seu anexo I aplica-se ao pessoal docente, considerando-se este apenas como aquele que é portador de qualificação profissional ou habilitação própria e que se encontre integrado na carreira ou em pré-carreira.

O pessoal que exerce funções docentes sem habilitação própria mediante contrato administrativo, não poderá ser qualificado de "docente" no sentido estrito do termo, mas de "agentes do ensino", constituindo uma excepção dentro do corpo especial para colmatar provisoriamente lacunas do sistema.

Assim sendo, e tal como já sucedia no anterior estatuto remuneratório aprovado pelo Decreto-Lei nº 100/86, de 17 de Maio, a remuneração deste pessoal tem de ser diferenciada da dos docentes portadores de habilitação própria com formação de grau superior.

Pelo que a Secretaria de Educação e Assuntos Sociais/Direcção Regional da Educação sempre considerou ser necessária a aplicação do anexo III do Decreto-Lei nº 409/89, único modo de contemplar a nível remuneratório a situação excepcional desses agentes de ensino, remunerando-os pelo índice 84.

No entanto, a nível da Administração Central e em cumprimento do despacho de 92/09/25 do então Secretário de Estado dos Recursos Educativos, foi decidido abonar os referidos agentes de ensino pelo índice 120, orientação transmitida pela Circular nº 31/92, da Direcção-Geral de Administração Escolar aos serviços directamente de-

pendentes do Ministério da Educação.

A discrepância verificada a nível remuneratório entre esta Região e a Administração Central originou inúmeras reclamações remetidas pelos interessados à Provedoria de Justiça, cujo processo culminou com a Recomendação nº 8/98, do Provedor de Justiça.

Considerando o teor da referida recomendação, bem como a política de uniformização que urge implementar a nível do processamento de remunerações do pessoal docente desta Região, determino:

O pessoal docente contratado (agentes de ensino) sem habilitação própria e titular de licenciatura, passa a ser remunerado pelo índice 120, com efeitos reportados a 1 de Abril de 1998.

Através dos ofícios nºs 699 e 790, de 25/06/98 e 12/08/98, respectivamente, este Órgão do Estado questionou a posição do Governo Regional dos Açores sobre a natureza do supra mencionado despacho. Como então era referido, esta pretensão prendia-se com a circunstância da última parte do despacho de 18/03/98 referir ter "(...) efeitos reportados a 1 de Abril de 1998".

A resposta foi prestada através do ofício nº 22228, de 21/09/98, nos seguintes termos:

> A motivação que conduziu a que os efeitos do despacho em apreço fossem reportados a 1 de Abril de 1998, teve unicamente a ver com a data em que o mesmo foi proferido - 18/03/98 - não existindo qualquer imperativo legal que determine o pagamento pelo índice 120 aos agentes de ensino em questão, nem tão pouco a retroacção dos efeitos do despacho. Apenas se pretendeu satisfazer um pedido sem enquadramento legal, mas que se reporta a um índice remuneratório aplicado a nível da Administração Central de forma diversa da Região - na Região, insiste-se, sempre se cumpriu a Lei - ocasionando os protestos de que V. Exª. tem conhecimento.

Para melhor enquadramento e esclarecimento, informa-se que na Administração Central foi publicado a Portaria Nº 367/98, de 29 de Junho, fixando as regras de contratação de pessoal docente e as respectivas remunerações.

Esclarece-se, ainda, que na Região, para o corrente ano escolar, foi decidido continuar a aplicar-se as remunerações impostas por Lei, sem prejuízo de se continuar a aplicar o índice 120 aos contratados detentores de licenciatura e a exercer a sua activi-

dade em grupo para o qual não têm habilitação legal (v.g. licenciado em Direito a dar aulas de Educação Física).

II
Exposição de Motivos

Da descrição que deixei feita importa destacar a circunstância de V.Exª. ter emitido um despacho - o D/SREAS/98/56 acima transcrito - onde determinava que "o pessoal docente contratado (agentes de ensino) sem habilitação própria e titular de licenciatura, passa a ser remunerado pelo índice 120" (último §); e que essa esta determinação tinha "efeitos reportados a 1 de Abril de 1998" (último § in fine).

E, daqui, extraem-se desde logo algumas das questões que o presente processo suscita: a de saber se no âmbito da interpretação doutrinal pode a Administração determinar que uma norma passe a valer com certo sentido e alcance, e estabelecer o período da sua vigência; a de saber (no caso da resposta à primeira questão ser no sentido afirmativo) como compatibilizar esta posição como o regime jurídico-constitucional constante do artigo 115º da Constituição da República (adiante, CRP); e, na decorrência das conclusões que vieram a ser obtidas, a de saber qual o sentido a dar, no caso concreto, ao D/SREAS/98/56.

Uma nota prévia: a situação que aqui nos ocupa, e motiva o debate que a partir dela se fará, é completamente distinta da referida na Recomendação nº 8/98. Com efeito, naquela discutia-se o índice remuneratório do pessoal docente em exercício transitório de funções, na Região Autónoma dos Açores, ao abrigo de contrato administrativo portador de grau académico superior mas sem habilitação própria para o grupo em que lecciona; aqui, diferentemente, discute-se o sentido das normas que sustentam a posição defendida pela Secretaria Regional da Educação e Assuntos Sociais e o âmbito temporal da sua aplicação. E da leitura do D/SREAS/98/56, bem como do teor da resposta prestada através do ofício nº 22228, de 21/09/98, desde logo avulta a questão da hierarquia das fontes do direito.

Comece-se por atentar no disposto no nº 6 do artigo 112º da CRP:

Artigo 112º
(Actos normativos)

(...)

6. Nenhuma Lei pode criar outras categorias de actos legislativos ou conferir a

actos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos.

(...)

Como já ponderou o Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República esta disposição "confirma o princípio da tipicidade dos actos legislativos, já proclamado no nº 1 do mesmo artigo"; mas, como acrescenta o mesmo corpo consultivo, esta norma constitucional "não proíbe todo e qualquer acto interpretativo das leis, mas apenas a interpretação autêntica de leis através de actos normativos não legislativos, ou de actos administrativos" .

A este propósito deve lembrar-se a posição dominante na doutrina no sentido de que "o que o nº 6 do artigo 112º da Constituição proíbe é a possibilidade de a Lei conferir a diplomas de inferior grau hierárquico a faculdade de a interpretar autenticamente (e também de a integrar, modificar, suspender ou revogar) mas apenas se forem dotadas de eficácia externa" (cf. parecer nº 62/96 do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, de 28/05/98, homologado por despacho do Ministro da Justiça de 21/07/98). Acresce, por outro lado, que sempre foi pacífico o entendimento de que a interpretação realizada pelas autoridades administrativas não vincula os tribunais . Ponderadas estas posições pode a presente análise partir de uma constatação simples: a interpretação feita pelas autoridades administrativas, vinculando embora os serviços por elas dirigidos, não é dotada de eficácia externa.

Com efeito, foi sendo posição pacificamente expendida a de que "o poder de direcção típico da relação de hierarquia administrativa integra, entre outras, a faculdade de emanar circulares interpretativas, ou seja, instruções gerais, vinculativas, dirigidas aos órgãos, funcionários ou agentes subalternos, acerca do sentido em que devem - mediante interpretação ou integração - entender as normas ou princípios jurídicos que, no âmbito do exercício das suas funções, lhes caiba aplicar" e que estas (circulares interpretativas) não são incompatíveis com o disposto no nº 6 do artigo 112º da CRP uma vez que não constituem actos com eficácia externa.

O poder de direcção próprio da relação hierárquica consubstancia-se na faculdade de emanar instrumentos interpretativos e, segundo parece, não tem sequer que estar habilitado por norma legal autónoma, no pressuposto de que a Administração exerce aquele poder e estas faculdades nos limites das suas funções. Não obstante a imprecisão conceitual resultante da diversidade de designações já referida por PAULO OTERO, im-

porta objectivar a definição destes actos a que, por conveniência e seguindo a doutrina alemã, chamarei de prescrições administrativas (Verwaltungsvorschriften), ou medidas genéricas de orientação.

Se o D/SREAS/98/56 fosse susceptível de regular as relações do Estado e os cidadãos (se configurasse direito estadual, no sentido a que alude o artigo 1º do Código Civil) não poderia, em função do regime instituído pelo artigo 112º, nº 6 da CRP, constituir uma norma jurídica; mas não é.

Neste ponto faz todo o sentido voltar a ponderar o regime contido na norma constitucional relativa aos actos normativos e afirmar, recorrendo uma vez mais ao parecer que tenho vindo a referir, que "com o preceito em análise o que se pretendeu foi proibir a interpretação autêntica de leis através de actos normativos não legislativos (exemplo: os regulamentos), ou de actos administrativos (exemplo: despachos, directivas, etc.)". Mas afastada que está in limine a interpretação autêntica da legislação que disciplina a matéria do índice remuneratório do pessoal docente (ainda que contratado) não podemos senão qualificar o D/SREAS/98/56 como uma circular administrativa que tem por destinatários a generalidade dos subordinados do Vossa Excelência, senhor Secretário Regional da Educação e Assuntos Sociais.

Então, como MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, "aceitamos a lição de Rogério Soares nesta matéria, quando de0fende a natureza jurídica destas normas internas considerando, portanto, ultrapassada a distinção entre regulamentos jurídicos, que produzem efeitos nas relações entre a Administração e os cidadãos em geral, e regulamentos administrativos, que incorporariam disposições referentes ao interior da Administração, logo, juridicamente irrelevantes. A consequência da quebra de sinonímia entre juridicidade e sindicabilidade obriga a que a distinção a fazer seja entre regulamentos internos e externos, assinalando-se, em qualquer caso, a respectiva juridicidade (...)" .

Ora, a acção da Secretaria Regional da Educação e Assuntos Sociais (Direcção Regional de Educação) em matéria de remuneração do pessoal docente não compreende características de discricionaridade, pelo que está afastada desde logo a classificação deste despacho na categoria de directiva: esta está enquadrada na actividade discricionária da Administração e, se bem que revele alguma autovinculação administrativa, não dispensa a "análise de todos os circunstancialismos do caso concreto" .

Como é bom de ver, o D/SREAS/98/56 consubstancia uma (ou várias) instruções dirigidas aos subalternos e é uma norma geral e abstracta de aplicação imediata - razão pela qual distingue-se da directiva que pressupõe a análise dos circunstancialis-

mos do caso concreto (aplicação não imediata). Melhor será, portanto, falar em circular administrativa - "comandos que se dirigem a uma generalidade de pessoas - titulares de órgãos, funcionários e agentes, subordinados da entidade emissora - e que, nessa medida, lhes impõem determinada conduta, obrigando-as a interpretar a Lei segundo determinada interpretação" , uma vez que enquanto normas jurídicas de âmbito interno a sua conformidade com o artigo 112º, nº 6 da CRP está salvaguardada, e isto não obstante a óbvia relevância que, de uma forma indirecta, possam vir a ter para os particulares interessados.

Chegados aqui estamos em condições de responder à questão (sobre a natureza jurídica do despacho) que fora colocada a Vossa Excelência através dos ofícios nºs 699 e 790, de 25/06/98 e 12/08/98, respectivamente, deste Órgão do Estado: o D/SREAS/98/56 é um instrumento emanado no âmbito de uma relação hierárquica que integra um comando genérico que tem por finalidade a determinação do sentido em que o estatuto remuneratório do pessoal docente deve ser entendido e aplicado às situações dos docentes titulares de licenciatura que foram contratados na Região Autónoma dos Açores sem habilitação própria.

No caso em apreço não se justifica, sequer, falar em retroactividade. Com efeito, como vimos, não existiu nenhuma Lei interpretativa (até porque, como ficou dito, a interpretação autêntica apenas é admitida nas circunstâncias previstas no artigo 112º, nº 6 da CRP). A prescrição normativa existiu desde a entrada em vigor da disposição em causa e, em face das dúvidas surgidas sobre o seu sentido e a sua aplicação, foi emanado o D/SREAS/98/56.

Nada mais seria necessário para concluir pela obrigatoriedade dos serviços dependentes da Secretaria Regional da Educação e Assuntos Sociais fazerem a aplicação do D/SREAS/98/56 a todas as situações de docentes titulares de licenciatura que foram contratados na Região Autónoma dos Açores sem habilitação própria. E como decorre do teor do despacho em apreço, todos os subordinados hierárquicos do Secretário Regional da Educação e Assuntos Sociais devem obediência aquele comando desde o dia 1 de Abril de 1998.

Assim sendo, todos os processos relativos à remuneração de docentes titulares de licenciatura que foram contratados na Região Autónoma dos Açores sem habilitação própria têm necessariamente de ser apreciados, após o dia 1 de Abril de 1998, tendo em conta os comandos constantes do D/SREAS/98/56. E é absolutamente indiferente que

os processos respeitem a períodos de prestação de serviço docente anteriores ou posteriores a 1 de Abril de 1998.

Em conclusão: o D/SREAS/98/56 não é susceptível de fixar, com efeitos externos aos serviços da Secretaria Regional da Educação e Assuntos Sociais, a data de entrada em vigor do regime remuneratório do pessoal docente contratado.

Se assim não fosse, estar-se-ia não só a atribuir eficácia externa a um comando que configura, como vimos, uma circular administrativa como estar-se-ia a admitir a interpretação autêntica operada por uma norma hierarquicamente inferior à Lei interpretada - e ambas estas práticas estão constitucionalmente vedadas pelo artigo 112º, nº 6 da CRP.

Permita-se-me afirmar, uma vez mais, que o acatamento da minha Recomendação nº 8/98 configurou o melhor entendimento sobre a matéria da remuneração do pessoal docente contratado. Até porque, lembro, o artigo 59º, nº 1, alínea a) da CRP, estabelece o princípio fundamental para trabalho igual salário igual, sendo constitucional e moralmente inadmissível que o mesma pessoa seja remunerada, pela mesma prestação de trabalho e com base na mesma disposição legal, com salários díspares, apenas porque diferentes serviços do Estado têm, sobre a matéria, entendimentos distintos. E não se contraponha, neste domínio, com o princípio do regime autonómico insular pois que, antes deste, deve atender-se ao princípio do Estado unitário.

Por este facto, afirmar que "não [existe] qualquer imperativo legal que determine o pagamento pelo índice 120" (cf. ofício nº 22228, de 21/09/98, da Secretaria Regional da Educação e Assuntos Sociais) apenas pode ser entendido como um lapso de escrita; de outra forma, constituiria a afirmação de uma violação grosseira do princípio da legalidade (artigo 3º, nº 1 do Código do Procedimento Administrativo) o que, estou certo, não foi pretendido.

III
Conclusões

Pelas razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no artigo 20º, nº 1, alínea a), da Lei nº 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

que seja perfilhado o seguinte entendimento:

A remuneração pelo índice salarial 120 do pessoal docente em exercício transitório de

funções ao abrigo de contrato administrativo, portador de grau académico superior mas sem habilitação própria para o grupo em que lecciona é devida na Região Autónoma dos Açores desde a data de entrada em vigor do diploma de âmbito nacional que o previu, e nos termos nele estipulados.

Recomendação sem resposta

A
Sua Excelência
o Presidente do Governo Regional dos Açores

R-3427/98
Rec. n.º 21/B/99
1999.06.17

I

As áreas de altura igual ou inferior a 100m da freguesia dos Biscoitos - no concelho da Praia da Vitória, na ilha Terceira – constituem um património paisagístico, arquitectónico e histórico com características muito particulares. De um ponto de vista agrícola, a actividade vitivinícola – com a produção do vinho licoroso designado verdelho – converteu-se em referência local e regional, bem como – em especial após a publicação do Decreto-Lei nº 17/94, de 25 de Janeiro - em denominação de carácter nacional. Numa perspectiva ambiental, e para além dos aspectos já referidos, o microclima proporcionado pela construção de muros de protecção (currais) e pela arrumação da pedra constitui um elemento singular da caracterização ecológica da freguesia dos Biscoitos.

A localização da Zona Vitivinícola dos Biscoitos na faixa litoral da freguesia, bem como as especiais características climatéricas, contribuem, igualmente, para constituir a sua área numa zona de forte pressão urbanística.

A questão da construção não devidamente licenciada na freguesia dos Biscoitos foi trazida à apreciação do Provedor de Justiça através de uma reclamação na qual eram sugeridas determinadas medidas instrutórias, nos seguintes termos:

> "(...) a indagação necessária no sentido de se apurar da dimensão da agressão, em termos de construção urbana, na zona dos Biscoitos – nomeada e principalmente quanto à zona de produção de vinho;

Indagando junto da Câmara Municipal de Praia da Vitória, sobre as medidas efectivas tomadas ou em vias de serem tomadas quanto a esta matéria;

Indagando junto das entidades Legislativas Competentes sobre os instrumentos legais em vigor e a publicar que previnam futuras lesões ao património referido e remedeiem lesões já perpetradas (...)".

Vejam-se quais as principais questões que a presente análise suscita.

Num primeiro momento, importa conhecer o conjunto dos instrumentos de carácter legislativo, bem como outras medidas que hajam sido asseguradas, visando a preservação da área da freguesia dos Biscoitos integrada na Zona Vitivinícola dos Biscoitos (v.g. de altitude igual ou inferir a 100m).

Uma segunda matéria prende-se com a análise da problemática da compatibilização do exercício de uma política de ordenamento do território e de reconversão agrária com o direito dos particulares de desencadearem procedimentos destinados à obtenção de licenças de construção, nos limites das normas legais e regulamentares vigentes.

A síntese resultará, então, num conjunto de medidas susceptíveis de garantir a salvaguarda das características próprias da zona de produção de vinho dos Biscoitos, e que se compatibilizem com a concessão de determinadas licenças, maxime, as licenças de construção.

II

Constituindo o Governo Regional dos Açores o "órgão superior da administração regional" a quem cabe "a condução da política da Região" , cuidou-se de apurar quais as medidas por este desencadeadas ou promovidas em ordem à preservação da Zona Vitivinícola dos Biscoitos; e situando-se esta na área concelhia de Praia da Vitória importava, igualmente, saber junto da respectiva câmara municipal:

- O número de processos de licenciamento de obras particulares para construção de edificações, e de informação prévia, organizados na Câmara Municipal da Praia da Vitória, desde 1990 até ao presente;
- As utilizações das edificações indicadas nos pedidos;
- O número de alvarás de licença de utilização emitidos;
- O número de autos lavrados pelos serviços de fiscalização municipal, relativos a construções não licenciadas e a utilizações desconformes com o respectivo alvará de licença de utilização;
- As medidas, de natureza essencialmente urbanística ou outra, desencadeadas

pela Câmara Municipal da Praia da Vitória, por forma a preservar a área em causa.

O dever de audição prévia (vide artigo 34º da Lei nº 9/91, de 9 de Abril) foi cumprido através dos ofícios nºs 837 e 838, ambos de 08/09/98, dirigidos ao Gabinete de Vossa Excelência e ao senhor Presidente da Câmara Municipal de Praia da Vitória, respectivamente.

III

O senhor Presidente da Câmara Municipal de Praia da Vitória, a coberto do ofício nº 5917, de 12/10/98, remeteu à Provedoria de Justiça os elementos informáticos relativos aos processos de obras organizados nos respectivos serviços administrativos.

Em 03/11/98 (ofício nº 1910), o Gabinete de Vossa Excelência prestou esclarecimentos nos seguintes termos:

"1. Através da Resolução nº 147/98, de 25 de Junho, foram ratificadas as medidas preventivas para a zona litoral da freguesia dos Biscoitos, aprovadas pela Assembleia Municipal da Praia da Vitória, antecedendo a elaboração do plano de pormenor para aquela zona.

2. Pela Resolução nº 150/98, de 25 de Junho, foi criado um grupo de trabalho multidisciplinar encarregado de promover e supervisionar a realização do estudo de salvaguarda do património natural e edificado característico da cultura da vinha dos Biscoitos, propondo a delimitação geográfica da respectiva área, com vista à sua eventual classificação como "paisagem protegida de interesse regional".

3. O referido grupo de trabalho já reuniu três vezes, tendo sido a 2ª reunião precedida de uma visita à zona sujeita a estudo.

4. No passado dia 26 de Outubro do corrente, realizou-se a 3ª reunião do grupo de trabalho, tendo resultado a elaboração do caderno de encargos com vista à caracterização do património natural e edificado característico da cultura da vinha dos Biscoitos".

A delimitação da matéria objecto de análise impõe, do mesmo passo, a consideração dos instrumentos normativos que disciplinam a actividade urbanística na área do concelho de Praia da Vitória compreendida na altitude igual ou inferir a 100m da freguesia dos Biscoitos.

Em 28/02/97, a Assembleia Municipal da Praia da Vitória aprovou o estabelecimento de um conjunto de medidas preventivas com o objectivo de preservar as condições naturais existentes na zona litoral dos Biscoitos até à data da entrada em vigor do Plano de Pormenor daquela área. Foi obtido, em 02/12/97, o parecer favorável condicionado (ao cumprimento das disposições legais em vigor) da Secretaria Regional da Presidência para as Finanças e Planeamento.

Transcrevem-se, na íntegra, as medidas preventivas aprovadas para a zona litoral da freguesia dos Biscoitos:

Artigo 1º
Área abrangida

As medidas preventivas têm por objecto a zona indicada nas plantas à escala 1/10.000 e 1/2.000, em anexo, e delimitadas a nascente, pela Rua Longa, a sul, pela Estrada Regional nº 1 de 1ª, a poente, pela Ribeira do Pamplona, e a norte, pela orla marítima. Exclui-se a faixa de terrenos delimitada a nascente, pela Canada do Porto, a sul, pela Estrada Regional nº 1 de 1ª, a poente, pela Canada da Salga e a norte, pela via de ligação das Canadas do Porto com a da Salga.

Artigo 2º
Tipo de limitações

São proibidas, na zona referida no número anterior , todas as obras de construção civil, designadamente, novos edifícios e reconstrução, ampliação, alteração ou demolição de edificações, e ainda trabalhos que, não possuindo natureza exclusivamente agrícola, impliquem alteração da topologia local.

Artigo 3º
Fiscalização

A observância das presentes medidas será objecto da fiscalização dos serviços competentes da Câmara Municipal da Praia da Vitória.

Artigo 4º
Sanções

As violações das medidas preventivas serão sujeitas às sanções previstas na Lei.

Artigo 5º
Vigência

1. As medidas caducam com a entrada em vigor do Plano de pormenor da Zona Litoral dos Biscoitos.

2. Sem prejuízo do disposto no número anterior, as medidas têm um prazo de vigência de dois anos, podendo ser prorrogado por mais um.

Artigo 6º
Entrada em vigor

As presentes medidas entram em vigor no dia seguinte ao da sua publicação.

Mediante a aprovação da Resolução nº 147/98, de 25 de Junho, o Governo Regional dos Açores ratificou as medidas preventivas – tendo excluído de ratificação o disposto no artigo 5º, nº 1, e no artigo 6º.

Através da Resolução nº 150/98, de 25 de Junho (aprovada no mesma reunião do Conselho do Governo, de 05/06/98, que ratificou as medidas preventivas propostas pela Assembleia Municipal da Praia da Vitória), foi criado um grupo de trabalho "encarregado de promover e supervisionar a realização do estudo de salvaguarda do património natural e edificado característico da cultura da vinha dos Biscoitos, na ilha Terceira, propondo a delimitação geográfica da respectiva área, com vista à sua eventual classificação como "Paisagem Protegida de Interesse Regional" (...)".

Em face dos elementos computados na presente instrução, e acima expostos, cumpre tomar posição sobre o pedido constante do texto da queixa, atendendo, igualmente, ao quadro factual e normativo de que deram conta as entidades regionais ouvidas.

IV

A protecção e a valorização do património cultural, a defesa da natureza e do ambiente, a preservação dos recursos naturais e a obtenção de um correcto ordenamento do território constituem tarefas fundamentais do Estado [artigo 9º, alínea e), da Constituição da República Portuguesa]. Não se trata, porém, de uma obrigação unilateral do Estado mas converte-se em "verdadeiros direitos e deveres dos cidadãos: direito ao am-

biente e dever de o defender (artigo 66º), direito à fruição do património e dever de o defender (artigo 78º)" .

A disposição contida no artigo 9º da Lei Fundamental vai encontrar concretização em diversos preceitos da Constituição. E com incontornável importância para o presente estudo, o artigo 66º dispõe que "para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos" (nº 2) "ordenar e promover o ordenamento do território, tendo em vista uma correcta localização das actividades, um equilibrado desenvolvimento sócio-económico e a valorização da paisagem" [alínea b)].

O imperativo constitucional de ordenamento do território – instrumento indispensável do exercício do direito ao ambiente – moldou, igualmente, os princípios e normas da Lei de Bases do Ambiente. No que concerne, em especial, ao solo, o artigo 13º da Lei nº 11/87, de 7 de Abril, preconiza a defesa e a valorização deste recurso natural mediante "a adopção de medidas conducentes à sua racional utilização, a evitar a sua degradação e a promover a melhoria da sua fertilidade e regeneração (...)" (nº 1). Para ser alcançado este objectivo "será condicionada a utilização de solos agrícolas de elevada fertilidade para fins não agrícolas (...)" (1ª parte do nº 2).

Este princípio de gestão racional do solo vai conduzir à possibilidade de serem impostas restrições, não só à ocupação, mas também à utilização dos solos agrícolas de elevada fertilidade. Assim:

a) "Aos proprietários de terrenos ou seus utilizadores podem ser impostas medidas de defesa e valorização dos mesmos (...)" (nº 3);
b) Pode ser proibido, ou condicionado, o uso de biocidas, pesticidas, herbicidas, adubos, correctivos ou quaisquer outras substâncias similares (nº 4);
c) A ocupação para fins urbanos e industriais, bem como a instalação de equipamentos e infra-estruturas não agrícolas, ficará condicionada à natureza, topografia e fertilidade do solo (nº 5).

A par destas limitações especialmente determinadas por preocupações ambientais (daí a sua inserção na Lei de Bases do Ambiente), registe-se que um mais amplo conjunto de normas jurídicas e regulamentares disciplina esta matéria. Desde logo, o Regulamento Geral das Edificações Urbanas (RGEU), aprovado pelo Decreto-Lei nº 38.382, de 7 de Agosto de 1951, que estabelece regras quanto à construção, alteração, recuperação ou demolição de edifícios, bem como outros trabalhos que impliquem alte-

rações da topografia local. Também o Decreto-Lei nº 445/91, de 20 de Novembro (alterado pela Lei nº 29/92, de 5 de Setembro, e pelo Decreto-Lei nº 250/94, de 15 de Outubro), que aprovou o regime jurídico do licenciamento municipal de obras particulares. E o Decreto-Lei nº 139/89, de 28 de Abril, que impõe a necessidade de prévio licenciamento municipal das acções de destruição do revestimento vegetal que não tenham fins agrícolas, bem como das actividades de aterro ou escavação que conduzam à alteração do relevo natural e das camadas de solo arável.

Acrescente-se, por fim, a recentíssima criminalização de certas condutas lesivas do ambiente alcançada na revisão do Código Penal de 1982 operada pelo Decreto-Lei nº 48/95, de 15 de Março (na sequência da autorização legislativa conferida pela Assembleia da República através da Lei nº 35/94, de 15 de Setembro). Não cabendo aqui a análise da problemática da adequação da repressão penal às necessidades de tutela do ambiente , registe-se, sem mais, a disposição contida no artigo 278º, do Código Penal.

Artigo 278º
Danos contra a natureza

1. Quem, não observando disposições legais ou regulamentares, eliminar exemplares de fauna ou flora ou destruir habitat natural ou esgotar recursos do subsolo, de forma grave, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 600 dias.

2. Para os efeitos do número anterior o agente actua de forma grave quando:

a) Fizer desaparecer ou contribuir decisivamente para fazer desaparecer uma ou mais espécies animais ou vegetais de certa região;

b) Da destruição resultarem perdas importantes nas populações de espécies de fauna ou flora selvagens legalmente protegidas;

c) Esgotar ou impedir a renovação de um recurso do subsolo em toda uma área regional.

(...)

Em face do que fica exposto não estranhará, portanto, a conclusão segundo a qual, a par de um direito negativo ao ambiente - "um direito à abstenção, por parte do Estado e de terceiros, de acções ambientalmente nocivas" -, existe um "direito positivo a uma acção do Estado, no sentido de defender o ambiente e de controlar as acções po-

luidoras deste, impondo-lhe as correspondentes obrigações políticas, legislativas, administrativas e penais". Tende a ser pacífico, pelo menos na maioria da doutrina , o entendimento de que inexiste um direito ao ordenamento do território – sendo ainda duvidosa a possibilidade de se falar num genérico direito ao ambiente. Este facto não impede, no entanto e como refere JORGE MIRANDA , que toda esta matéria se projecte no "domínio dos direitos fundamentais". Daqui, este autor retira as seguintes conclusões:

- O ambiente e o ordenamento do território são matérias intrinsecamente relacionadas com interesses difusos (e não tendem a colidir, pelo menos tão directamente, com direitos subjectivos),
- Não obstante, os interesses difusos podem constituir-se em verdadeiros direitos fundamentais;
- O direito ao ambiente conduz a direitos, liberdades e garantias, ou a direitos de natureza análoga – muito mais do que a direitos económicos, sociais e culturais;
- Os sujeitos passivos daqueles direitos tanto podem ser o Estado e entidades públicas, como entidades privadas;
- O dever de defender o ambiente constitui um dever fundamental autónomo – e não um mero efeito externo da previsão de um direito.

Do que fica dito vai somente um passo até à seguinte afirmação: "(...) nunca poderiam os particulares invocar uma expectativa de imutabilidade da ordem jurídica com que razoavelmente pudessem contar, porque não poderiam ignorar nem as mencionadas incumbências e imposições do Estado, desde 1976, respeitantes ao ambiente e ao ordenamento do território, nem a sucessiva emanação de normas legais e regulamentares destinadas a conferir-lhes crescente concretização e execução".

Se, para além de tudo o que deixei dito, se atentar igualmente no regime de responsabilidade das entidades públicas consagrado no artigo 22º da Constituição da República ("o Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa do exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem"), e no regime de responsabilidade dos titulares de cargos políticos do artigo 117º, nº 1 ("os titulares de cargos políticos respondem política, civil e criminalmente pelas suas acções e omissões que pratiquem no exercício das suas funções"), está aberta a porta para a discussão da questão da responsabilidade pela aprovação (ou pela não aprovação) de facto

legislativo em violação de direitos, liberdades e garantias ou interesses legalmente protegidos .

Mas diga-se, igualmente, que em termos de ordenamento do território não existe o exclusivo de nenhuma entidade pública na concretização do desígnio constitucional. Como expressamente afirmou o Tribunal Constitucional no Acórdão nº 432/93 , em matéria de ambiente e urbanismo há uma interdependência de competências e não há que falar em autonomia (estadual, regional ou municipal) pelo que se justifica – e impõe, segundo creio – a intervenção complementar do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais.

Outra questão pertinente prende-se com a compatibilização do exercício do poder de regulamentação urbanística das autoridades públicas competentes (poder este que, como ficou visto, emana directamente de imposições constitucionais) com os interesses dos particulares, designadamente dos proprietários de terrenos situados em áreas de especial interesse ecológico. A doutrina – em especial na Alemanha - criou a figura da expropriação de sacrifício para qualificar as situações em que um particular vê destruída ou gravemente limitada a sua posição jurídica de propriedade garantida pela Constituição sem, no entanto, ocorrer "o momento translactivo do direito" . Afinal, esta matéria reconduz-se à problemática do direito à edificação (jus aedificandi) enquanto elemento integrador do direito de propriedade. A discussão conhece adeptos de ambos os lados: a consideração do direito à edificação como atributo natural da propriedade do imóvel não faz relevar a necessária autorização do poder público; pelo contrário, há aqueles para quem "não se pode fundamentar o jus aedificandi directamente na garantia constitucional do direito de propriedade privada" uma vez que "os pressupostos de existência e as condições de exercício daquele "direito" têm de ser encontrados no ordenamento jurídico urbanístico e estão dependentes do seu "sistema de atribuição"" . A posição ideal, segundo creio, terá de compatibilizar a ideia de que o jus aedificandi não é merecedor de tutela constitucional (não obstante o direito de propriedade privada ser um direito de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, sendo-lhe aplicável o seu regime) com a defesa da consagração legal da expropriação de sacrifício – com a inerente indemnização devida pela prática de actos lícitos da Administração.

No entanto, e para que não subsistam dúvidas, esclareça-se que na situação objecto do presente estudo não faz sentido falar em expropriação do plano (ou de sacrifício) porquanto as restrições ou proibições de uso justificadas na área em causa da fre-

guesia dos Biscoitos resultam directamente das qualidades naturais dos terrenos (em termos de paisagem, aptidão agrícola e valor cultural) – e não podem ser qualificadas de "especiais e anormais" nos termos do disposto no artigo 9º do Decreto-Lei nº 48.051, de 21 de Novembro de 1967, que regula a responsabilidade do Estado e demais pessoas colectivas públicas.

V

A paisagem – "unidade geográfica, ecológica e estética resultante da acção do homem e da reacção da natureza" [artigo 5º, nº 2, alínea c), da Lei de Bases do Ambiente] – aparece classificada na Lei nº 11/87, de 7 de Abril, como uma componente ambiental humana. Este afastamento da ideia comummente aceite de que a paisagem é a natureza em si aparece já em ALBERTO PREDIERI que a define como uma forma do território ou do ambiente criada pela comunidade e que nela tem a sua sede.

Como afirma JOÃO PEREIRA REIS, "a degradação da paisagem é talvez a forma mais irrecuperável de "poluição"" . Por este facto, é vasto o conjunto de poderes conferidos à administração central, regional e local para condicionar o exercício de um grande número de actividades em ordem à "defesa da paisagem como unidade estética e visual" (artigo 18º, nº 1, da Lei de Bases do Ambiente). Por outro lado, a estratégia de conservação da natureza pressupõe, a nível regional, "o ordenamento integrado do território" e faz uso da "classificação e criação de áreas, sítios ou paisagens protegidas sujeitos a estatutos especiais de conservação" [artigo 27º, nº 1, alínea c), do mesmo diploma].

A adequação da actividade agrícola à conservação da natureza passa pela implementação de medidas de apoio às zonas rurais visando, em especial, a manutenção dos recursos e da paisagem, a preservação dos sistemas agrícolas tradicionais, bem como a diminuição da carga poluente proveniente da agricultura. Em face destas medidas, será possível conservar o património agrícola-florestal, os habitats dos ecossistemas próprios das áreas abrangidas e a biodiversidade. Por outro lado, alcançar-se-á a preservação do património de valor paisagístico e de interesse turístico, bem como o património genético vegetal e animal. Do mesmo passo, a utilização de práticas agrícolas mais adequadas à salvaguarda do meio ambiente contribuirá para a melhoria da qualidade dos produtos.

"O reforço das acções e medidas de defesa e recuperação do património cultural, quer natural, quer construído" é, nos termos do disposto na alínea k) do artigo 4º da

Lei de Bases do Ambiente, pressuposto "de um ambiente propício à saúde e ao bem-estar das pessoas e ao desenvolvimento social e cultural das comunidades, bem como à melhoria da qualidade de vida". Não obstante as dúvidas suscitas pela inclusão "entre os objectivos e medidas enunciadas numa Lei de ambiente, a protecção e recuperação do património cultural" , parece ser indiscutível (fazendo uso da definição da Lei de Bases do Património Cultural contida na Lei nº 13/85, de 6 de Julho) o valor próprio dos bens materiais e imateriais que constituem o património da Zona Vitivinícola dos Biscoitos, bem como o interesse relevante para a permanência e identidade da cultura regional através do tempo.

Com a aprovação da Lei n.° 11/87, de 7 de Abril (Lei de Bases do Ambiente) ficaram consagrados, a par das áreas protegidas de âmbito nacional, os conceitos de área protegida de âmbito regional e local, atendendo aos interesses que visam salvaguardar. Esta nova classificação releva na iniciativa da classificação, na regulamentação e na gestão das mesmas (que passa a ser cometida às autarquias locais ou às associações de municípios).

Destaque-se, igualmente, que, a par do património natural, constitui factor de influência na classificação das áreas a proteger, o seu valor estético e cultural.

O Decreto-Lei n.° 19/93, de 23 de Janeiro, define como objectivos de interesse público "a conservação da Natureza, a protecção dos espaços naturais e das paisagens, a preservação das espécies da fauna e da flora e dos seus habitats naturais, a manutenção dos equilíbrios ecológicos e a protecção dos recursos naturais contra todas as formas de degradação" (artigo 1º, nº 1) e determina que "devem ser classificadas como áreas protegidas as áreas terrestres e as águas interiores e marítimas em que a fauna, a flora, a paisagem, os ecossistemas ou outras ocorrências naturais apresentem, pela sua raridade, valor ecológico ou paisagístico, importância científica, cultural e social, uma relevância especial que exija medidas específicas de conservação e gestão, em ordem a promover a gestão racional dos recursos naturais, a valorização do património natural e construído, regulamentando as intervenções artificiais susceptíveis de as degradar" (nº 2).

A Rede Nacional de Áreas Protegidas compreende as áreas protegidas de interesse nacional, regional ou local, consoante os interesses cuja salvaguarda se visa (artigo 2º, nº 2). As áreas protegidas de interesse regional ou local classificam-se como paisagem protegida as áreas protegidas de interesse regional ou local (nº 4).

Anote-se que, nos termos do disposto no artigo 3º, entre os objectivos prosse-

guidos pela classificação de áreas protegidos está "a preservação das espécies animais e vegetais e dos habitats naturais que apresentem características peculiares, quer pela sua raridade e valor científico, quer por se encontrarem em vias de extinção" [alínea a)], "a investigação científica indispensável ao desenvolvimento dos conhecimentos humanos e o estudo e a interpretação de valores naturais, fornecendo elementos para a melhor compreensão dos fenómenos da biosfera" [alínea e)], "a protecção e a valorização das paisagens que, pela sua diversidade e harmonia, apresentem interesses cénicos e estéticos dignos de protecção" [alínea g)], "a promoção do desenvolvimento sustentado da região, valorizando a interacção entre as componentes ambientais naturais e humanas e promovendo a qualidade da vida das populações" [alínea i)], e "a valorização de actividades culturais e económicas tradicionais, assente na protecção e gestão racional do património natural" [alínea j)].

O artigo 36º, não obstante determinar a aplicação do regime contido no Decreto-Lei n.º 19/93, de 23 de Janeiro, à Regiões Autónomas dos Açores, previa a sua adequação à especificidade regional, a introduzir mediante decreto legislativo regional. Tal veio a acontecer através do Decreto Legislativo Regional n.º 21/93/A, de 23 de Dezembro.

Tendo por escopo "a adopção de medidas que, a nível regional ou local, permitam a manutenção e valorização das características das paisagens naturais e seminaturais e a diversidade ecológica" (artigo 9º, nº 2) está em curso o processo de classificação da Zona Vitivinícola dos Biscoitos como paisagem protegida.

VI

De tudo quanto deixei exposto verifica-se que existem, no ordenamento jurídico português instrumentos legislativos e regulamentares que disciplinam a matéria da protecção do ambiente – em termos de conservação da natureza e de ordenamento do território -, e que prevêem a adopção de medidas de salvaguarda do equilíbrio ecológico. Apurou-se, igualmente, que:

a) A Assembleia Municipal da Praia da Vitória aprovou o estabelecimento de um conjunto de medidas preventivas com o objectivo de preservar as condições naturais existentes na zona litoral dos Biscoitos até à data da entrada em vigor do Plano de Pormenor daquela área;
b) Foi obtido o parecer favorável condicionado da Secretaria Regional da Presidência para as Finanças e Planeamento;

c) O Governo Regional dos Açores:

- ratificou as medidas preventivas mediante a aprovação da Resolução nº 147/98, de 25 de Junho – tendo excluído de ratificação o disposto no artigo 5º, nº 1 e no artigo 6º;
- criou, através da Resolução nº 150/98, de 25 de Junho, um grupo de trabalho "encarregado de promover e supervisionar a realização do estudo de salvaguarda do património natural e edificado característico da cultura da vinha dos Biscoitos, na ilha Terceira, propondo a delimitação geográfica da respectiva área, com vista à sua eventual classificação como "Paisagem Protegida de Interesse Regional" (...)".

Em face do que fica dito, devo registar com apreço o conjunto das medidas asseguradas em ordem à preservação da Zona Vitivinícola dos Biscoitos, tanto por parte do Governo Regional dos Açores como pela Assembleia Municipal da Praia da Vitória. A solicitada colaboração deste Órgão do Estado no caso em apreço terá em atenção as medidas já desencadeadas nesta matéria; ainda assim, pretende o Provedor de Justiça contribuir - no âmbito da sua actuação e atendendo aos interesses difusos cuja valorização é visada - para ser obtida a mais ampla protecção possível da Zona Vitivinícola dos Biscoitos.

Não obstante, a averiguação facultada pela análise (da listagem) dos processos camarários relativos à área em apreço da freguesia dos Biscoitos não permite extrair conclusões para além do óbvio:

a) Existe uma clara pressão urbanística consubstanciada num elevado número de processos relativos a pedidos de licenciamento de obras particulares, em especial para construção de edifícios de habitação (mas também de informações sobre a viabilidade de obras e outros);
b) Os dados disponíveis neste Órgão do Estado relativos ao ano de 1998 não permitem extrair conclusões sobre as decisões que incidiram sobre os processos de obras organizados posteriormente à entrada em vigor das medidas preventivas aprovadas pela Resolução nº 147/98, de 25 de Junho.

VII

Um vasto conjunto de actividades pode ser interditado, ou pelo menos condicionado, ao abrigo do regime jurídico contido no Decreto-Lei n.º 19/93, de 23 de Janei-

ro. Refira-se, a título meramente exemplificativo, alguns dos actos ou das actividades que podem constituir contra-ordenações, nos termos do artigo 22º:

- Realização de obras de construção civil, designadamente novos edifícios e reconstrução, ampliação ou demolição de edificações, salvo tratando-se de obras de simples conservação, restauro, reparação ou limpeza;
- Alteração do uso actual dos terrenos;
- Alterações à morfologia do solo, nomeadamente modificações do coberto vegetal, escavações, aterros, depósitos de sucata, areias ou outros resíduos sólidos que causem impacto visual negativo ou poluam o solo ou o ar;
- Abertura de novas vias de comunicação ou acesso, bem como alargamento das já existentes;
- Lançamento de águas residuais industriais ou de uso doméstico, susceptíveis de causarem poluição;
- Instalação de novas linhas aéreas eléctricas ou telefónicas, tubagens de gás natural e condutas de água ou de saneamento;
- Colheita ou detenção de exemplares de quaisquer espécies vegetais ou animais sujeitas a medidas de protecção;
- Prática de actividades desportivas susceptíveis de provocarem poluição ou ruído ou de deteriorarem os factores naturais da área.

Apesar da inquestionável importância das proibições e dos condicionalismos cuja imposição a Lei permite, a efectiva protecção de uma área delimitada pressupõe, obrigatoriamente, a criação de mecanismos de fiscalização e controlo mais rigorosos do que os tradicionalmente existentes. É certo que o exercício dos poderes de fiscalização e polícia que competem às diversas autoridades públicas (designadamente os referidos no artigo 21º do Decreto-Lei n.º 19/93, de 23 de Janeiro) é complementado pela susceptibilidade de aplicação de sanções acessórias, conforme dispõe a artigo 23º , que se transcreve:

Artigo 23°
Sanções acessórias

As contra-ordenações previstas no n.° 1 do artigo anterior podem ainda determinar, quando a gravidade da infracção o justifique, a aplicação das seguintes sanções acessórias:

a) A apreensão dos objectos pertencentes ao agente que tenham sido utiliza-

dos como instrumento na prática da infracção;

b) A privação do direito a subsídios outorgados por entidades ou serviços públicos;

c) A interdição do exercício de actividade por um período máximo de dois anos.

A experiência tem demonstrado, porém, a insuficiência destes instrumentos quando não acompanhados da obrigação da reposição da situação anterior à prática da infracção. "A simples aplicação de sanções não basta para que se possa afirmar que o direito deu resposta adequada à salvaguarda dos valores que lhe incumbe defender. Se o poluidor continuar a poluir, se o poluidor não recuperar o recurso natural que degradou de forma a restituir-lhe a qualidade, as características e as potencialidades de uso de que desfrutava antes da prática dos actos poluentes, a sociedade não poderá estar tranquila. O equilíbrio que toda a ordem jurídica procura, por definição, alcançar não é atingido se a infracção à Lei não cessar ou se os efeitos negativos dela decorrentes não forem eliminados através da reposição da situação anterior" . A Lei nº 11/87, de 7 de Abril, dispõe sobre a obrigatoriedade de remoção das causas da infracção e da reconstituição da situação anterior no seu artigo 48º, disposição que tem paralelo no artigo 25º do Decreto-Lei n.º 19/93, de 23 de Janeiro.

Deve chamar-se a atenção para a redacção contida nos nºs 1 e 2 desta norma:

Artigo 25.°
Reposição da situação anterior à infracção

1. A comissão directiva de uma área protegida pode ordenar que se proceda à reposição da situação anterior à infracção, fixando-lhe concretamente os trabalhos ou acções que deva realizar e o respectivo prazo para execução.

2. A ordem de reposição é antecedida de audição do infractor, que dispõe de 15 dias a contar da data da sua notificação para se pronunciar sobre o conteúdo da mesma.

(...)

Note-se que a ordem de reposição da situação anterior à infracção deve fixar, em concreto, os trabalhos a desenvolver, bem como o prazo em que devem ser realizados. Este dever de orientação do infractor constitui um elemento essencial da reparação do dano ambiental.

Por outro lado, os órgãos de polícia administrativa – da Administração Regional, da autarquia e de outras entidades incumbidas de fiscalizar o cumprimento das disposições em causa – devem possuir um quadro normativo objectivo e suficientemente claro para que não se gerem situações de desigualdade de tratamento, ou de incerteza. A este propósito, é de evitar a mera remissão genérica para o normativo base – e é benéfico especificar com a pormenorização possível a realização de acções de fiscalização, o procedimento a seguir no caso de processamento de contra-ordenações, bem como a tramitação dos processos de embargo de obras e actividades não autorizadas. Esta incumbência configura um aspecto organizativo da área protegida e deve ser remetido para a auto-regulamentação da respectiva comissão directiva.

VIII

Do que deixo exposto podem retirar-se as seguintes conclusões:

1ª As qualidades naturais dos terrenos que constituem a Zona Vitivinícola dos Biscoitos justificam e aconselham a sua preservação.

2ª Existe um conjunto de factores susceptíveis de afectar o equilíbrio ambiental daquela área, dos quais se destaca a pressão urbanística resultante do clima ameno e da sua localização na zona balnear da freguesia dos Biscoitos;

3ª A preservação da área da freguesia dos Biscoitos integrada na Zona Vitivinícola dos Biscoitos (v.g. de altitude igual ou inferir a 100m) tem vindo a ser prosseguida mediante um conjunto de medidas das quais se destacam:

- A aprovação pela Assembleia Municipal da Praia da Vitória do estabelecimento de um conjunto de medidas preventivas;
- A ratificação destas medidas pelo Governo Regional dos Açores através da Resolução nº 147/98, de 25 de Junho (com exclusão do disposto no artigo 5º, nº 1 e no artigo 6º);
- A criação, também pelo Governo Regional dos Açores e mediante a aprovação da Resolução nº 150/98, de 25 de Junho, de um grupo de trabalho encarregado de promover e supervisionar a realização do estudo de salvaguarda do património natural e edificado característico da cultura da vinha dos Biscoitos propondo a delimitação geográfica da respectiva área, com vista à sua eventual classificação como paisagem protegida de interesse regional.

4ª A protecção e a valorização do património cultural, a defesa da natureza e do ambiente, a preservação dos recursos naturais e a obtenção de um correcto ordenamento do território constituem tarefas fundamentais do Estado, nos termos do disposto no artigo 9º, alínea e), da Constituição.

5ª Existe, assim, um direito positivo a uma acção do Estado, seja no sentido de defender o ambiente e de controlar as suas acções poluidoras, seja no aspecto de ver cumpridas as correspondentes obrigações políticas, legislativas, administrativas e penais.

6ª O imperativo constitucional de ordenamento do território constitui um instrumento indispensável do exercício do direito ao ambiente.

7ª Não existe incompatibilidade do exercício do poder de regulamentação urbanística das autoridades públicas competentes com os interesses dos particulares, designadamente dos proprietários de terrenos situados em áreas de especial interesse ecológico.

8ª A interdependência de competências inerente ao ambiente e ao urbanismo pressupõe a intervenção complementar do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais.

9ª O processo de classificação da Zona Vitivinícola dos Biscoitos como paisagem protegida propiciará a manutenção e valorização das características das paisagens naturais e seminaturais e a diversidade ecológica daquela área.

10ª Deve, no entanto, votar-se um especial cuidado à consideração da invulgar apetência urbanística da área em causa da freguesia dos Biscoitos.

11ª Em especial, deve lançar-se mão dos instrumentos de polícia urbanística que a Lei de Bases do Ambiente e o Decreto-Lei n.º 19/93, de 23 de Janeiro, prevêem para fazer face às situações de incumprimento às disposições de ordenamento do território cuja aprovação se aguarda.

12ª Assume particular importância a consagração de dispositivos de célere reposição da situação anterior à prática da infracção, bem como a concertação das diferentes autoridades públicas competentes para a fiscalização do cumprimento da disciplina urbanística.

IX

Pelas razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no artigo 20º, nº 1, alínea b), da Lei nº 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

A. Que, na sequência do processo já em curso, a Zona Vitivinícola dos Biscoitos seja classificada como Paisagem Protegida de Interesse Regional;

B. Que, no âmbito do respectivo processo, seja assegurada a indispensável compatibilização entre a classificação de Paisagem Protegida de Interesse Regional e o restantes instrumentos de disciplina urbanística que incidem sobre aquela área;

C. Que o instrumento de classificação, e a sua posterior regulamentação, tenha em particular atenção, nos termos atrás expostos, a pressão urbanística exercida na área abrangida.

Recomendação sem resposta

2.7.3. Resumos de processos anotados

R-5557/97

Assunto: Urbanismo. Obras de conservação. Condições de segurança e salubridade.

Objecto: Situação de carência habitacional ultrapassada pela cedência, provisória e a título precário, de uma habitação do Governo Regional dos Açores.

Decisão: o processo foi arquivado, após se ter logrado satisfazer a pretensão em causa.

Síntese:

1. O reclamante, residente em Angra do Heroísmo juntamente com a sua mãe, de idade avançada, queixou-se que vivia em condições manifestamente precárias. Para além da vetustez do edifício, já de si preocupante, a habitação carecia de obras urgentes de consolidação e, em dado momento, um curto circuito danificou irremediavelmente a instalação eléctrica existente. Diversos factores impediram a realização dos inadiáveis trabalhos de construção civil indispensáveis para conferir condições de segurança e de salubridade ao edifício habitacional.

Em 09/01/97, foi solicitada informação prévia à Câmara Municipal de Angra do Heroísmo sobre a "possibilidade de remodelação e ampliação da moradia". A Câmara Municipal de Angra do Heroísmo solicitou pareceres à Secretaria Regional de Habitação e Equipamentos, ao Gabinete da Zona Classificada de Angra do Heroísmo e à Delegação do Ambiente.

2. Após diversos pareceres de teor contraditório e perante a dificuldade em ver a sua situação resolvida, o reclamante dirigiu-se à Extensão da Provedoria de Justiça da Região Autónoma dos Açores.

Em 16/05/98, teve lugar uma reunião, nas instalações da Câmara Municipal de Angra do Heroísmo, na qual participaram o reclamante, um representante da Câmara Municipal de Angra do Heroísmo, o Director do Gabinete da Zona Classificada de Angra do Heroísmo, o Delegado de Obras Públicas e representantes da Delegação de Ambiente, assim como o assessor na Extensão da Provedoria de Justiça da Região Autónoma dos Açores. Esta diligência permitiu concluir da necessidade de ser desencadeado o processo de delimitação do domínio público marítimo, o que o interessado fez.

A demora previsível na conclusão do processo de delimitação do domínio público marítimo (pelo menos um ano, segundo apurado) não permitiu a realização das obras urgentes de que a habitação em causa carecia. Por outro lado, havia a possibilidade do traçado da E.R. 1-1ª vir a ser corrigido o que implicaria, provavelmente e nos termos das informações prestadas pela Delegação de Obras Públicas, a necessidade de novo alinhamento do edifício.

Tendo tido conhecimento de que o Governo Regional dos Açores dispunha, no concelho de Angra do Heroísmo, de edifícios com as condições suficientes para albergar pessoas em situação de carência habitacional, o Provedor de Justiça solicitou, em

28/01/99, ao Presidente do Governo Regional dos Açores a atribuição, a título precário e mediante condições a definir, de uma habitação ao reclamante, enquanto os procedimentos então em curso não permitissem o regresso, nas condições mínimas de segurança e salubridade, à sua residência.

3. Em 01/03/99, o Presidente do Governo Regional dos Açores informou o Provedor de Justiça ter decidido ceder ao interessado, provisoriamente e a título precário, uma habitação do Governo Regional dos Açores, pelo que o processo foi arquivado.

2.7.4. Outra Actividade Processual

Inspecções

Participação na elaboração do relatório ao serviço público prestado pela TAP na Região Autónoma dos Açores

No decurso da instrução P-4/98 (A6) a Extensão dos Açores foi incumbida das diligências de instrução na Região Autónoma dos Açores do processo relativo ao serviço público de transporte aéreo regular de passageiros entre o continente e os arquipélagos dos Açores e da Madeira.

No âmbito deste processo foram efectuadas deslocações às ilhas de São Miguel, Terceira e Faial.

Em Ponta Delgada foram visitadas as instalações da Delegação da TAP nos Açores e o balcão de atendimento, bem como do aeroporto João Paulo II; na ilha Terceira a visita de inspecção compreendeu, para além do aeroporto das Lajes, o balcão de atendimento e uma reunião com o representante na ilha. Do mesmo passo, foi visitado o balcão de atendimento na cidade da Horta e o respectivo aeroporto.

Inspecção aos Armazéns da TAP – Lisboa

No âmbito de processo aberto na Extensão da Provedoria de Justiça da Região Autónoma dos Açores foi realizada uma inspecção aos armazéns da TAP no aeroporto de Lisboa, da qual resultou a elaboração de relatório.

A instrução do processo ainda prossegue.

Outras Intervenções

Foi aberto processo na Extensão da Provedoria de Justiça da Região Autónoma dos Açores para averiguação das situações de entrega de crianças, pelos pais naturais a terceiros, ocorridas fora dos competentes procedimentos de adopção, ou em desrespeito pelas respectivas normas.

A instrução do processo permitiu desde logo já verificar que o regime de registo civil vigente possibilita, por um lado, que no registo de nascimento figurem como pais naturais pessoas sem nenhuma ligação ao recém-nascido e, até, que seja registado o nascimento de uma criança que nunca existiu e, por outro lado, não assegura que todos os nascimentos ocorridos em Portugal sejam declarados para efeitos de registo civil. Havia, ainda, indícios claros da existência de situações de nascimentos que não foram declarados perante o registo civil e de falsas declarações feitas ao registo civil, designadamente quanto à filiação.

Assim, o Provedor de Justiça formulou a Recomendação nº 28/B/99.

A instrução do processo, a qual ainda prossegue na Extensão dos Açores, tem o com o intuito de averiguar os aspectos sociais que estão na base dos factos noticiados, bem como com a finalidade de apurar se as notícias divulgadas na imprensa resultaram, como vem sendo dito, do empolamento das situações pelos órgãos de comunicação social, ou se, pelo contrário, há indícios da prática de ilícitos criminais que devam ser encaminhados para as entidades competentes para a investigação criminal.

2.7.5. Actividade Extra-Processual

Visita do Provedor de Justiça aos Açores

A visita do Provedor de Justiça aos Açores decorreu entre os dias 27 de Junho e 3 de Julho.

O programa compreendeu encontros de carácter protocolar bem como deslocações integradas na instrução de processos em curso na Extensão da Provedoria de Justiça da Região Autónoma dos Açores.

Assim, no dia 28 de Julho o Provedor de Justiça apresentou cumprimentos ao Senhor Ministro da República para a Região Autónoma dos Açores.

Seguidamente, foi realizada uma visita à Universidade dos Açores (Pólo da Terra-Chã) na qual proferiu uma comunicação sobre a actividade deste Órgão do Estado e sobre os poderes e as competências que a Lei confere ao Provedor de Justiça. Mas, atendendo às matérias leccionadas na Universidade, foi dado particular ênfase à divulgação da actividade do Provedor de Justiça em matéria de ambiente.

No dia 29 de Junho o Provedor de Justiça visitou a sede da Confraria do Vinho Verdelho dos Biscoitos e a Zona Vitivinícola dos Biscoitos. Nesta ocasião, foi divulgada a Recomendação nº 23/B/99 da classificação da Zona Vitivinícola dos Biscoitos como Paisagem Protegida de Interesse Regional.

No dia 30 de Junho foram apresentados cumprimentos ao Senhor Presidente da Assembleia Legislativa Regional dos Açores.

No mesmo dia, o Provedor de Justiça de Justiça deu uma recepção no Hotel de Angra do Heroísmo. Nesta ocasião, foi tornada pública a Recomendação nº 22/B/99 na qual é expresso o entendimento de que, para efeitos fiscais e nos termos do disposto no artigo 12º, do CCA, os imóveis situados na Zona Classificada de Angra do Heroísmo, estão isentos do pagamento de contribuição autárquica porquanto são imóveis de interesse público classificados ao abrigo do regime jurídico do património cultural português e se recomendava que fosse sancionado o entendimento nos termos do qual a isenção prevista no artigo 12º, nº 1, do CCA, é aplicável aos imóveis integrados em conjuntos classificados.

No dia 1 de Julho, foram apresentados cumprimentos ao Senhor Presidente do Governo Regional dos Açores. Mais tarde, foi realizada uma visita à freguesia da Ribeira Quente (Povoação).

No dia 2 de Julho, a convite da FLAD - Fundação Luso Americana para o Desenvolvimento o Provedor de Justiça de Justiça foi moderador de um debate realizado na Universidade dos Açores integrado no Encontro de Juristas Portugueses e Norte-Americanos.

A visita aos Açores terminou no dia 3 de Julho.

2.7.6. Dados Estatísticos

Quadro I
Movimento Geral de Processos

I – Organizados em 1999	Número de Processos
Queixas escritas	199
Queixas verbais	1519
Iniciativa do Provedor	4
Total	**1722**

II – Processos em Instrução em 1999	Número
Processos que transitaram de 1994	1
Processos que transitaram de 1996	3
Processos que transitaram de 1997	9
Processos que transitaram de 1998	47
Processos organizados 1999	1669
Total	**1729**

III – Processos Arquivados em 1999	Número
Transitados de 1995	1
Transitados de 1996	9
Transitados de 1997	22
Transitados de 1998	75
Organizados em 1999	53
Total	**160**

IV – Processos Movimentados de 1 até 31 de Dezembro de 1999	Total
Processos em instrução	1729
Processos arquivados	160
Total 1999	**1889**

Quadro II

	Motivos de Arquivamento		%
A	Arquivamento liminar	4	2,5
B	Improcedência	89	55,5
C	Não resolvidos	-	
D	Não resolvidos / Recomendação não acatada	14	8,7
E	Resolvidos / Independentemente de intervenção do Provedor de Justiça	4	2,5
F	Resolvidos pela instrução do processo	37	23,3
G	Resolvidos / Recomendação acatada	12	7,5
H	Pedido de declaração de inconstitucionalidade	-	
	Total	**160**	**100**

Rácios de eficácia da intervenção do Provedor de Justiça de Justiça na Região Autónoma dos Açores

		%
Taxa de estudo	(Total – A) / (Total)	97
Taxa de resolução	(E+F+G+H) /Total – (A+B+E)	79
Taxa de sucesso	(F+G+H) / Total – (A+B+E)	78

Quadro III

Classificação de processos por assunto	Processos movimentados 1 de Janeiro a 31 de Dezembro de 1999
Administração da Justiça	52
Administração Local a)	13
Administração Pública b)	8
Agricultura e Pecuária	12
Bancos	2
Contribuições e Impostos	13
Direitos Fundamentais c)	51
Educação e Ensino	5
Empresas	1461
Expropriação e Requisição de Bens	5
Habitação	14
Polícia	4
Regime Prisional	5
Registos e Notariado	19
Saúde Pública	13
Segurança Social	18
Seguros	2
Trabalho Administração Local	23
Trabalho Administração Pública R. dos Açores	127
Trabalho Administração Pública Central	4
Transportes e Comunicações	10
Urbanismo e Obras	28
Total	**1889**

a) Queixas respeitantes a responsabilidade civil; regulamentos de tráfego; apoio financeiro e concursos públicos (adjudicação).
b) Inclui queixas respeitantes a licenciamentos e aquisição de serviços.
c) A totalidade das queixas é respeitante a ambiente.

Quadro IV

Características sócio-profissionais dos queixosos
Processos movimentados de 1 de Janeiro a 31 de Dezembro

Agricultor	5
Aposentado ou reformado	26
Comerciante	10
Desempregado	-
Doméstica	34
Militar	2
Industrial	2
Profissional liberal	8
Proprietário	1
Recluso	4
Trabalhador da A. Central Regional e Local	109
Não declarada	1583
Sector Privado	31
Outros	27
TOTAL	1842
Queixas Colectivas	
Associações Profissionais	3
Comissões de Trabalhadores	3
Entidades Públicas	9
Partidos políticos	4
Sindicatos e Associações Sindicais	14
Associações	11
Outros	3
Total	**47**
Total Geral	**1889**

Quadro V

Origem Geográfica das Queixas	
Açores	
Santa Maria	5
São Miguel	81
Terceira	1592
Graciosa	5
São Jorge	123
Pico	28
Faial	25
Flores	7
Corvo	1
Total	1867
Continente	14
Estrangeiro	2
Total geral	**1883**

Quadro VI

Género dos Queixosos	
Pessoas Colectivas	47
Pessoas Singulares	1824
Homens	1211
Mulheres	0613
Não identificadas	12
Total	**1883**

Quadro VII

Entidades Visadas nos Processos		
I – Administração Regional dos Açores		
Presidência do Governo Regional dos Açores		4
Secretaria Regional de Presidência para as Finanças e Planeamento		4
Direcção Regional do Orçamento e Tesouro	3	
Direcção Regional de Estudos e Planeamento	1	
Gabinete do Secretário Regional Adjunto da Presidência		4
Direcção Regional de Organização e Administração Pública	4	
Inspecção Administrativa Regional	_	
Secretaria Regional da Educação e Assuntos Sociais		126
Direcção Regional da Educação	67	
Direcção Regional de Saúde	29	
Direcção Regional de Solidariedade e Segurança Social	19	
Direcção Regional da Juventude, Emprego e Formação Profissional	7	
Direcção Regional da Cultura	4	
Secretaria Regional da Economia		7
Direcção Regional do Comércio, Indústria e Emprego	5	
Direcção Regional de Transportes e Comunicações	1	
Direcção Regional do Turismo	1	
Secretaria Regional da Agricultura, Pescas e Ambiente		21
Direcção Regional do Ambiente	8	
Direcção Regional dos Recursos Florestais	1	
Direcção Regional do Desenvolvimento Agrário	5	
Instituto Regional de Ordenamento Agrário	3	
Instituto de Alimentação e Mercados Agrícolas	4	
Secretaria Regional da Habitação e Equipamentos		25
Direcção Regional da Habitação	17	
Direcção Regional de Obras Públicas e Transportes Terrestres	8	
Total		**191**

II – Administração Local	
CÂMARAS MUNICIPAIS	
Ilha São Miguel	
Câmara Municipal de Ponta Delgada	8
Câmara Municipal da Lagoa	2
Câmara Municipal de Vila Franca do Campo	2
Câmara Municipal da Povoação	3
Câmara Municipal de Nordeste	2
Câmara Municipal da Ribeira Grande	1
Ilha Terceira	
Câmara Municipal de Angra do Heroísmo	23
Câmara Municipal da Praia da Vitória	14
Ilha Graciosa	
Câmara Municipal Santa Cruz	2
Ilha do Pico	
Câmara Municipal da Madalena	3
Câmara Municipal São Roque	1
Câmara Municipal de Lajes	1
Ilha do Faial	
Câmara Municipal da Horta	5
Ilha das Flores	
Câmara Municipal de Santa Cruz	2
Câmara Municipal de Lajes	2
JUNTAS DE FREGUESIA	
Junta de Freguesia da Terra-Chã (Ilha Terceira)	1
Junta de Freguesia de Mosteiros (Ilha de São Miguel)	1
Junta de Freguesia de Bandeiras (Ilha do Pico)	2
Junta de Freguesia Praia de Almoxarife (Ilha do Faial)	1
Total	**76**

III – Administração Central	
Presidência do Conselho de Ministros	3
Ministério da Administração Interna	6
Ministério da Agricultura, Desenvolvimento Rural e Pesa	4
Ministério da Defesa Nacional	6
Ministério da Educação	11
Ministério do Equipamento, do Planeamento e da Administração do Território	1
Ministério das Finanças	13
Ministério da Justiça	29
Ministério dos Negócios Estrangeiros	2
Ministério do Mar	1
Ministério do Ambiente	3
Total	**79**

IV – Outras Entidades	
Tribunais	53
Ministério Público	3
Empresas Públicas e Sociedades de Capital Público	1461
Entidades Particulares	18
Associações Públicas	1
Outras	7
Total	**1543**

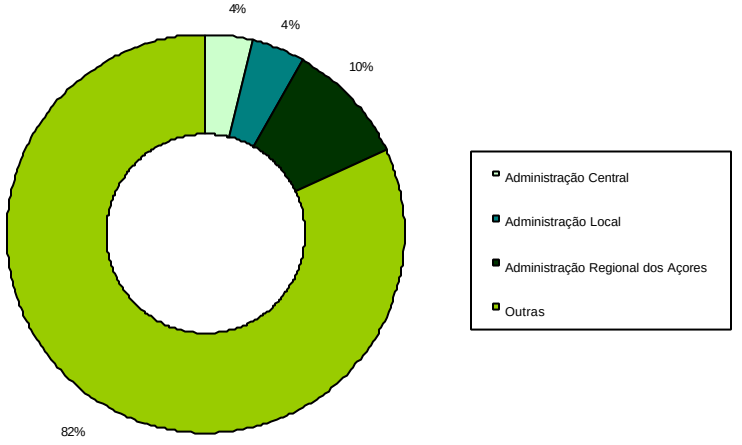
Total Final
Evolução dos Processos

Fevereiro de 1996 a Dezembro de 1999

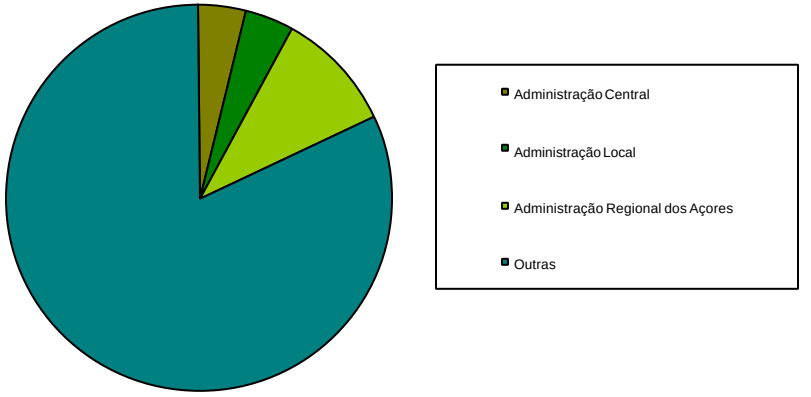
	Motivos de Arquivamento		%
A	Arquivamento Liminar	10	3.0
B	Improcedência	160	40.0
C	Não resolvidos	17	6.0
D	Recomendação não acatada	14	4.5
E	Resolvidos (independentemente da intervenção do Provedor)	5	2.5
F	Resolvidos pela instrução do processo	148	37.0
G	Recomendação acatada	26	7.0
H	Pedido de declaração de inconstitucionalidade	_	_
	Total	400	100

Rácios de eficácia da intervenção do Provedor de Justiça de Justiça		
Taxa de estudo	(Total – A) / (Total)	97.5 %
Taxa de resolução	(E+F+G+H) / Total – (A+B)	90.0 %
Taxa de sucesso	(F+G+H) / (Total – A+B+E)	89.0 %

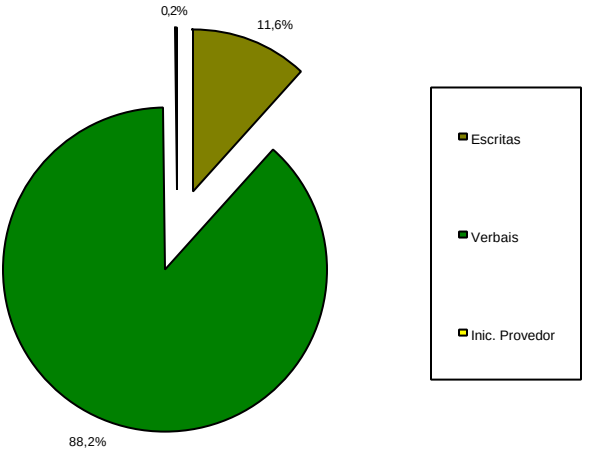
ENTIDADES VISADAS



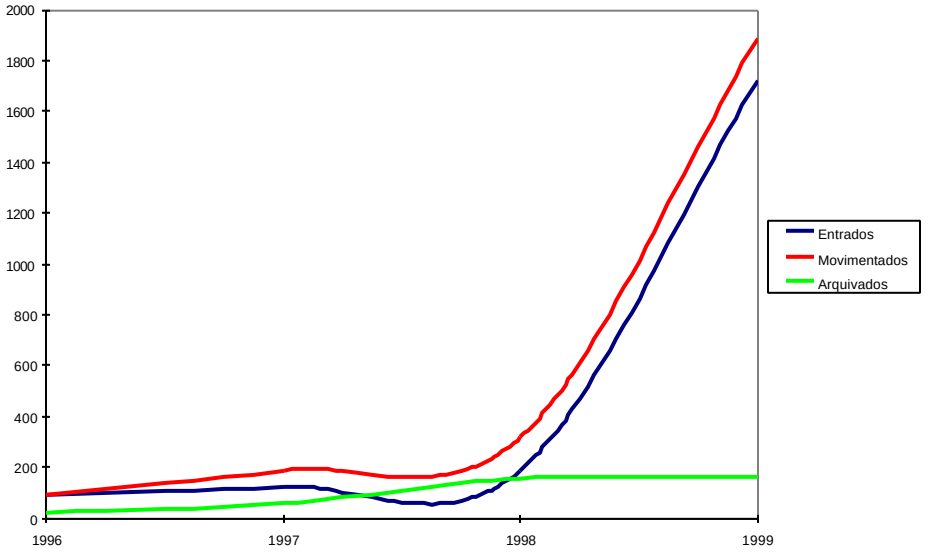
ENTIDADES VISADAS



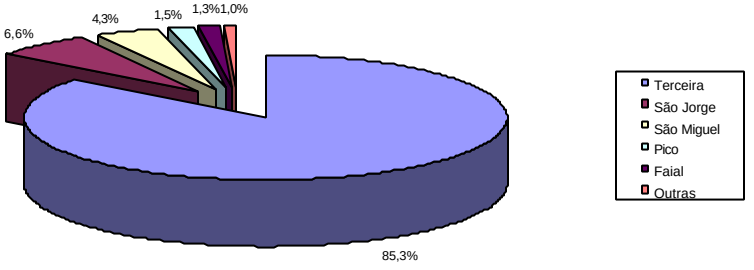
APRESENTAÇÃO DE QUEIXA



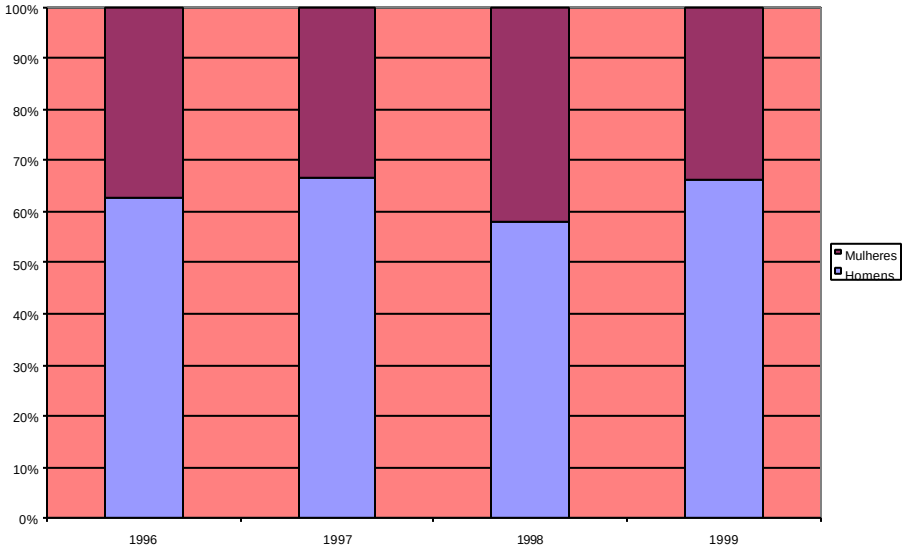
EVOLUÇÃO DO NÚMERO DE PROCESSOS



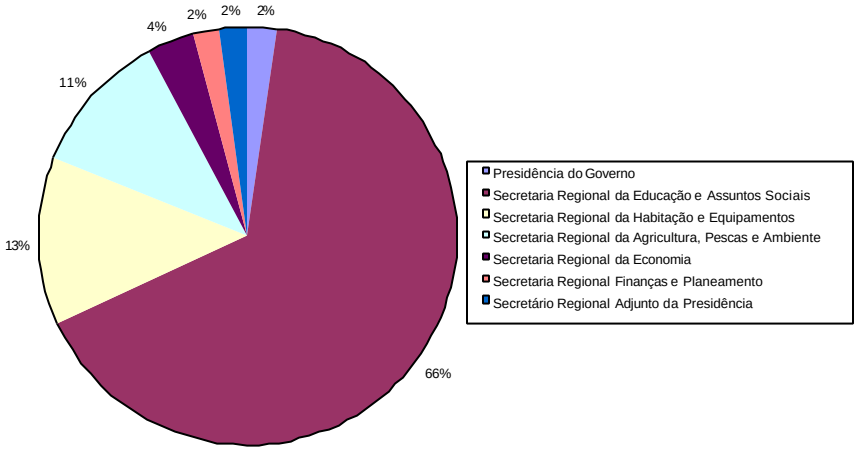
DISTRIBUIÇÃO DE QUEIXAS POR ILHAS



Evolução do género dos queixosos



Entidades visadas - administração regional



3.

Acórdãos do Tribunal Constitucional publicados em 1995 em resposta a iniciativa do Provedor de Justiça

Processo R-3393/93

Decisão do pedido de fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade de várias normas contidas no Decreto-Lei nº 351/93, de 7 de Outubro (regime de caducidade dos pedidos e actos de licenciamento de operações de loteamento, obras particulares e empreendimentos turísticos), publicado no relatório do Provedor de Justiça de 1995, a pp. 224 e ss.

Foi proferido o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 517/99 que decidiu o pedido de fiscalização formulado pelo Provedor de Justiça, o qual, embora não declare a inconstitucionalidade com força obrigatória geral das normas contidas no Decreto-Lei nº 351/93, de 7 de Outubro, reconhece, na parte decisória, o dever de o Estado indemnizar os titulares das licenças urbanísticas, nos termos do Decreto-Lei nº 48051, de 27 de Novembro de 1968.

II

Da Actividade Extraprocessual

1.

Participação do Provedor de Justiça em reuniões internacionais

1.1. I REUNIÃO DA COMISSÃO DE ACOMPANHAMENTO DA DECLARAÇÃO DE MARRAKESCH

Rabat, Marrocos, 4 de Junho de 1999

Em consequência do decidido na I Reunião Mediterrânea de Instituições Nacionais de promoção e protecção dos direitos humanos, realizada nos dias 27, 28 e 29 de Abril de 1998, em Marrakesch, no Reino de Marrocos, reuniu-se em Rabat, na sede do Conselho Consultivo para os Direitos Humanos daquele Reino, em 4 de Junho de 1999, a Comissão de Acompanhamento da Declaração de Marrakesch.

Não lhe tendo sido possível estar presente, o Provedor de Justiça fez-se representar por um adjunto do seu gabinete.

Participaram ainda, além do país anfitrião, representantes da Espanha, França, Itália, Tunísia, Argélia e da Alta-Comissária das Nações Unidas para os Direitos do Homem.

Estiveram no centro das atenções a cooperação regional, designadamente em matéria de protecção das minorias e dos migrantes, e a posição das instituições nacionais de protecção de direitos do Homem no quadro do sistema das Nações Unidas.

1.2. REUNIÃO SOBRE "DERECHOS HUMANOS Y DEFENSOR DEL PUEBLO ANTE EL NUEVO MILENIO"

Córdoba, Argentina, 10 a 13 de Agosto

Em conjugação com a FIO (Federación Iberoamericana de Ombudsman) e com o IIDH (Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos) realizou o Provedor da Província de Córdoba, na Argentina, um seminário subordinado ao tema "Derechos Humanos y defensor del pueblo ante el nuevo milenio", no qual o Provedor de Justiça se fez representar por um seu adjunto de gabinete.

Neste encontro que teve por cenário o 50º aniversário da Declaração Universal dos Direitos do Homem e em que participaram cerca de cinquenta intervenientes, foram discutidos vários temas entre os quais o papel do Provedor frente ao novo milénio; a

administração da Justiça e o Provedor; relação entre a sociedade civil e o Provedor; os direitos das crianças e os direitos das mulheres.

Deste encontro resultaram várias conclusões que serão editadas em livro pela organização, juntamente com os temas apresentados.

1.3. SEMINÁRIO SOBRE "LES MÉDIATEURS ET LE TRAITÉ D'AMSTERDAM ET L'INTEGRATION EUROPÉENNE"

Paris, 8 a 11 de Setembro.

Nesta reunião promovida pelo Provedor de Justiça Europeu e pelo Provedor de Justiça francês discutiu-se o papel dos provedores de justiça face às inovações trazidas pelo Tratado de Amsterdão na integração europeia. Neste seminário em que participaram cerca de vinte delegações de vários países e de organizações não governamentais, foram discutidos nas suas quatro sessões os seguintes temas: Os direitos do homem e a União europeia; os princípios da boa administração comunitária; os direitos dos estrangeiros; a livre circulação de pessoas na União Europeia.

Além das várias conclusões parciais foram aprovadas duas resoluções: uma sobre a resolução R. 85/13 do Conselho da Europa que concerne à adopção pelos Estados membros de uma figura que defenda e promova os direitos humanos, encarando-se a figura do Provedor como o instrumento natural para progredir nesta função crucial.

A outra resolução respeita à situação então vivida em Timor Leste.

O Provedor de Justiça apresentou duas intervenções escritas, uma sobre o direito de asilo e outra sobre os direitos do homem e a União Europeia.

1.4. IV CONGRESSO ANUAL DA FEDERAÇÃO IBERO-AMERICANA DE OMBUDSMEN

Tegucigalpa, Honduras, 27 e 29 de Setembro de1999

Entre 27 e 29 de Setembro, teve lugar em Tegucigalpa, Honduras, o IV Congresso Anual da Federação Ibero-Americana de Ombudsmen (FIO), em cujos trabalhos participaram, em representação do Provedor de Justiça, o Coordenador André Folque e o Assessor Miguel Coelho. Os temas das conferências e discussões que integraram o

Congresso centraram-se na protecção de grupos com estatutos socialmente desprotegidos (os direitos dos Cidadãos Idosos, os direitos das Mulheres e os direitos das Crianças) a par de problemas relacionados como a protecção da liberdade de expressão e o contributo dos Ombudsmen no combate à criminalidade. Deve realçar-se, ainda, a conferência inaugural proferida pela delegação espanhola sobre o Estado de direito e a transição para a democracia.

Uma vez mais, foram partilhadas experiências entre os diversos Defensores, Procuradores e outras instituições congéneres. A criação de secções especializadas de apoio aos idosos, mulheres desprotegidas e crianças foi objecto de especial atenção. Sublinhe-se a intervenção portuguesa, dando conta da recente criação da Linha de Apoio ao Cidadão Idoso e da proposta de criação de uma rede, no âmbito da FIO, de cooperação entre os serviços de apoio aos Ombudsmen com intervenção específica em tal domínio.

Do mesmo passo, reuniu a Assembleia Geral da FIO, em 28 de Setembro, sob a presidência do Defensor del Pueblo de Espanha, D. Fernando Alvaréz de Miranda, a qual contou, pela primeira vez com representações do Equador, da Nicarágua, para além das delegações de Andorra, do Haiti e do Brasil (Ouvidoria do Estado de S. Paulo), estas últimas com o estatuto de observadores. Nos seus trabalhos foi apreciado e discutido o relatório do Secretariado Técnico da FIO, informando as representações a respeito das actividades desenvolvidas durante o intervalo entre congressos: acções de formação, programas de direitos humanos. No que toca às relações da FIO com a Cimeira dos Chefes de Estado e de Governo Ibero-Americana, foram apresentadas propostas a apresentar junto da Cimeira da Havana, a realizar-se em 15 e 16 de Novembro. Teve ainda lugar a análise da difícil situação vivida pelo Ombudsman da Colômbia e dos seus colaboradores em face do quadro de instabilidade e da escalada de violência naquele País, procurando todas as delegações presentes congregar esforços no sentido de preservar a sua missão e fazer apelo à protecção da sua integridade pessoal contra ameaças dos mais variados sectores em confronto. Por outro lado, a Assembleia deteve-se em análise sobre a decisão do Governo peruano de recusar o acatamento de uma decisão do Tribunal Interamericano dos Direitos do Homem, de S. José da Costa Rica, e de denunciar a adesão à cláusula de jurisdição deste mesmo Tribunal. Por fim, seria lida e aprovada por consenso a mensagem enviada pelo Provedor de Justiça sobre a situação vivida no território de Timor-Leste, a qual se publica integralmente.

No termo dos trabalhos do Congresso, foi aprovada a Declaração de Tegucigalpa, em cujos pontos principais se destacam: (a) os direitos das pessoas idosas, providenciando junto dos governos e parlamentos por sistemas integrais de segurança social; (b) os direitos dos detidos e presos preventivos; (c) a saudação ao Defensor del Pueblo do Equador e à Procuradoria para a Defesa dos Direitos Humanos da Nicarágua, enquanto mais recentes instituições de Ombudsmen na área ibero-americana; (d) a exortação aos Governos do Belize e do Paraguai com vista à instituição de órgãos congéneres; (e) a congratulação com as iniciativas em curso no Chile, Venezuela e República Dominicana. Transcreve-se a conclusão relativa a Timor-Leste: «Os Defensores del Pueblo, Procuradores, Proveedores, Comisionados y Presidentes de Comisiones Públicas de Derechos Humanos, reunidos no IV Congreso Anual da Federação Iberoamericana de Ombudsman (FIO) en Tegucigalpa, Honduras, de 27 a 29 de septiembre de 1999 (...) APOIAM firmemente o labor que desenvolve o Provedor de Justiça de Portugal, repudiando os actos genocidas e violadores dos direitos fundamentais dos timorenses, exortando a Organização das Nações Unidas (ONU) a manter os seus esforços na procura da paz,, o respeito pelo resultado do referendo e as resoluções da citada Organização que o fundamentam, assim como em favor da repatriação dos timorenses que, por motivo da violência, se encontram contra a sua vontade em território indonésio. »

1.5. II CURSO DE FORTALECIMENTO INSTITUCIONAL DO OMBUDSMAN IBERO-AMERICANO

Antigua, Guatemala, 25 de Setembro a 8 de Outubro

Uma assessora do Provedor de Justiça deslocou-se à Guatemala, entre 25 de Setembro e 8 de Outubro de 1999, para participar no II Curso de Fortalecimento Institucional do *Ombudsman* Ibero-Americano, dirigido pelo *Defensor del Pueblo* de Espanha, então Presidente da Federação Ibero-Americana de *Ombudsman* (FIO).

Para a sua execução, o curso contou com a colaboração do Centro de Iniciativas de Cooperação ao Desenvolvimento da Universidade de Alcalá (CICODE), responsável pela gestão do I Curso, celebrado em Março de 1998.

Participaram 22 colaboradores de instituições de diversos países da região Ibero-Americana (Argentina, Brasil, Bolívia, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Espanha, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Peru, Portugal, Porto Rico e Venezuela), na sua maioria juristas.

O II curso teve como objectivo melhorar a formação dos participantes nos procedimentos de gestão de queixas (primeira semana) e, em especial, nas técnicas de protecção dos direitos da infância (segunda semana). Estas últimas sessões versaram, essencialmente, sobre a defesa dos direitos da infância num contexto internacional; a protecção jurídica interamericana dos mesmos direitos; a exploração laboral da infância e a intervenção do *Ombudsman* na sua protecção e prevenção; direito à educação; pobreza e protecção social e a protecção da infância indígena.

1.6. CONFERÊNCIA "A PREVENÇÃO DA TORTURA NA ALVORADA DO NOVO MILÉNIO"

Estrasburgo, França, 19 de Novembro

O Provedor de Justiça fez-se representar por um adjunto do seu gabinete, na conferência "A prevenção da tortura na alvorada do novo milénio", promovida pelo Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e do Tratamento Desumano ou Degradante, que se realizou no dia 19 de novembro de 1999, no Conselho da Europa, na cidade de Estrasburgo.

A intervenção escrita apresentada pelo representante do provedor de justiça na conferência, que aqui se reproduz, subordinou-se ao tema dos direitos dos menores e do seu tratamento pelo sistema de justiça, concretamente ao nível da detenção.

"Garantias contra os maus tratos de menores"

As questões ligadas à detenção de menores surgem neste fim de século como um problema ampliado no sistema de Justiça. Não só pela denominada delinquência juvenil, mas principalmente pela crescente utilização de crianças, algumas com tenra idade, nas redes de tráfico de estupefacientes. Acresce a esta circunstância o facto de muitos menores serem também toxicodependentes o que motiva a prática de crimes ligados a este fenómeno, como o pequeno tráfico, o furto e o roubo, bem como a adopção de comportamentos marginais e de risco, nomeadamente a prática de prostituição. Os crimes praticados por menores constituem hoje um flagelo social e jurídico que merece

uma reflexão cuidada, nas diversas vertentes que engloba.

A detenção de menores pelas forças policiais é um assunto que merece especial atenção. Quer a abordagem policial, quer os constrangimentos físicos necessários à execução da detenção, exigem, no caso dos menores, uma especificidade de actuação de acordo com a vulnerabilidade, não tanto física mas principalmente psíquica, própria da idade, a qual pressupõe uma suficiente preparação dos agentes policiais. Neste tipo de situações será exigido um comportamento que obedeça a limites mais estritos na acção de *law enforcement*. São limitações éticas e sociais, mas também jurídicas uma vez que os menores, à luz do direito português, são inimputáveis ou vêem a sua responsabilidade jurídica atenuada – segundo o Código Penal português, de acordo com o artigo 19º, os menores de 16 anos são inimputáveis e para os jovens com idade compreendida entre 16 e os 21 anos existe diploma legal com regime especial.

Assim, a preparação dos agentes policiais para o exercício das suas funções deveria ter em consideração esta realidade social e criminógena, adoptando as escolas de polícia programas que permitam formar de modo adequado os seus agentes.

De modo consequente, entendo deverem existir nas esquadras de polícia ou outros locais de detenção, e sempre que possível, espaços próprios para a detenção de menores, distintos dos demais. As condições de detenção de um menor, que por exemplo aguarda interrogatório judicial, hão-de respeitar regras que preservem a sua dignidade enquanto pessoa humana, aliás sujeita a uma tutela acrescida. É de evitar, nomeadamente, a mistura de detidos menores com detidos adultos, ainda que seja por poucas horas.

Este aspecto relativo à distinção de espaços físicos de detenção nos locais onde este possa acontecer, com a criação de estruturas adequadas, merece, do meu ponto de vista, uma abordagem mais aprofundada por parte do Comité, podendo esta temática ser introduzida em futuras acções de inspecção. Aliás, é reconhecido no 9º Relatório Geral que "as is the case of adults, it would appear that juveniles run a higher risk of being deliberately ill-treated in police establishments than in other places of detention"[76].

Posso, a este propósito, apontar o exemplo que tive oportunidade de constatar pessoalmente a propósito da inspecção realizada em 1998 pelo Provedor de Justiça ao sistema penitenciário português e que foi a criação – motivada pela visita efectuada ao

[76] "Como no caso dos adultos, parece que os menores correm um maior risco de se sujeitarem a maus tratos em instalações policiais do que noutros locais de detenção."

estabelecimento e por recomendação do Provedor de Justiça – de uma ala própria para acolher os reclusos jovens no Estabelecimento Prisional de Lisboa. Esta zona da penitenciária transformou-se radicalmente em termos físicos o que contribuiu para uma vivência dentro da prisão mais adequada à realidade daqueles reclusos jovens, resultando daí um benefício para a sua condição. Por outro lado, ao concentrar estes reclusos evitou-se o contacto com os reclusos mais velhos. Apesar de não se tratar de um local de detenção, mas de cumprimento de pena de prisão, penso que o exemplo se pode adaptar.

Preocupação crescente é a do ensino e da formação profissional nos centros de reabilitação (detention centres for juveniles). A realidade demonstra a dificuldade que existe em o Estado conseguir evitar a "escalada no crime" nos jovens delinquentes. Um moderno sistema de reabilitação de menores – uso o termo reabilitação e não correcção propositadamente – deverá ser hábil, para além de assegurar uma aprendizagem geral primária, a promover um ensino e uma formação consequente, isto é, ajustada, designadamente, à realidade tecnológica dos nossos dias. A acção regeneradora visa não só a prevenção da marginalidade e da delinquência, mas deve contribuir, também, para a formação de cidadãos responsáveis, livres e participantes na vida em sociedade. [77]

Neste domínio, saliento ainda o facto de o tratamento dos menores acolhidos em instituições de reabilitação não poder ser diferenciado em função do sexo. Contudo, o leque de ofertas de cursos de formação profissional destinado aos menores do sexo masculino é substancialmente maior do que o destinado aos menores do sexo feminino. Neste último caso, muitas vezes, procura-se, distorcidamente em relação ao mercado de trabalho, prosseguir cursos de índole manual que não são nem motivadores, nem propiciadores de uma formação que permita o ingresso no mundo laboral. Isto é aliás reconhecido no 9º Relatório Geral de Actividades do CPT, referido ao período de 1 de Janeiro a 31 de Dezembro de 1998. O princípio da igualdade, vector essencial da dignidade da pessoa humana e pilar do sistema democrático, sai violado nesta comparação.

As condições de acesso ao ensino e à formação, necessariamente entendida como qualitativamente adequada à realidade técnica e voltada para as exigências do mercado de trabalho, não podem ser distintas em razão do sexo dos menores a que se

[77] Em 1997 o Provedor de Justiça realizou uma inspecção ao Instituto de Reinserção Social, tendo visitado, entre outras estruturas, colégios de internamento e lares para jovens. Dessa inspecção resultou um relatório apresentado ao Ministro da Justiça e posteriormente à Assembleia da República.

destinam. Quanto a este aspecto deverá a acção do Comité estar particularmente atenta, pois a desigualdade de facto perante o acesso ao ensino e à formação constitui um verdadeiro atentado à dignidade da pessoa humana, consubstanciando um tratamento degradante na medida em que cria uma situação de discriminação negativa perante um privilégio a qualquer título injustificado.

Os centros de reabilitação – centros educativos na expressão da Lei portuguesa - devem oferecer um elenco de actividades, de modo a permitir que um maior número de menores possa encontrar uma actividade para a qual se sinta apto. Nessa medida, devem dispor de locais próprios, dotados de condições adequadas de segurança, salubridade, ventilação e estado de conservação. A multiplicidade e diversificação de actividades conduz a uma maior ocupação, pelo que se deverá prestar uma maior atenção a esta realidade, criando-se as condições necessárias – criação de salas de aulas e oficinas, promoção da formação profissional e de programas ocupacionais - para que a motivação e a realização pessoal aumentem.

Questão particularmente delicada é a da violenta e grave criminalidade juvenil que faz perfilhar teses e adoptar sistemas próximos de um Direito Penal especial de menores, com estruturas processuais e punitivas próprias, nomeadamente com a existência de medidas de internamento em regime fechado[78] e a possibilidade de isolamento cautelar, em dependências especialmente adequadas. É este o caso de Portugal que com a entrada em vigor das Leis n.º 166/99, de 14-09 e 147/99, de 1 de Setembro, viu dar execução a uma nova política educativa de menores, a qual assenta na separação de regimes, até então inexistente, entre "menores em risco ou vítimas" e "menores delinquentes", ficando apenas estes últimos sob a tutela do sistema da Justiça, enquanto dos primeiros se ocupará a assistência social do Estado.

Esta separação de regimes, a que corresponde uma manifesta necessidade divergente de intervenção do Estado, veio alcançar dois objectivos essenciais: primeiro, o recentrar do âmbito dessa intervenção tornando-a mais eficiente, segundo, acabar com o tratamento conjunto a todos os títulos negativo e gerador de efeitos contraproducentes ao nível da prevenção e da reeducação, entre aqueles menores que não tiveram, nem

[78] No caso português, onde existem ainda os regimes aberto e semiaberto, durante o internamento em centro educativo de regime fechado os menores residem, são educados e frequentam actividades formativas e de tempos livres exclusivamente dentro do estabelecimento, estando as saídas, sob acompanhamento, estritamente limitadas ao cumprimento de obrigações judiciais, à satisfação de necessidades de saúde ou a outros motivos igualmente ponderosos e excepcionais (n.º 1 do art. 169º, da Lei n.º 166/99, de 14-09).

têm, contacto com a delinquência e o crime e os outros, operando uma separação, também física, entre eles.

Os estabelecimentos de segurança com estrutura análoga a estabelecimentos prisionais destinados a categorias de menores delinquentes, nomeadamente em função da gravidade do delito praticado ou da reincidência, pelas preocupações que colocam ao nível da garantia dos direitos dos menores que alojam, devem ser alvo, também, de uma atenção redobrada por parte da actividade do Comité.

As sanções aplicadas aos menores nos centros de reabilitação, *maxime* a medida de isolamento, a qual, a admitir-se, deve ter natureza excepcional, só justificada pela inexistência de outra forma de contenção eficaz para evitar actos lesivos da segurança do próprio ou de outros, deve obedecer a uma anotação em registo próprio que contemple, pelo menos, a identificação do menor, o tipo de sanção e especificação do regime, a duração da sanção, a data e a hora do início do seu cumprimento e o parecer clínico. Este registo permitirá um controlo interno e externo, nomeadamente para efeitos de recurso para os tribunais, da legalidade da sanção e da sua execução.

Nas circunstâncias descritas anteriormente, o menor deve ser sempre observado por pessoal médico, preferencialmente com parecer de especialista em psicologia ou psiquiatria, previamente ao cumprimento da sanção ou com a maior brevidade possível, bem como durante a execução da mesma, caso esta se prolongue no tempo.[79]

Por fim, gostaria de referir-me à necessidade de ser adoptada na constituição do pessoal afecto a esses centros, designadamente pessoal com funções de vigilância, uma abordagem multidisciplinar, tendente a responder às necessidades individuais dos menores, num contexto educativo e sócio-terapêutico. Isto implica, para além de um treino específico, um regime de selecção exigente de candidaturas.

Nas visitas de inspecção, as equipas do Comité, através de entrevistas com estes funcionários, poderão auferir do seu perfil e verificar a sua adequação em relação às necessidades de um sistema eficiente de custódia e reforma dos menores delinquentes. Neste domínio, podem seguramente ser adoptadas algumas recomendações com o objectivo de melhorar o relacionamento sempre precário e complexo entre os funcionários e os menores, no sentido de descobrir e incentivar a motivação individual que é, sem

[79] Segundo a legislação portuguesa referenciada, o isolamento não pode prolongar-se para além de vinte e quatro horas consecutivas (art. 183º, n.º 2).

dúvida, o factor preponderante para a reabilitação do delinquente.

1.7. JORNADAS COMEMORATIVAS DO 10.º ANIVERSÁRIO DA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA

Madrid, 19 e 20 de Novembro

O Provedor de Justiça deslocou-se a Madrid, a convite do *Defensor del Pueblo*, para assistir às Jornadas Comemorativas do 10.º Aniversário da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança que decorreram de 19 a 20 de Novembro de 1999. No primeiro dia, as jornadas foram subordinadas aos temas "*A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança*" e o "*O panorama actual dos direitos e liberdades civis da infância*". No dia seguinte, versaram sobre "*O panorama actual dos direitos sociais e culturais da infância*"; "*Convénio sobre a proibição das piores formas de trabalho infantil e a acção imediata para a sua eliminação, 1999*" e, ainda, "*o cumprimento da Convenção: balanço de uma década*". A sessão de abertura das jornadas foi presidida por Sua Majestade a Rainha Sofia de Espanha. Participaram nas sessões o *Defensor del Pueblo* de Espanha e respectivos colaboradores na área dos menores; o Presidente do Comité Espanhol da Unicef; o Presidente da Federação Ibero-Americana de Ombudsman; o Presidente do Instituto Inter-Americano dos Direitos da Criança; o Director Executivo da Organização Internacional do Trabalho; o Comissário para os Direitos Humanos do Conselho da Europa; representantes de organizações não governamentais e outras autoridades nacionais e estrangeiras.

2.

Discursos e Intervenções do Provedor de Justiça

2.1. INTERVENÇAO DO PROVEDOR DE JUSTIÇA NA CERIMÓNIA DE LANÇAMENTO DO LIVRO " A PROVEDORIA DE JUSTIÇA NA SALVAGUARDA DOS DIREITOS DOS HOMENS"

Provedoria de Justiça em 28 de Janeiro de 1999.

1. Poucos se terão dado conta de o Provedor de Justiça fazer parte da Comissão Nacional para as Comemorações do 50º aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos. E, todavia, nada mais natural porque lhe pertence, por Lei, a divulgação do seu conteúdo e da significação de cada um dos direitos e liberdades fundamentais. Foi, por isto, com grande entusiasmo, que aceitei o convite do Doutor Mário Soares para integrar a Comissão, pois desejava-se um contributo criticamente exegético.

A ideia de publicar um livro em que, a propósito de cada um dos trinta preceitos da Declaração, se desse conta e publicidade a situações vividas nos últimos anos em Portugal foi a de mostrar a actualidade daquele documento. Isto, por um lado. Por outro, a de revelar alguns casos que não tiveram, a seu tempo, a divulgação desejada e que mostram bem o arrimo sempre procurado naquela Declaração para fundamentar as soluções propostas.

2. O livro, ora apresentado mas concluído em 10.12.98, mostra casos de xenofobia, de recusa de concessão de nacionalidade portuguesa por motivos arbitrários; buscas domiciliárias determinadas por razões étnicas; carência de regulamentação das condições de segurança em recintos destinados ao lazer, um caso de sobredeterminação por parte da hierarquia militar em determinado exercício; vários inquéritos à actuação das forças policiais e à situação do sistema prisional, violência máxima em interrogatório policial; mediação para ser conseguida indemnização para sinistros ocorridos em actividades ao serviço do Estado; contaminação de hemofílicos através de transfusões de sangue; responsabilidade de pessoas colectivas públicas por omissão de deveres de fiscalização de obras abandonadas; abuso sexual de menores; causas do trabalho infantil; privação de nome, identificação e nacionalidade; denegação de Justiça, impedindo o acesso aos Tribunais; violação dos princípios da intangibilidade de caso julgado e da prevalência das decisões dos tribunais; omissão na produção de Lei sobre o direito de

acção popular; videovigilância em locais públicos e escutas de comunicação telefónica; direito de asilo; protecção de valores religiosos; limitação da liberdade sindical; período de trabalho subordinado; acesso a consultas e intervenções cirúrgicas hospitalares na região norte; ausência de apoio no desemprego aos funcionários e agentes administrativos.

3. Estes e muitos outros casos, também referidos no livro, provam a dedicação da Provedoria de Justiça a todos os direitos e princípios consignados na DUDH, incluindo os da terceira geração, como o ambiente e suas consequências na qualidade de vida de todos nós.

E mais do que isso: o livro evidencia como é possível solucionar e precaver os atentados aos direitos humanos, através de processos relativamente simples, antecipando-se aos Tribunais através do diálogo, a maior parte das vezes frutuoso, com a Administração.

Numa palavra, o livro mostra o dia a dia da vivência em quase todos os sectores da vida colectiva, dos direitos humanos.

4. Penso que o Provedor de Justiça e seus colaboradores (Drs. André Folque, Duarte Vera Jardim, Elsa Dias, Jaime Valle, João Portugal e Teresa Bessa) souberam corresponder, ainda que modestamente, ao honroso convite do Doutor Mário Soares, campeão dos direitos humanos, ao mesmo tempo que divulgaram e promoveram esses mesmos direitos.

2.2. TEXTO DO PROVEDOR DE JUSTIÇA ESCRITO A CONVITE DA COMISSÃO DE MULHERES DA UGT PARA UMA BROCHURA COMEMORATIVA DO 25º ANIVERSARIO DO 25 DE ABRIL E SUBORDINADA AO TEMA"A IGUALDADE DE OPORTUNIDADES NO PÓS-25 DE ABRIL".

Lisboa, 1 de Março de 1999

O honroso convite que me foi dirigido pela Comissão de Mulheres da UGT para que, a propósito das comemorações dos *25* anos do 25 de Abril, reflectisse um pouco sobre a questão da igualdade de oportunidades entre homens e mulheres nestes

últimos anos, surge pouco tempo depois de me ter associado às comemorações do 5Oº aniversário da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Esta circunstância influenciou, pois, o meu primeiro olhar sobre a questão. Há mais de 50 anos que o direito à igualdade, o direito à não discriminação - desde logo em função do sexo -, o direito a todos acederem, em condições de igualdade, às funções públicas do seu país, o direito ao trabalho, quer à sua livre escolha, quer a condições equitativas e satisfatórias de prestação do mesmo, o direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual, expressamente consagrados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, continuam a inspirar organizações internacionais e legislações nacionais, assegurando a cada homem e a cada mulher um direito efectivo a invocar e fazer valer aqueles seus direitos.

Prova da actualidade de tais direitos - se tal actualidade carecesse de ser demonstrada -, é o facto de a sua importância haver sido realçada na Quarta Conferência Mundial das Nações Unidas sobre as Mulheres, realizada em Pequim, no ano de *1995*, cuja Plataforma de Acção, ao estabelecer o conjunto de acções a por em prática no quinquénio 1995-2000, refere e reafirma com frequência a necessidade de concretização, relativamente às mulheres, dos direitos acima enunciados.

Diz-se no ponto 2. da Declaração de Objectivos da Plataforma de Acção de Pequim:

"A Plataforma de Acção reafirma o princípio fundamental expresso na Declaração de Viena e no Programa de Acção adoptado pela Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos, segundo o qual os direitos humanos das mulheres e das raparigas são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos".

O tema da presente reflexão pode, pois, reconduzir-se à apreciação da forma pela qual alguns direitos humanos - os das mulheres - foram interpretados, concretizados e desenvolvidos no pós 25 de Abril.

Para além das consequências que o 25 de Abril de 1974 sempre acarretaria, nomeadamente em termos de revisão de parte substancial do sistema jurídico nacional, o seu impacto sobre a questão dos direitos das mulheres foi ainda reforçado pela conjuntura internacional de então.

Mencionei, acima, a Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher. A primeira destas Conferências das Nações Unidas tivera lugar 20 anos antes, na Cidade do México, precisamente em 1975. Os três temas dessa Conferência (igualdade, desenvolvi-

mento e paz) passariam a ser os temas da Década das Nações Unidas para a Mulher, que decorreu entre 1976 e 1985.

O ano de 1975 foi proclamado, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, o Ano Internacional da Mulher e em 1979 a mesma Assembleia Geral adoptou a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres.

A conjuntura internacional era, pois, favorável a que, no pós 25 de Abril, uma particular atenção recaísse sobre os direitos das mulheres.

Um dos reflexos mais imediatos da revolução de 1974 nesta matéria foi a publicação de três diplomas que, em Junho, Julho e Setembro de 1974, consagraram a possibilidade de acesso das mulheres à carreira administrativa local, à carreira diplomática e à magistratura[80].

As mais profundas alterações legislativas aconteceram, porém, um pouco mais tarde com a entrada em vigor da Constituição de 1976 - cujo texto consagrou expressamente a igualdade plena entre homens e mulheres - e com a revisão do Código Civil (entrada em vigor em 1978) que transpôs para o direito da família a igualdade de direitos entre marido e mulher.

Estabelecidas estas bases essenciais, o ordenamento jurídico nacional continuou e continua sendo enriquecido com diplomas que, em concreto, garantem o gozo dos múltiplos direitos civis, sociais, laborais e outros que passaram, por força de Lei, a integrar a esfera jurídica das mulheres portuguesas.

A par dos diplomas institucionais que criaram a Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego (CITE), a Comissão para a Igualdade e para os Direitos das Mulheres (CIDM) e o Alto-Comissário para a Igualdade e a Família, foram legalmente consagrados direitos como o da igualdade de oportunidades no acesso e sucesso escolares (artigo 20, nº 2, da Lei nº 46/86, de 14 de Outubro - Lei de Bases do Sistema Educativo), o da igualdade dos pais na realização profissional, na participação na vida cívica e na manutenção e educação dos filhos e, ainda, o direito à protecção da saúde, do trabalho e da segurança social no âmbito da maternidade e da paternidade, todos consagrados na Lei nº 4/84, de 5 de Abril — Lei da Protecção da Maternidade e da Paternidade, cuja última alteração, introduzida pela Lei nº 18/98, de 28 de Abril, alargou alguns direitos já existentes e consagrou expressamente a garantia do trabalhador a uma

[80] Decretos-Lei nºs 251/74, de 12 de Junho, 308/74, de 6 de Julho e 492/74, de 27 de Setembro, respectivamente

plena reinserção profissional após o gozo da licença especial de assistência a filhos.

A adesão de Portugal à CEE e a consequente recepção, na ordem jurídica interna, das normas comunitárias sobre a matéria, bem como a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, reforçaram sobremaneira aqueles direitos.

Não obstante, e sem querer negar a importância de um sistema jurídico moderno, reconhecedor dos direitos acima enunciados, importa ter presente que a questão da igualdade entre homens e mulheres é, mais do que uma simples questão jurídica, uma questão social, económica e política.

Mais importante que a letra da Lei é, sem dúvida, o esforço colocado na fiscalização do seu cumprimento e na aplicação, de pleno, dos princípios enformadores dessa Lei. Estamos na época em que aos intérpretes e àqueles que diariamente decidem sobre a aplicação, em concreto, de princípios jurídicos já reconhecidos, cabe um papel determinante.

Estamos, simultaneamente, na época em que as violações dos direitos de igualdade surgem de formas menos directas, mais subtis, logo mais graves, porque mais difíceis de combater.

Prova de que assim é, encontro-a no modo como são apresentadas queixas na Provedoria de Justiça sobre esta matéria. Apesar de frequentemente invocada, a violação do princípio da igualdade é poucas vezes mencionada a propósito da igualdade de oportunidades entre homens e mulheres.

Recebo queixas sobre alegadas situações de violação do princípio de que a trabalho igual deve corresponder salário igual; são-me relatadas deficientes condições de higiene e segurança no trabalho e alegadas ilegalidades na contratação a teimo, na prestação de trabalho extraordinário e no exercício de direitos sindicais, mas raramente estas queixas contêm referência directa à desigualdade entre homens e mulheres no mundo laboral[81].

Com alguma frequência, porém, um olhar mais atento sobre a questão revela

[81] Não significa esta minha afirmação que não sejam dirigidas à Provedoria de Justiça — porque o são — queixas em que é directamente invocada a violação de normas destinadas a garantir a igualdade de oportunidades e a protecção de direitos fundamentais nesta matéria. Recordo, por exemplo, o caso da relevância negativa atribuída por algumas empresas às faltas dadas e às licenças gozadas ao abrigo da Lei de protecção da maternidade e diplomas complementares, para efeitos de pagamento de determinadas prestações pecuniárias aos trabalhadores, a título de prémios de produtividade, distribuição de lucros, gratificações ou qualquer outro.

exemplos desse tipo desigualdade, os quais adquirem relevância à medida que evolui o conhecimento da situação objecto de queixa.

Recordo, por exemplo, um caso recentemente objecto de análise na Provedoria de Justiça: o aparecimento de lesões músculo-esqueléticas ao nível das mãos e dos pulsos de operadores de linhas de montagem de auto-rádios em determinada empresa do sector. A qualificação destas lesões como doença profissional, o direito à protecção social dai decorrente, o combate das causas de aparecimento da doença e a recolocação de trabalhadores afectados pela doença foram algumas das preocupações que me foram directamente manifestadas pelos Reclamantes.

Realizado um estudo global da situação, verifiquei tratar-se de um problema que afecta, essencialmente, mulheres jovens, já que o recrutamento e a selecção dos operadores das referidas linhas de montagem recai em larga medida sobre este grupo. Solicitada a colaboração do Instituto para o Desenvolvimento e Inspecção das Condições de Trabalho, obtive junto do mesmo a informação de que, por cada 100 trabalhadores da empresa visada relativamente aos quais foi efectuada, em determinado período, participação obrigatória da doença profissional em causa, 97 eram mulheres.

Pude também aperceber-me, a propósito do estudo deste caso concreto, que as mulheres revelavam uma especial dificuldade de recuperação, sendo frequentes os casos de recidiva. Os especialistas que ouvi foram unânimes em esclarecer que as lesões músculo-esqueléticas situadas, como era o caso, ao nível das mãos, punhos, braços, antebraços, ombros, pescoço e costas, são de recuperação particularmente difícil se na sua vida diária os trabalhadores afectados pela doença continuarem realizando esforços ao nível dos membros afectados.

Nesse aspecto, as condições de vida do grupo de risco nesta e noutras empresas do sector dificilmente lhes permite uma recuperação adequada: trata-se, como disse, de mulheres jovens, residentes em áreas fortemente industrializadas, com filhos menores a seu cargo e lares em que, apesar da igualdade constitucional de direitos e deveres entre homens e mulheres na vida familiar, as tarefas diárias de organização, limpeza, preparação de refeições e cuidados com os filhos recaem ainda, em grande parte, senão na totalidade, sobre o elemento feminino.

As mudanças sociais e de mentalidades são, por natureza, mais lentas que as alterações dos sistemas jurídicos. Reconhecendo o muito que ainda há a fazer em Portugal em termos de igualdade de oportunidades, confio na capacidade de todos nós - homens e mulheres, juristas ou não - para, através de uma maior consciencialização e

de um permanente esforço de melhoria, alcançarmos a concretização dos direitos que a Lei já nos reconhece e, simultaneamente, continuarmos a contribuir para o aperfeiçoamento do nosso sistema legal.

A abertura de espaços de discussão e partilha de ideias, de que esta acção da Comissão de Mulheres da UGT é exemplo, constitui, em minha opinião, uma das boas formas de alcançar tais objectivos.

2.3. SEMINÁRIO "AGIR E REAGIR - PREVENIR A VIOLÊNCIA CONTRA AS PESSOAS IDOSAS", PROMOVIDO PELA UNIÃO DAS MUTUALIDADES PORTUGUESAS

Lisboa, 9 de Março de 1999

Seja-me permitido, antes de mais, exprimir a especial alegria que sinto em participar neste Seminário que em mais uma boa hora a União das Mutualidades Portuguesas entendeu por bem realizar sobre uma matéria tão sensível e actual como esta que se prende com os problemas que actualmente se deparam às pessoas idosas.

O Homem está a envelhecer. Na Europa, as estatísticas confrontam-nos com o seguinte quadro: nos próximos quarenta anos a média de idade da população passará dos actuais 39 anos para os 46, enquanto a faixa etária das pessoas com mais de 60 anos passará dos actuais 21% para os 33%. Actualmente, estima-se que mais de 25% das pessoas acima dos 65 anos têm uma esperança de vida superior aos 80. A pressão sobre os sistemas de protecção social tem vindo, assim, a intensificar-se ultimamente, o que é explicado por uma série de factores demográficos, económicos e sociais:

- o aumento da população acima da idade oficial de reforma (65 anos) em relação ao número de pessoas em idade activa, prevendo-se, como referi, um aumento ainda mais pronunciado nos próximos anos;
- progressão nítida do número de homens entre os 55 e 65 anos economicamente inactivos;
- o aumento da idade média das pessoas com mais de 65 anos, o que intensifica a pressão ao nível dos cuidados de saúde e dos serviços sociais;
- o aumento pronunciado do desemprego de longa duração;
- a progressão considerável e contínua da proporção de mulheres com uma car-

reira profissional, o que tem por efeito aumentar a procura de apoio social ao nível do acolhimento de crianças e de idosos.

Não podemos falar hoje de uma idade padrão para definir uma pessoa como idosa. Como refere CLAUDE OLIEVENSTEIN, no seu muito recente livro "Naissance de la vieillesse", "a cronologia do nascimento da velhice ainda não está tecnicamente proclamada". Os problemas a que me referi, como o desemprego de longa duração, a reforma antecipada, as carências económicas e sociais, e, consequentemente, a inactividade e o isolamento, confrontam hoje muitas pessoas com uma velhice precoce ou antecipada que altera significativamente os dados do problema, o seu debate e a sua resolução por parte da sociedade.

Envelhecer é uma decorrência natural da vida. Envelhecer com saúde e com um mínimo de autonomia económica é um direito que deve ser assegurado a todo o cidadão no reconhecimento da sua liberdade e dignidade como pessoa. Falo de um envelhecimento sustentado, o qual depende, afinal, da solidariedade efectiva entre gerações, base da coesão social de uma sociedade democrática.

Ocorre-me, a propósito, o pensamento de JOHN RAWLS que, no seu livro "Uma teoria da Justiça", se refere ao princípio da fraternidade como um dos princípios enformadores do princípio da justiça e, nesse contexto, "comparada com a liberdade e a igualdade, a ideia de fraternidade tem tido um lugar mais importante na teoria democrática. É visto como um conceito menos especificamente político, que não define em si mesmo qualquer dos direitos democráticos, mas que transmite certas atitudes de espírito e formas de conduta, sem as quais perderíamos de vista os valores expressos por tais direitos". Para aquele filósofo do direito, a fraternidade implica necessariamente a amizade cívica e a solidariedade social.

Se pensarmos na família como uma micro comunidade social, veremos que na sua concepção ideal, e com frequência na prática, é onde o princípio da fraternidade mais facilmente é perceptível. De facto, a actividade dos membros de uma família, normalmente, visa a satisfação e a melhoria dos interesses dos restantes membros. Extrapolando, numa sociedade de bem-estar os que estão em melhor situação só devem desejar maiores vantagens num sistema em que tal beneficie os menos afortunados. Ou melhor, uma sociedade de bem-estar deve nortear-se por princípios de justiça social, em que os limites das prestações sociais e os seus potenciais beneficiários têm de ser definidos, não de acordo com a regra da generalidade e da abstracção, mas de acordo com a

regra da economia das necessidades e das possibilidades, no quadro de uma solidariedade social justa e equitativa.

No Estado Social de Direito, que caracteriza as modernas democracias europeias, o homem, a pessoa, o cidadão, deve ser, do início ao termo da sua vida, um centro irredutível de liberdade e de dignidade, devendo assegurar-se-lhe, por isso, uma igualdade equitativa de oportunidades.

À sociedade civil é exigido hoje, mais do que nunca, o despertar de uma consciência cívica e social que promova a justiça social, por natureza distributiva (mais, maiores e melhores prestações para todos os cidadãos que delas efectivamente careçam, ou seja, para os verdadeiros credores sociais) e não uma justiça comutativa do "tudo para todos".

Recordo aqui o lema escolhido para o Ano Internacional das Pessoas Idosas que em 1999 se comemora: "uma sociedade para todas as idades". Afinal, com grande oportunidade, pretendeu sublinhar-se a ideia de uma sociedade aberta a todas as gerações, uma sociedade sem guetos nem discriminações, uma sociedade fraterna e solidária em que todos, novos e velhos, de acordo com as suas necessidades e capacidades, poderão contribuir para o bem-estar de todos. A solidariedade social só é possível através de uma solidariedade geracional, sendo, também por isso, a outra face da dignidade pessoal do homem.

Este Ano Internacional das Pessoas Idosas desperta-nos, assim, para a necessidade de mudança, de transformação. Mudança de mentalidades e de atitudes, no seio da sociedade civil e ao nível do Estado e dos seus agentes, nomeadamente, tendo em conta uma nova concepção positiva e activa do envelhecimento, potenciadora do desenvolvimento da dignidade pessoal do idoso. Este não deve mais ser encarado como um fardo social e como tal tratado: alguém a quem se retira o trabalho (e por vezes a própria habitação) e a quem se paga uma pensão (não raras vezes modesta). Como se a solidariedade social se esgotasse na simples atribuição de uma pensão. Há que repensar a pessoa idosa como um cidadão na plenitude dos seus direitos, da sua liberdade e da sua dignidade pessoal, permitindo, incentivando e ajudando-o a ser útil, activo e independente até à idade mais avançada possível.

A dimensão dos problemas sociais decorrentes do envelhecimento da população exigem respostas novas, rápidas e adequadas, quantitativa e qualitativamente. Trata-se de uma exigência de qualquer sociedade democrática e solidária, para a concreti-

zação da qual todos somos chamados a contribuir, não isoladamente, mas numa perspectiva multidisciplinar.

Ocorre-me, a propósito, uma história sobre um pequeno gato preto e um enorme quarto escuro que alguém contou numa reunião científica com o propósito de explicar, de um modo simples e comunicativo, a metodologia das várias ciências, face à grandeza, complexidade e dificuldade dos problemas que têm para resolver. Assim: o Físico dizia que, após os avanços que conduziram às actuais noções de anti-matéria, a Física era trabalhar num enorme quarto escuro, à procura de um pequeno gato preto, situação que tornava tremendamente difícil encontrar o tal gato preto. Por seu turno, o Economista disse: curiosamente, a minha ciência também é trabalhar num enorme quarto escuro, também procuro um pequeno gato preto, mas com uma diferença essencial: é que o gato preto não existe. Por fim, o Sociólogo disse: tem graça, também eu, na minha ciência, trabalho num enorme quarto escuro, também procuro um pequeno gato preto que, a maior parte das vezes não existe, mas eu agarro-o!

Agradeço que me desculpem a menor pertinência desta pequena história, mas ela não deixa de encerrar alguma verdade sobre as dificuldades que a sociedade actualmente enfrenta para encontrar inovadoras respostas sociais para os novos desafios decorrentes do envelhecimento da população. Estes problemas também nos colocam num enorme quarto escuro donde é difícil vislumbrar a saída e a luz. Torna-se por isso necessário o conhecimento, a experiência e a imaginação das várias ciências e profissões para encontrar e agarrar o pequeno gato preto da história. Imperioso igualmente se revela, para o efeito, a conjunção de esforços do Estado e dos seus agentes com as organizações da sociedade civil que laboram na área social (instituições como a União das Mutualidades Portuguesas, as Misericórdias e outras instituições particulares de solidariedade social têm uma experiência de longos anos que não deve ser desconsiderada). O Estado deve, por isso, estimular e apoiar as iniciativas válidas provenientes destas instituições. Mas não pode nem deve demitir-se do exercício das suas responsabilidades políticas, intervindo sempre nas situações em que se verifique ausência de respostas sociais adequadas por parte da sociedade civil e adoptando medidas que promovam a inserção social dos idosos, desse modo combatendo a exclusão social.

Chegado a este ponto da exposição, será legítimo perguntar qual o papel do Provedor de Justiça na actual sociedade.

Para o esclarecimento desta questão darei a conhecer, seguidamente, os traços característicos da instituição "o Provedor de Justiça" , o seu regime, a natureza do órgão

e um pouco da sua actividade, sobretudo, no que concerne à defesa dos direitos de cidadania das pessoas idosas.

O Provedor de Justiça não é um órgão legislativo mas é nomeado pelo órgão com primado do poder legislativo (a Assembleia da República) e formula, como veremos, recomendações sobre matérias legislativas. Também não é um órgão judicial (pese embora o termo justiça se preste a alguma confusão), mas tem por função resolver conflitos que oponham os cidadãos aos poderes públicos. Não é, igualmente, um órgão administrativo, mas fiscaliza a actividade da Administração Pública. É um órgão do Estado, mas critica o Estado quando este atinge os direitos e interesses legítimos dos cidadãos.

Como definir, então, o Provedor de Justiça? A melhor forma de o fazer é recorrer à Constituição, cujo artigo 23º faz um retrato claro da instituição. Dispõe este artigo que:

> *"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 graciosos 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.*
>
> *4. Os órgãos e agentes da Administração Pública cooperam com o Provedor de Justiça na realização da sua missão."*

Como vemos, o artigo começa por referir que os cidadãos podem apresentar queixas ao Provedor. E não é por acaso. É que esta norma começa exactamente pelo que é mais importante: o Provedor existe porque é reconhecido às pessoas um direito fundamental que é o direito de queixa ou o direito de petição. E este é um direito tão importante que já há 50 anos integra a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Mas se assim é, o que é o que distingue dos outros órgãos através dos quais os cidadãos podem exercer o direito de petição?

Para o perceber, importa ter em conta os poderes do Provedor de Justiça. Aqui, podemos distinguir, por um lado, os poderes de intervenção e, por outro, os poderes instrumentais, ou seja, os meios de que dispõe para prosseguir os seus fins.

Tal como em todo o seu procedimento, o Provedor de Justiça não está vinculado a formas pré-definidas de intervenção. De todo o modo, as intervenções do Provedor são, na sua maioria, recomendações aos órgãos da Administração e iniciativas junto do Tribunal Constitucional.

As recomendações, como de resto a própria designação indica, não são coercivas ou vinculativas, pois, como vimos, o Provedor não tem poder decisório. Na sua maioria, trata-se de recomendações administrativas, isto é, dirigidas aos órgãos da Administração, com vista à alteração de decisões ilegais ou injustas.

Por exemplo, à Administração são dirigidas quase diariamente recomendações no sentido do pagamento de uma pensão ou de uma indemnização, a passagem de uma certidão ou a revogação de um acto que o Provedor entende ser inconveniente ou ilegal. E quando me refiro à Administração não se pense que a actuação do Provedor se dirige apenas a burocratas cinzentos que se escondem em repartições sombrias de ministérios ou câmaras municipais. Estão também os hospitais, as escolas, os transportes e as comunicações. Desde a mudança do percurso de uma carreira de autocarros até à melhoria de atendimento em centros de saúde e hospitais, passando pela remoção de obstáculos à mobilidade dos deficientes, tudo isto pode afectar a boa administração, a legalidade e os direitos dos cidadãos.

Por outro lado, temos as recomendações legislativas. Estamos certamente longe do tempo em que PASCAL afirmava que a justiça é o que se acha estabelecido, para concluir que as leis são justas pelo simples facto de estarem estabelecidas. Sabemos hoje que a Lei não é necessariamente justa nem a justiça se restringe à simples aplicação da Lei.

O papel do Provedor estende-se, então e também, à crítica da Lei injusta, no sentido de a revogar, alterar ou corrigir simples imperfeições.

Mas para que serve uma recomendação do Provedor de Justiça se ela não vincula a entidade visada?

Por estranho que possa parecer, este é o maior trunfo do Provedor de Justiça. As suas decisões são respeitadas, precisamente, por não estarem comprometidas. A sua força está na independência de quem as formula e na validade dos seus fundamentos.

Recorro aqui a S. Tomás de Aquino para distinguir as regras que são impostas coercivamente das regras que se impõem pela sua razão ou, no dizer daquele filósofo, entre os preceitos e os conselhos. A razão dos primeiros reside na sua autoridade, enquanto, nos segundos, a sua autoridade é a da própria razão. Permito-me assim dizer

que as recomendações formuladas pelo Provedor de Justiça se enquadram neste último domínio, ou seja, impõem-se não pela razão da autoridade, mas sim pela autoridade da razão.

São estes os poderes de intervenção do Provedor de Justiça. Vejamos agora quais os meios que o mesmo tem ao seu dispor.

Os poderes instrumentais são, sobretudo, a realização de inspecções, com ou sem aviso prévio, os inquéritos e investigações, e o poder de obter informações. O papel do Provedor na obtenção de informações é particularmente importante. Como vimos, a própria Constituição estabelece que os órgãos e agentes da Administração têm o dever de cooperar com o Provedor.

Pese embora todos os cidadãos terem legalmente assegurado o direito genérico de informação sobre a actuação administrativa, cabe ao Provedor, por um lado, fazê-lo respeitar e, por outro, assegurar a obtenção de informação útil, adequada e qualificada. Não raras vezes, infelizmente, a informação prestada pela Administração, nas suas distintas vertentes, não apenas é tardia como é também lacónica, obscura e pouco rigorosa.

Toda esta actuação do Provedor de Justiça se norteia por alguns princípios fundamentais, essenciais para completar o retrato da instituição. São eles: a independência; a informalidade; a observação de critérios de equidade; a confidencialidade e a gratuitidade.

A independência em relação ao poder significa que o Provedor não recebe instruções nem ordens do Estado. Embora seja um órgão do Estado, é independente dele, o que lhe confere maior autoridade e isenção.

Garantia essencial desta independência é o facto de o Provedor, embora eleito pela Assembleia da República, não poder ser livremente exonerado por esta, durante o seu mandato, nem dela poder receber quaisquer instruções ou orientações.

À informalidade referir-me-ei mais tarde, a propósito da intervenção do Provedor em assuntos relacionados com idosos. De todo o modo, importa para já reter que o Provedor recebe queixas e reclamações sem formalismo, por carta ou oralmente, sem impressos nem carimbos.

A observância de critérios de equidade significa que o Provedor de Justiça não se preocupa simplesmente em cumprir a Lei. O cumprimento da Lei é o mínimo que se pode exigir da Administração. Mas todos devemos exigir mais – exigir que esta não se agarre ao rigor das leis e a jogos de palavras para esconder falhas, omissões e injustiças.

Assim, procurar soluções equitativas é, sobretudo, procurar a justiça do caso concreto.

O Provedor de Justiça é obrigado a guardar sigilo sobre os factos de que tome conhecimento no exercício das suas funções, o que compreende, naturalmente, a identidade dos reclamantes. A sua revelação só é facultada no interesse do queixoso e apenas quando se mostre indispensável.

Por fim, a gratuitidade, condição essencial ao pleno exercício do direito de queixa, significa que não há lugar ao pagamento de quaisquer custas.

Chegados a este ponto da exposição, provavelmente que poderá ficar a dúvida sobre os pressupostos da intervenção do Provedor, ou seja, o que pode motivar a sua intervenção? Desde logo, a queixa (escrita ou oral) apresentada pelo cidadão. Contudo, o Provedor também pode actuar por sua própria iniciativa, independentemente de queixa.

Por fim, para completar o retrato da instituição, tenho que referir que o Provedor de Justiça não pode, por razões óbvias, desenvolver esta tarefa sozinho. Por isso, dispõe de um serviço – a Provedoria de Justiça. Este serviço, atendendo à diversidade e à complexidade das matérias que são objecto de reclamação, encontra-se dividido em seis áreas temáticas, uma das quais dedicada, nomeadamente, aos assuntos sociais (segurança social e saúde).

Interessará, agora, saber qual a intervenção do Provedor de Justiça no que respeita à população idosa.

O primeiro aspecto a sublinhar prende-se com o facto de o número de reclamantes idosos constituir, actualmente, o segundo grupo sócio-profissional com maior número de queixas apresentadas na Provedoria de Justiça.

Dos dados recolhidos resulta que cerca de metade das reclamações apresentadas pelos idosos respeita a matérias de segurança social, sendo que a maioria destas aborda questões relativas a pensões de aposentação ou reforma. Ainda quanto a questões de segurança social, não são de desprezar diversas reclamações atípicas, cujo traço comum é a situação de carência e isolamento em que os idosos se encontram.

E que resposta pode ser dada pelo Provedor de Justiça a este tipo de reclamações? Por outro lado, quais as dificuldades sentidas na resolução concreta destes casos?

Como já referi, a intervenção da Provedoria realiza-se, essencialmente, no domínio das relações dos particulares com a Administração. Esta função revela-se de especial importância no caso de grupos mais vulneráveis, como é o dos idosos, porquanto os serviços públicos nem sempre tomam em devida conta as características específicas

dos administrados. Isto é notório quando está em causa a simples obtenção de uma informação, poucas vezes transmitida aos idosos de forma que os mesmos a possam compreender.

Assume, assim, a Provedoria de Justiça o papel de interlocutor dos reclamantes junto da Administração, não só na defesa dos seus direitos, como também, sobretudo no caso de falta de fundamento das reclamações, explicando-lhes as razões dos actos e procedimentos da Administração. Neste último caso, contribui-se para uma certa pacificação das relações entre os idosos e os poderes públicos.

Este tipo de intervenção da Provedoria de Justiça nem sempre é inteiramente compreendida pelos serviços públicos. Mas, afinal, o que está em causa é o exercício do direito à informação e, por esta via, obstar à eternização de conflitos - tarefa a que os idosos por vezes se dedicam de corpo e alma.

Estas queixas em matéria de segurança social comportam também uma exigência acrescida para os Serviços da Provedoria, por imporem um tratamento célere e informal, ou seja, através de contactos telefónicos com as entidades públicas envolvidas. Não é por acaso que o Estatuto do Provedor de Justiça se refere, logo no artigo 1º, à possibilidade de utilização de meios informais.

Mas, mais uma vez, nem sempre este tipo de actuação informal é compreendido pelas entidades visadas que, com frequência, em situações de solução urgente, exigem o recurso a meios formais e burocratizados.

Por exemplo, quando um idoso se queixa de que está numa situação de total carência, com dificuldade de se deslocar ou quando refere que tem a seu cargo um filho deficiente adulto, que o agride, é necessário informar os agentes públicos responsáveis, com vista a uma actuação concertada. Ora, isto não se compadece com o envio de ofícios ou outros procedimentos burocratizados.

Noutros casos, a solução das situações concretas passa, sobretudo, por uma acção de mediação por parte da Provedoria de Justiça. Tome-se o exemplo de uma Câmara Municipal que decidiu demolir um bairro degradado, cuja população era maioritariamente idosa. As pessoas temiam que o realojamento as deslocasse para um local distante, o que implicaria a alteração profunda do seu modo de vida, sendo conhecidas as perturbações que tais modificações produzem na população idosa. Após audição de todas as entidades públicas competentes sobre o assunto, verifiquei que a actuação da Câmara não era ilegal, mas que se verificava uma falta de diálogo e de informação, so-

bretudo no que dizia respeito ao local preciso do realojamento, aos montantes das rendas e a outras questões de natureza social. Com vista à mediação daquele conflito, promovi a realização de uma reunião entre representantes da Câmara e uma comissão de moradores, tendo sido possível, através da prestação mútua de informações, chegar a um consenso.

Por último, cumpre responder à seguinte questão: tendo em conta a experiência da Provedoria de Justiça, que características mais comuns apresenta este tipo de queixosos?

Desde já, há que distinguir duas situações. Por um lado, a dos idosos que, por sua iniciativa, fazem chegar à Provedoria de Justiça as suas reclamações.

Estes encontram-se, em regra, no pleno uso das suas faculdades, o que lhes permite exercer livremente o seu direito de queixa. Trata-se de um grupo normalmente pouco confiante na entidade que lhe paga a pensão e da qual depende o seu sustento e que, por essa razão, canalizam grande parte das suas energias e tempo em "batalhas" contra aquela entidade. Daqui decorre a acrescida dificuldade de, por vezes, ser explicado que determinada pretensão não tem fundamento.

Mas se é certo que este primeiro grupo está no pleno uso das suas faculdades de modo a ser capaz de, por si, reclamar, não posso dizer que tenha pleno acesso ao exercício dos seus direitos de cidadania.

A experiência tem-me mostrado que as maiores desigualdades e, por isso, injustiças sociais não resultam da dificuldade de acesso aos recursos económicos mas da falta de informação. A pior carência não é a de meios, é a carência de informação.

Quantas reclamações recebemos de pessoas a quem foi vedada uma prestação de segurança social porque a requereram fora do prazo, ou por exemplo que não viram contados, para efeitos de reforma, 20 anos de trabalho prestado nas ex-colónias porque não souberam que, entre 1989 e o fim de 1994 esteve em vigor um Decreto-Lei que o permitiu ou, ainda, que fizeram uma opção errada quanto ao regime da sua pensão, simplesmente por nada entenderem do assunto.

Ora, se este problema se revela independentemente da idade, também é verdade que ele afecta especialmente quem, como os idosos, está afastado dos centros de decisão e dos veículos da transmissão da informação e quem, como eles, tem dificuldade de se deslocar, de se fazer ouvir.

Por essa razão, tenho pugnado pela divulgação pública de informação relativa ao exercício de direitos, sobretudo os sujeitos a prazo.

Por exemplo, recentemente mandei publicar anúncios na imprensa com vista à divulgação de um Decreto-Lei que permitiu a contagem de certo tempo de serviço prestado nas ex-colónias (aquele que deu origem a descontos para caixas de previdência de desconto obrigatório) direito cujo exercício dependia de requerimento a apresentar até 31 de Dezembro de 1998.

Por outro lado, e para aí vão as minhas maiores preocupações, estão os idosos que, por qualquer motivo, se encontram em situação de dependência e cujas pretensões me chegam, muitas vezes, por via indirecta.

Quanto a este grupo, mereceu a minha especial atenção a situação dos idosos internados em lares lucrativos que não reuniam condições mínimas de funcionamento. Estes casos revelaram-se especialmente preocupantes por os idosos se depararem com muitas dificuldades em verem respeitados os seus direitos mais elementares e, sobretudo, em denunciarem tais violações.

A experiência colhida nestas situações tornou notório o importante papel que cabe aos serviços de acção social e de saúde na divulgação e defesa dos direitos dos idosos.

Foi também tendo em atenção a maior vulnerabilidade deste grupo que entendi por bem instalar na Provedoria de Justiça, logo que reunidas as condições financeiras indispensáveis, uma linha telefónica gratuita para apoio às pessoas idosas. É sentida a falta de informação sobre os seus direitos e benefícios, nomeadamente, nas áreas da segurança social, saúde, acção social, habitação, obrigações familiares, acesso ao direito e aos tribunais, fiscalidade, equipamentos e serviços, etc.. Pretende-se, com esta "Linha", preencher a deficiência assinalada, oferecendo aos cidadãos idosos um meio de fácil acesso à informação, permitindo, desse modo, uma melhor salvaguarda dos seus direitos. Creio que a "Linha" poderá contribuir para uma mais activa participação dos idosos na vida da sociedade, tornando-se, assim, num veículo de elevado valor social e versatilidade no combate à exclusão social e, consequentemente, na promoção da dignidade pessoal do cidadão idoso.

Na nave do tempo, o Homem tem procurado sempre um sentido para a sua existência e para o seu futuro. O idoso tem um passado de trabalho prestado em prol da sociedade de bem-estar e esta deve-lhe, também por isso, um presente condigno e o direito a sonhar e a usufruir de um futuro sem incertezas.

2.4. CONFERÊNCIA PROFERIDA PELO PROVEDOR DE JUSTIÇA NA FACULDADE DE DIREITO DE COIMBRA, INTEGRADA NO CICLO DE CONFERÊNCIAS "PERSPECTIVAS DA REALIZAÇÃO DO DIREITO E DOS VALORES QUE ELE INTEGRA E VEÍCULANO INÍCIO DO TERCEIRO MILÉNIO"

Coimbra, 10 de Março de 1999

Excelências,

Quero agradecer em primeiro lugar o convite que me foi endereçado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra na pessoa do seu distinto Presidente do Conselho Directivo, Doutor António Avelãs Nunes. Em segundo lugar cumprimento todos os que aqui se encontram, nesta velha e notabílissima Universidade, para assistir a este ciclo de conferências.

I

1. Foi-me proposto que proferisse uma conferência falando da minha posição de Provedor de Justiça, das perspectivas da realização do Direito e dos valores que ele integra e veicula no momento em que, como membros da aldeia global, nos preparamos para dar os primeiros passos no séc. XXI.

A heterogeneidade do ou dos temas, ou se assim se entender a pluralidade dos tópicos a partir dos quais me é legítimo apresentar e compartilhar convosco algumas reflexões, impõe-me redobradas cautelas e até algum receio de não conseguir nesta minha exposição alcançar a nobreza de análise que os temas e, principalmente os destinatários aqui presentes merecem e me merecem.

Falar do Direito e da Justiça, e não se tomem estes termos como sinónimos, na perspectiva da sua realização para o séc. XXI, implica que não se adopte um discurso abrangente, nem se aposte numa visão generalizadora da sociedade e do discurso jurídico sobre ela produzido. Por outro lado falar do jurídico implica considerar toda a sua dimensão - a Ciência, o Legislador e o Juiz.

Falar das perspectivas do direito para o século XXI implica ainda uma delimi-

tação espacial e temática. O desenvolvimento do Direito no século XXI será concerteza diferente de região para região. O que irá ocorrer no mundo jurídico na África negra será diverso do que acontecerá no universo jurídico da União Europeia. Como diferente será a evolução no direito muçulmano. Não admira, e nada de mal há nisso.

2. Vamos assim posicionar-nos no ordenamento jurídico português não esquecendo a ordem jurídica própria da União Europeia da qual somos Estado-membro.

Por outro, lado a evolução do direito não é idêntica nos seus diferentes ramos. E a esta diversidade vamos ter de atender ainda que de uma forma resumida.

O que irá ocorrer na realização do Direito e dos seus valores é sempre de difícil adivinhação. E este exercício de futurologia é ainda mais problemático face ao actual estado do Direito e da Justiça. É que nos encontramos num tempo difícil de interpretar, onde coexistem ventos de sinal contrário.

Penso que nos deparamos hoje mais do que com uma crise da Justiça com uma crise de confiança na Justiça. Os cidadãos não se reconhecem no direito, na maior parte das situações ignoram-no, e as críticas às instituições jurídicas e judiciais são arrasadoras. As leis e regulamentos, elaborados por uma classe política cada vez mais fechada sobre si mesma, e utilizando uma linguagem hermética e excessivamente tecnicista, aparecem como um corpo normativo sem sentido, distante dos problemas reais das pessoas. Como se isto não bastasse assiste-se a um frenesim legiferante. Agora todos os problemas em concreto são resolvidos através de leis. O legislador hodierno é permeável aos interesses existentes na sociedade em vez de conduzir ele próprio as alterações e as mudanças nessa mesma sociedade. Esta instabilidade legislativa levou Sousa Franco no prefácio da última edição das suas lições de finanças públicas e direito financeiro a falar em "legorreia", ou para ser mais preciso, e cito " em diarreia legislativa". Segundo este professor esta situação "...mina o Estado de Direito, cria confusão quanto ao que é certo ou errado, justo ou injusto, enfraquece os direitos das pessoas, estimula o arbítrio dos poderosos e o incumprimento dos deveres, impossibilita a fixação da jurisprudência e a certeza das soluções".

Que interesses inconfessáveis são protegidos por estas situações? Interroga-se o cidadão comum, sem saber que nem o próprio jurista consegue abarcar todo este mar de transformações.

Considera-se pois urgente que no século XXI se desenvolva grandemente a teoria da legislação.

3. Não acreditamos na justiça, afirmam indignados alguns cidadãos no ecrã televisivo. Vamos fazer justiça nós mesmos, dizem. Não é difícil entender esta revolta. A utilização dos tribunais gera descontentamentos. A lentidão, o seu preço, o formalismo, fizeram do recurso aos tribunais um jogo caro e de resultados aleatórios. A sensação de impunidade que se gerou quanto a determinados sujeitos, regra geral os mais poderosos e os mais ricos, ou quanto a determinados tipos de crimes, leva a uma reacção negativa por parte dos cidadãos.

Assim os cidadãos não reconhecem o Direito como meio idóneo de organização social ou de resolução de conflitos.

É com base neste cenário e nestes sintomas que se pode perspectivar algo para os próximos tempos no âmbito da realização do Direito.

Sendo o Direito uma das ordens normativas que regula a sociedade não é este imune às condicionantes sociais, culturais e económicas que naquela habitam. Há hoje na sociedade, principalmente nas suas áreas urbanas e sub-urbanas, um persistente clima de desenraizamento e falta de solidariedade entre os seus membros, acompanhado de climas de violência gratuita, onde a droga, e os problemas laborais e familiares estão omnipresentes. Os valores que antes norteavam os cidadãos como Deus ou a família foram renegados para dar origem a um vazio de valores, em que apenas o fútil, o curto prazo, o hedonismo marcam pontos. Esta sociedade com uma feroz concorrência levanos ao cidadão egoísta com o único objectivo de enriquecer e gozar a sua vida, atropelando todos os outros. O poder é visto como canal de influências e de gestão de negócios. O poder político, sobretudo o Estado agigantou-se, lançando os seus tentáculos, os seus mil tentáculos na feliz expressão de Bobbio, em todas as direcções, acabando por cair na burocratização, funcionando como uma máquina de inércia.

O mais caricato desta situação é no entanto a anomia em que o Estado parece encontrar-se demitindo-se das mais elementares e básicas funções de protecção do cidadão anónimo. Para alem disto o crescimento das contribuições dos cidadãos para o Estado não foi acompanhado pela proporcionalidade dos benefícios que dele recebe. Há assim e recorrendo a Habermas, um déficit de legitimação do Estado.

II

4. É natural que os desenvolvimentos e as novas descobertas na sociedade no próximo século levem à explosão de novos ramos de direito, com ou sem total autonomia científica. De igual forma surgirão novas figuras contratuais, haverá a redescoberta

de outras, e a adaptação dos existentes ramos às novas realidades. Estamos convencidos do engrandecimento de alguns ramos de direito, que embora já existentes ainda não alcançaram em Portugal a importância que já adquiriram noutros países europeus. Dou como exemplo os direitos de autor, os direitos da propriedade industrial, e o direito dos valores mobiliários.

Penso no entanto que se podem apontar algumas ideias relativamente à alteração futura. Ou não teremos nós cidadãos deste final de século legitimidade para influenciar ou pelo menos tentar a evolução da ordem jurídica?

5. O que vai ser do Direito Internacional Público?

Com a globalização o Estado-Nação deixa de ser a única referência no sistema internacional, já que muitos problemas, alguns agentes económicos e as tecnologias de informação se encarregam de dimensionar as estratégias à escala planetária. De tudo isto resulta algo que recentemente José Manuel Pureza na sua dissertação de doutoramento destacou com eficácia, é que a globalização veio pôr em questão a soberania como peça teórica chave do sistema internacional. Não que com este autor se deva defender a morte do Estado e o anacronismo das soberanias nacionais. Aliás uma das marcas deste novo Direito Internacional é o de ele revalorizar a soberania considerando que a universalização da sociedade internacional leva a uma "releitura tónica" da soberania nas palavras daquele autor. Mesmo não sendo tão optimista, ou pelo menos não partilhando na íntegra desta posição, já que entendo que nalguns espaços regionais a soberania dos Estados que o integram tenderá a desaparecer dando lugar a uma soberania, chamemos-lhe assim, do próprio espaço regional, já compartilho inteiramente a posição daquele autor quando considera que um dos traços fundamentais do novo Direito Internacional consiste em este ser um direito materialmente justo. Ou seja, face a um desnível do poder dos diversos Estados soberanos considerando a sua formal igualdade na cena internacional, o Direito Internacional responderia agora, contrapondo a actual universalidade, com a solidariedade como valor guia. Daí este autor referir-se a um Direito Internacional da Solidariedade quando fala do património comum da humanidade.

6. E o direito penal internacional? Nomeadamente o direito penal europeu.

É sabida a disparidade existente entre os sistemas penais dos diversos países membros da União Europeia. Contudo, é necessário saber se a Comunidade pode prevenir melhor o fenómeno criminal do que os Estados-membros, o que levaria para ultrapassar a distorção provocada pela heterogeneidade dos sistemas penais nacionais, à

criação de um direito penal comunitário.

Existe um consenso bastante alargado em torno da ideia segundo a qual os Tratados, não conferem às instituições comunitárias o poder de legislar em matéria penal, ou pelo menos de sancionar directamente certas condutas com penas criminais.

Esta ideia encontra o seu suporte normativo no Tratado de Maastricht em que os Estados excluíram uma competência penal da comunidade embora tivessem manifestado a vontade de instituir uma cooperação mais intensa nesta matéria. Assim, sem a introdução de uma norma expressa que permita à União legislar em matéria penal, sob pena de anulação do acto pelo Tribunal de Justiça Europeu, é através da via tradicional dos acordos entre Estados que se pode intensificar a cooperação em matéria penal, nomeadamente reprimindo a criminalidade internacional grave, como seja o tráfico de estupefacientes, o terrorismo, a criminalidade económica. A par desta harmonização convencional ao nível legislativo só um maior empenho comunitário na perseguição dos infractores pode levar a bom porto a luta contra a criminalidade no espaço regional representado pela União Europeia.

Face ao exposto, dir-se-á não ser possível evitar uma desigualdade na aplicação do direito penal em todo o espaço europeu, embora esta resulte como um custo da preservação da identidade nacional nesse mesmo território. E é esta ideia que permite, sem violentar as especificidades nacionais, sustentar um núcleo comum para o direito e para o processo penal da Europa. No direito substantivo este substracto comum radica no ideal democrático-pluralista e no valor supremo da dignidade da pessoa humana, enquanto o processo penal europeu encontra o seu núcleo duro na procura da verdade material e no respeito incondicional dos direitos, liberdades e garantias dos diversos intervenientes da acção penal.

Aliás, estes princípios fundamentais do direito e processo penal europeus, mais não fazem do que aproveitar alguns dos ensinamentos da Convenção Europeia dos Direitos do Homem no tocante a estas matérias, texto este que representa em alguns dos seus preceitos, em sentido material, uma verdadeira Constituição penal a nível europeu.

Pretende-se assim evitar que no espaço comum da União possa haver, a exemplo dos paraísos fiscais, verdadeiros paraísos penais, ou pelo menos locais desse mesmo espaço em que a reacção penal seja diminuta ou diferenciada por comparação com o resto da União.

Se num dado país uma determinada conduta não é criminalizada (pense-se em determinadas formas de crime informático), mas o é noutro ou nos restantes países da

União, torna-se então evidente que o agente da infracção embora fazendo repercutir a sua actividade em todo o espaço comum, esteja contudo sediado naquele que lhe é mais favorável, ou por ausência de incriminação, ou por incriminação insignificante. E não nos podemos esquecer que na dissuasão do crime, é mais eficaz a redução drástica das expectativas de impunidade que a gravidade das penas.

São situações deste tipo que se devem pretender evitar no próximo século, ao mesmo tempo que se deve nivelar em toda a Comunidade a dimensão positiva da segurança. Não fará sentido actuar de maneira diferente sob pena de haver dentro do mesmo espaço comum diversas categorias de cidadãos, ou melhor dizendo cidadãos mais bem protegidos do que outros.

E fora do espaço europeu, ou melhor não o considerando enquanto tal, o que poderá ocorrer nas matérias criminais? Os tribunais penais internacionais conseguir-se-ão impor? Como serão resolvidas num futuro próximo situações como a actualmente existente com o general Pinochet?

7. Ainda dentro do campo penal há que dar especial relevo ao direito penitenciário. É gravíssimo o problema hoje existente no domínio das prisões. É a sobrelotação, é a falta de ocupação dos reclusos durante o cumprimento da pena, é a prisão como escola de crime ao ponto de pôr em crise a vertente ressocializadora que aí se pretende encontrar. E é mais recentemente mas com uma brutalidade impressionante o problema da saúde dos reclusos, nomeadamente o dos infectados com o vírus da sida e outras doenças infecciosas.

8. Sendo Portugal país integrante da União Europeia é de crucial importância o estudo, o conhecimento e o desenvolvimento do Direito Comunitário, ou com maior rigor segundo os juristas o Direito da União Europeia ou Ordem Jurídica da União Europeia. Torna-se importante por tudo, já que todas as matérias tem ou hão-de ter por fonte o direito comunitário seja ele primário ou secundário. Desde a organização política, à regulamentação económica, à política social, a políticas comuns, a aspectos fiscais e das finanças públicas de cada Estado, tudo hoje tem o seu assento no direito comunitário. Mas para lá desta importância que se sente e é visível, o direito comunitário irá de futuro condicionar e moldar certos ramos de direito de que se destaca o direito administrativo. Ainda recentemente o Professor Fausto de Quadros na sua lição para a agregação nos falou na nova dimensão do direito administrativo português em que, e cito, "...o direito comunitário, num movimento vertical, de cima para baixo, e ancorado no princípio

do seu primado sobre o direito interno, tal como a jurisprudência comunitária o construiu, penetra directamente no direito administrativo estadual, introduzindo neste alterações que os órgãos nacionais de criação e de aplicação do Direito ainda não quiseram ou, porventura, até rejeitam". Ora, esta europeização dos direitos administrativos nacionais, tem sido levada a cabo de modo particularmente notável no quadro da protecção jurídica do particular, ou seja, "...da garantia pelos tribunais nacionais dos direitos subjectivos que o direito comunitário confere aos cidadãos dos respectivos Estados membros". Assim é que o citado professor demonstra a sua tese recorrendo a um dos instrumentos mais importantes desta europeização: o das providências cautelares.

9. Imperioso se torna dar nos tempos futuros a merecida dignidade e o tempo de estudo a tal necessário no que ao direito eleitoral diz respeito. É através deste ramo de direito que o povo (titular do poder mas impossibilitado de exercer o governo), define a sua vontade política. Aliás o fenómeno eleitoral surge associado a uma das mais nobres ideias dos regimes democráticos, a de escolha do titular ou titulares de um determinado cargo por meio de voto, pressupondo esta escolha a existência de uma pluralidade de opções que constitui o respectivo objecto.

10. No século XXI torna-se imperativo dedicar a máxima atenção aos problemas do direito biomédico. São questões éticas que devem em último recurso fundar as opções dos juristas. De facto em tudo o que diz respeito ao conhecimento e às possibilidades de intervenção sobre o homem como ser biológico tem havido avanços extraordinários nos tempos recentes. À colação são chamados aqui conhecimentos de sociologia, de ciências médicas, de biologia, de ética e de direito. Refiram-se aqui alguns dos assuntos que entroncam nesta matéria: o estatuto do embrião, a esterilização, o diagnóstico pré-natal, a manipulação genética, a procriação artificial, a crioconservação, as mudanças de sexo, os transplantes de órgãos e tecidos, a clonagem, a eutanásia, o estatuto do cadáver.

Com referência ao contrato de gestação em que alguém já chegou a falar de um mercado de bebés, são enriquecedoras as palavras de Guilherme de Oliveira, que a propósito do tema refere "...o pagamento da gestação e da entrega do filho traduz-se numa coisificação da pessoa, numa degradação da pessoa e, por isso, contrário à pessoa humana." Aliás, pouco faltaria, ainda segundo este professor, para que se "...admita a publicidade dos melhores bebés aos mais baixos preços, para que se admitam promoções quando houver excedentes, vendas em segunda mão com preço mais baixo ou mais baixo consoante tenha havido benfeitorias no bebé ou depreciação dele, por qual-

quer causa (...) ou que se venha a formar um escalonamento de preços consoante a raça do bebé."

Faz-se nossa a conclusão de Guilherme de Oliveira "É possível que a afirmação de que o homem está fora do comércio jurídico não passe de um preconceito, mas será daqueles cuja eliminação tem vantagens muito duvidosas, qualquer que seja o propósito dos seus oponentes."

Em 1997, foi aprovada nas Nações Unidas a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem em que se proclama o genoma humano e a informação nele contida, património comum da humanidade. Repare-se que para o direito internacional algo de novo se passa, não só a pessoa humana é sujeito de direitos, como também a humanidade, presente e futura, passa a ser sujeito de direitos.

Todas estas boas vontades podem, contudo, esbarrar nos perigos que significam para a humanidade a "apropriação" por parte de multinacionais de conhecimentos científicos resultantes das suas investigações com o intuito de vencer as concorrentes e conseguir melhores resultados designadamente económicos. É algo com que temos de nos preocupar, já que as bem intencionadas declarações de princípios não evitam aquelas acções.

De tudo o que se disse acerca da temática do direito biomédico resulta igualmente claro a importância e o papel primordial que tem e vai assumir nos próximos tempos dos estudos interdisciplinares.

11. Igualmente merecem destaque quanto à sua evolução futura em Portugal os Registos e o Notariado. Sempre tratados como parentes pobres no mundo jurídico estas duas áreas de intervenção têm causado sérias dores de cabeça a quem deles no dia a dia precisa de recorrer, sem que em certas situações se consiga vislumbrar o fundamento de tal posição. Algo tem de ser feito com urgência nesta matéria.

12. Destaco ainda o ramo do direito fiscal em todas as suas dimensões. A reforma do sistema fiscal tem de se realizar mas não em fracções, mas sim na sua globalidade. Os recentes diplomas como a Lei geral tributária, o regime do procedimento de inspecção tributária, ou as anunciadas medidas no processo tributário, não chegam. É necessário alterar os regimes das infracções fiscais, quer aduaneira, quer não aduaneira. É fundamental alterar o funcionamento dos tribunais fiscais. Acima de tudo é urgente que o sistema fiscal se torne justo. Mas que se torne justo no concreto, para cada um dos contribuintes individualmente considerados, e não apenas como pregão político re-

petidamente enunciado mas não concretizado. A luta contra a evasão e a fraude fiscal têm de ser objectivo primeiro no próximo século. É chocante que, face à actual carga fiscal existente no nosso sistema, os benefícios que daí se retiram sejam poucos, e que seja apenas uma determinada faixa de contribuintes que cumpre as suas obrigações fiscais. Este estado de coisas só resiste porque há complacência de vários poderes públicos. E mais não digo.

13. Visível sobretudo desde as últimas décadas a acção de vários grupos de pressão, Ordens profissionais e outros grupos que reivindicam uma parte do poder do Estado utilizando o estratagema de defenderem, não interesses de grupos, mas sim interesses públicos. A par destes comportamentos que reflectem uma excessiva titularidade de direitos do Homem por parte de entidades e organizações colectivas, os referidos grupos reivindicam uma posição de domínio senão mesmo de exclusivo em certos direitos fundamentais.

No fundo a igualdade de cidadania é hoje posta em causa pelas mais subtis e sofisticadas formas de lobbying, ou pelas situações privilegiadas a que apenas os membros de algumas "corporações" têm acesso. Cada vez mais a maioria dos cidadãos não tem acesso aos locais onde são tomadas a maioria e as mais importantes decisões. Para lá dos problemas políticos daqui decorrentes e que por si só justificam esta chamada de atenção, todas estas situações levam àquele que poderá ser um dos ramos mais importantes no século XXI, o do Direito dos consumidores.

Na sociedade actual o acto de consumir é natural ao próprio ser humano, e não me refiro apenas àquelas necessidades que derivam do Homem existir enquanto tal, mas também a todas aquelas que são criadas pelo próprio Homem porque se tornaram habituais na sua vivência diária, até aquelas necessidades que na expressão de alguns autores são artificialmente criadas. Os problemas relacionados com a publicidade; com o crédito ao consumo; com as vendas não convencionais como sejam as realizadas fora de estabelecimento, as vendas à distância, vendas forçadas, vendas em cadeia; a protecção penal do consumidor. Todas estas matérias, dizíamos, implicam quanto a nós um grande respeito pela protecção que podem conseguir dar aqueles que na sociedade constituem regra geral a parte mais fraca ou que são potenciais alvos de agressivas técnicas de persuasão de profissionais competentes.

Intimamente relacionado com esta matéria encontra-se a das condições gerais de negociação que representam já hoje um dos grandes pilares do contratualismo moderno. A segurança dos cidadãos em áreas de grande pressão negocial como sejam a da

banca e a dos seguros implica restrições negociais e controle apertado dos comportamentos destes agentes económicos.

14. O discurso sobre os direitos humanos representa hoje em dia um dos mais problemáticos que se pode observar. A sua importância e a sua violação em quase todo o mundo, embora em graus diferentes, leva-nos a considerá-los como um dos objectos de análise pela comunidade jurídica. Quase sempre a roçar a retórica inflamada e o fundamentalismo oco, o discurso sobre os direitos humanos é infelizmente um exemplo das modas recentes em que a teleologia do apregoado, muitas vezes com o seu quê de ritualismo e simbolismo, não acompanha o mundo real; ou seja a concretização dos direitos humanos não se efectiva nos cidadãos reais.

Aparentemente nada faria supor esta separação entre aquilo que é defendido e o que se detecta no terreno. Nunca se falou tanto de direitos humanos e de direitos fundamentais, nunca tantas e tão diversas realidades foram erigidas à categoria de direitos humanos. No entanto nunca os princípios neste domínio defendidos se encontraram tão longe da realidade, e nunca houve notícias de tantas e tão drásticas violações aos direitos humanos, podendo com algum cinismo afirmar-se que a quantidade que caracteriza o conteúdo do discurso sobre os direitos humanos mais não representa que a desculpabilidade de nós próprios face às nossas consciências, camuflando assim a intranquilidade das mesmas.

É necessário questionar o universo dos direitos do Homem, que se tem alargado e complexizado, para melhor se poder entender a efectividade da protecção daqueles.

Quais são os direitos do homem? Quais são os direitos fundamentais? A estas questões simples contrapõe-se uma resposta complicada e nada uniforme. O catálogo dos direitos do homem alterou-se com os tempos. À inflação dos direitos fundamentais de que falam alguns autores acresce a complexidade dos mesmos, correndo-se o risco da banalização destes. Característica actual destes direitos é a sua internacionalização, resultado aliás da globalização, sobretudo visível no domínio económico e jurídico.

Tomando em análise os denominados direitos da terceira geração como os ecológicos, estes caracterizam-se por uma grande diversidade, quer nas matérias que vão desde os que se prendem com a utilização da informática, com o desfrutar do património cultural, até ao direito dos povos à paz e ao desenvolvimento; quer uma grande diversidade no que concerne ao seu grau de execução e consolidação práticas. Apre-

sentam ainda estes direitos um carácter poligonal ou multidimensional, quer dizer apresentam na sua estrutura uma grande diversidade de titulares activos, de destinatários e de conteúdos.

Ao lado destas camadas de direitos começa hoje a falar-se das "novas liberdades", desencadeadas pelas novas tecnologias, uma espécie de direitos universais no tempo, cujo paradigma seriam os direitos das gerações futuras ou, com mais criatividade, os direitos dos animais e os direitos das plantas que se traduziriam numa espécie de solidariedade interespécies. São estas manifestações de fundamentalismo no campo dos direitos humanos que levam a um descrédito e a uma vulgarização dos mesmos com prejuízo da efectivação plena e séria dos direitos da primeira geração e de alguns da segunda.

O que é anormal é a expansão do catálogo dos direitos do Homem até quase ao infinito ser acompanhada por uma forte limitação na efectivação dos direitos fundamentais mais clássicos. Tal tendência deve-se sobretudo a uma intermediação burocrática de cariz administrativo que provoca o cerceamento, ou mesmo a inviabilização do seu exercício.

Das várias traves mestras que quanto a nós devem suportar a construção dos direitos do homem no futuro século, uma há que merece realce e que diz respeito ao carácter concreto e não abstracto dos direitos. Ou seja, a consagração constitucional do conteúdo dos direitos fundamentais do homem deve ter presente as condições da sua efectivação real, do seu concreto exercício. Os direitos do Homem devem servir o homem concreto e não algo de abstracto ou estereotipado.

Com efeito, é hoje visível que o discurso acerca dos direitos fundamentais só fará algum sentido se no dia a dia, o homem em concreto, puder deles usufruir. Este mesmo entendimento foi defendido e incentivada a sua difusão no colóquio realizado no início de Setembro passado próximo em Estrasburgo, promovido pelo Conselho da Europa, com o objectivo de comemorar os cinquenta anos da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Aliás este colóquio adoptou o sugestivo título "A efectividade da protecção dos direitos do homem".

15. No nosso futuro imediato e, conexionado com a matéria dos direitos fundamentais, vamos encontrar o que se costuma designar por direitos sociais de cidadania. Estes direitos e recorrendo a João Carlos Espada, implicam pretensões relativamente a determinados bens sociais, económicos e culturais, tais como, educação, segurança social, habitação, cuidados de saúde e, de um modo geral, um nível de vida considerado

decente. Embora ainda envoltos num cepticismo, estes direitos deverão alcançar no próximo século o reconhecimento que neste século alcançaram os direitos tradicionais.

16. Os tradicionais cenários dicotómicos de que o direito é rico tenderão num futuro próximo a perder a importância que actualmente ainda revestem. Mais do que nos prendermos em discussões acerca do positivismo e do jusnaturalismo importará investir nos alicerces que legitimam o Direito e o Estado. Os contributos de John Rawls, Robert Nozick, Niklas Luhmann, Norberto Bobbio, Jacques Derrida, Juergen Habermas, entre outros, embora apresentando posições de sinais divergentes entre eles, tem ajudado a redefinir o problema da própria legitimidade do Direito.

17. De igual forma assumem-se de uma importância cada vez mais crescente, dir-se-ia mesmo como assunto intemporal diariamente redescoberto e repensado, os estudos acerca da metodologia jurídica e do aproveitamento que o Direito faz da hermenêutica filosófica, onde nos últimos tempos os nomes de Hans-Georg Gadamer, Herbert Hart, Ronald Dworkin e, entre nós, Castanheira Neves, são referência obrigatória.

18. A função do juiz e o papel da jurisprudência na criação e ou aplicação do direito, bem como a concatenação do poder judicial com os outros poderes merece ser pensado neste início de século. Não que não o devesse ter sido já de uma forma mais enérgica do que por vezes ligeiras tomadas de posição deixaram antever. Desde a formação dos magistrados, à sua actuação dentro dos tribunais e ao seu relacionamento com outros poderes, bem como com a própria comunicação social e cidadãos em geral, tudo tem de ser revisto. As concepções corporativistas, seja em que actividade for, com um entendimento fechado dos problemas, não fortalece a confiança na justiça, não estimula à cooperação com ela, e mais importante não resolve os concretos e reais problemas dos cidadãos. Não se pode esquecer que existe um serviço público de justiça e que a magistratura integra esse serviço. Dentro desta matéria destaco uma que terá de ser rapidamente resolvida sob pena da descrença total no sistema da justiça. Refiro-me aos atrasos judiciais. Diariamente chegam à Provedoria de Justiça queixas de cidadãos relativas a atrasos judiciais. Desde que exerço estas funções, mas com mais ênfase desde 1995, que tenho formulado recomendações aos diversos Conselhos Superiores dos Tribunais sobre este tema. Salvo a resolução em concreto dos processos que deram origem às recomendações, em sede geral, os resultados não têm neste campo sido famosos.

Com a vida muito mais rápida do que há alguns anos atrás, não se pode esperar anos por uma decisão do tribunal. A obtenção de uma decisão judicial em tempo razoável constitui um elemento imprescindível para a concretização do direito fundamental de acesso ao direito e aos tribunais, integrando um direito geral à protecção jurídica. A prolação tardia da decisão judicial pode inutilizar não só os direitos invocados como ainda os instrumentos de protecção destes direitos disponibilizados pela ordem jurídica. Mas, mesmo quando não inutiliza completamente a possibilidade de concretização deste direito fundamental, o adiamento da decisão constitui uma forma de suspensão do mesmo, sustentando durante a sua pendência uma situação de ofensa potencial de direitos e interesses legítimos e de insegurança jurídica, que se pretende afastar com a tutela do bem jurídico ali presente. Todas estas considerações são proferidas tendo em conta as vicissitudes que possam ter ocorrido na tramitação do processo judicial, nem contestando o volume de serviço eventualmente pendente no Tribunal e dando a devida importância à eventual complexidade do acto judicial a praticar. Interessa é impedir um excesso de pendência, capaz de afrontar o conceito de prazo razoável e assim configurar uma violação de um direito fundamental.

19. Penso que uma das características se não de todo o século XXI, pelo menos dos seus tempos primeiros, diz respeito ao reforço da participação dos cidadãos, no processo de tomada de decisões, quer política, quer administrativa. Aprendendo com a lição de Tocqueville, é necessário que o cidadão se sinta ligado aos interesses do seu país como se se tratasse dos seus próprios interesses. Para lá deste vincar da democracia participativa creio que surgirá em força uma participação activa das populações na defesa dos seus direitos e interesses. As iniciativas populares de âmbito local tendem a crescer, o que se compreende face ao grau de conhecimento e de informação que actualmente todo o cidadão tem. Sejam estas iniciativas corporizadas através de associações de defesa dos interesses em causa, seja de forma espontânea e formalmente não organizada, seja recorrendo a instâncias autónomas e independentes do poder político, como é o caso do recurso ao Provedor de Justiça. Ou seja as formas clássicas da participação do cidadão na condução da vida política do Estado tendem a ser desvalorizadas em favor de uma intervenção mais directa, mais sentida, e como tal de resultado mais palpável. Além da desconfiança nos órgãos de poder político sente-se aqui a vontade de suprir o distanciamento cidadão-poder que decorre da forma representativa de consagrar a democracia. Pode falar-se aqui da acção popular, ou até de formas de contestação popular à incrementação de medidas pelo poder político. Mas formas essas que face a bens jurí-

dicos como a saúde pública, o ambiente, a qualidade de vida ou a degradação do património cultural, não se restringem às tradicionais manifestações de rua, antes enveredando por outras formas de contestação que podem levar à instauração de acções judiciais ou forçar os representantes eleitos a propor medidas ou alterações a medidas legislativas.

Todas estas formas de defesa de interesses colectivos ou difusos, seja de uma forma organizada em associações de defesa desses interesses, seja de uma forma espontânea e não estruturalmente organizada tendem, quanto a mim, a aumentar de intensidade nos próximos tempos.

20. A proliferação de cursos de direito na última década em Portugal leva a que tenha de se equacionar qual o seu verdadeiro valor. Não se negam as vantagens do ensino superior privado nem os benefícios que podem advir da existência de uma sã concorrência entre várias faculdades de direito. O que já se questiona é a inexistência de diferentes Faculdades de direito. Ou seja as várias Faculdades existentes alinham quase todas pela mesma cartilha, sendo os programas de curso quase idênticos em todas elas. Há pouca especialização, há algum atraso ou receio de introduzir novas disciplinas e nalgumas delas a Faculdade de direito resume-se ao próprio curso em si. Não há investigação, não há mestrados ou doutoramentos, muitas nem tem aquilo que podemos designar de biblioteca. Toda esta situação, de que não se pode isentar de culpa o próprio Estado, ou seja todos nós, gerou a massificação do próprio ensino do Direito com a perda de uma noção de elite que antes era visível neste mundo. Os licenciados em direito multiplicam-se, e a má preparação de alguns (muitos) leva à perda do prestígio por parte de todos. O desemprego de licenciados em direito, o desempenho por parte de juristas de funções que nada ou pouco tem que ver com o seu curso, leva à criação de uma mão de obra barata e socialmente pouco dignificante.

Torna-se necessário que a constante proliferação de cursos de direito cesse e que os existentes sejam objecto de uma selecção natural que leve a um ranking tal como se passa na restante Europa e na América. A dignificação e o reconquistar da confiança no Direito também passa por aqui.

21. Um dos problemas que irão atingir os estudiosos do direito em particular e os cidadãos em geral no século XXI é o que diz respeito à matéria da segurança. Entendida nos moldes tradicionais, ou seja na sua dimensão negativa, como forma de reacção, a segurança funciona, nestes termos, como uma garantia para a vítima de um crime

ou de uma outra qualquer agressão. Garantia essa que é extensível a toda a comunidade pelo efeito de prevenção que produz. Trata-se assim de a segurança funcionar como meio de repressão do ilícito.

Ora o que pretendo aqui acentuar é a outra faceta, ou seja, a segurança enquanto meio de evitar a agressão; de impedir o nascimento do ilícito.

É nesta dimensão positiva que a segurança ganha um novo alento e, quanto a nós, melhor protege o cidadão. Talvez não seja tão visível ou, melhor dizendo, tão mediática, mas é concerteza mais eficaz e a longo tempo mostrar-se-á mais acertada.

Aquilo que se pretende, o que o Estado deve proporcionar aos cidadãos, é não tanto o ressarcir uma ofensa cometida, o que também é importante, mas criar condições para que estas nem sequer se verifiquem.

A segurança assim entendida traduz-se no direito de exigir ao Estado prestações positivas que tutelam e garantam a liberdade do cidadão.

Não se esquece que esta metodologia pode não ser compatível com calendários eleitorais de curto prazo, a que hoje, quer se queira, quer não, todos os governos das democracias actuais estão atentos.

Acresce que algumas dificuldades podem ser detectadas ao apontar-se este caminho. Assim, ao privilegiar-se este plano positivo de actuação da segurança como o mais útil aos cidadãos, tem que obrigatoriamente admitir-se um alargamento do leque de matérias que são tocadas por este conceito de segurança. O direito à vida e à integridade física e moral, o direito à privacidade, o direito à integridade, o direito à dignidade e até o próprio direito de propriedade. No fundo tudo o que possa beliscar com a normal e sã convivência dos homens em sociedade.

Assiste-se actualmente a uma mudança de hábitos que faz perigar a segurança activa de que atrás falei. Tal mudança explica-se pela expansão da vertente internacional do crime e da sofisticação dos meios empregues pelos agentes criminosos. O poder económico dos grupos que operam no tráfico de estupefacientes, a inserção social e os altos conhecimentos que desfrutam aqueles que estão ligados ao branqueamento de capitais e ao crime informático, obrigam a um reforçar a segurança, diria mais, a repensar a eficácia que deve ser conferida pela vertente activa e não reactiva da ideia de segurança.

III

22. Intencionalmente deixo para o fim a função do Provedor de Justiça, ou

melhor o seu papel, o seu contributo para o século XXI. 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. Embora estando por Lei obrigado ao princípio do sigilo posso contar-vos alguns casos ocorridos onde é visível a diferença entre ser unicamente Provedor da legalidade ou ser Provedor da Justiça. Quando a desgraça bate à porta de algumas famílias, ficando estas sem a casa de habitação, devido a um incêndio ou a fortes temporais, já se conseguiu na Provedoria de Justiça que algumas Câmaras Municipais viessem a atribuir casas a essas famílias mesmo sem estas estarem inscritas no PER (Programa Especial de Realojamento). A primeira resposta é sempre negativa. A autarquia não dispõe de casas e os fogos que vai dispondo destinam-se à ocupação pelos inscritos no PER. De acordo com a Lei estrita assim é. Mas com persistência e a boa vontade de alguns vereadores, há que reconhecê-lo, lá se tem conseguido nas situações humanamente mais carenciadas encontrar um tecto para aquelas famílias.

É este espírito que tem de continuar para o século XXI. O Provedor tem sempre que actuar como um Provedor de Justiça.

Prevejo que de futuro o Provedor de Justiça venha a assumir mais fortemente a sua função de mediação. Em vários conflitos laborais, mas não só, exerceu ultimamente o Provedor de Justiça a sua tarefa de concertação social. A tendência é de aumentar os esforços neste domínio. Primeiro, porque a isso tem sido chamado por vários reclamantes a um ritmo crescente. Depois porque a tal participação popular no processo de tomada de decisões de que já vos falei, leva como consequência a uma maior intervenção do Provedor de Justiça na sua função de mediação.

Uma das áreas de forte crescimento da actuação do Provedor de Justiça para o próximo século diz respeito à dos direitos dos consumidores. Para alem do que sobre isto já se disse em teor geral refira-se que o Estatuto do Provedor de Justiça foi ultimamente alterado permitindo agora, e de acordo com o número dois do seu artigo segundo, incidir em relações entre particulares que impliquem uma especial relação de domínio, no âmbito da protecção de direitos, liberdades e garantias.

Aliás e aceitando o desafio lançado na sessão comemorativa do vigésimo aniversário do Provedor de Justiça, em Novembro de 1995 na Assembleia da República,

por um professor desta casa, o professor Gomes Canotilho, o Provedor de Justiça deverá ser extrovertido. Disse este mestre do Direito Constitucional a propósito do efeito horizontal dos direitos, liberdades e garantias que se o Provedor de Justiça surgiu para proteger os cidadãos contra as ilegalidades e injustiças do poder, se a sua missão principal, nos termos constitucionais e legais, é a defesa e promoção dos direitos, liberdades e garantias e dos interesses legítimos dos cidadãos contra actos ilegais e injustos dos poderes públicos, porque não também deslocar a sua intervenção para o campo das relações jurídico-privadas, já que aí se registam momentos de crise quanto à defesa de direitos, liberdades e garantias.

Os ombudsman devem contribuir ainda com mais empenho para o aumento da esfera de protecção e tutela jurídica dos cidadãos levando o controle da Administração a áreas que lhes escapam.

De um ponto de vista internacional há que reforçar o peso das várias organizações de Ombudsmen enquanto órgãos de pressão dos vários poderes existentes, no sentido de estes respeitarem e fazerem respeitar os vários direitos dos cidadãos. Posso dar-vos um exemplo. Alguns Provedores de alguns países da América Latina debatem-se com enormes dificuldades, nalguns casos com risco de vida, e a solidariedade obtida em reuniões internacionais, bem como as recomendações enviadas aos governos destes países por estas organizações tem servido para evitar nalguns casos o pior. E o pior pode ser a extinção do Provedor nesses países, a sua recondução a um comissário governamental ou, pura e simplesmente, eliminar fisicamente o Provedor para aí colocar alguém afecto ao governo. Pode-se falar no Panamá, na Colômbia ou no Peru.

Noutros casos estas Organizações conseguem levar os países da sua área de influência, mas que ainda não possuem Provedor, a criar esta figura de defesa dos direitos do homem. É o que dentro da zona da América Latina a FIO - Federação Internacional de Ombudsmen da América Latina, pretende com o Chile, Brasil, Nicarágua e Paraguai.

É importante que a experiência de cada um de nós - Provedores - enquanto defensores dos direitos do Homem, possa ser aproveitada e ajudar a situação nestas democracias emergentes, a sua governabilidade e a consolidação do pluralismo neste espaço onde a pobreza e a dívida externa são indicadores de peso.

Na área da Europa merece que sobressaia a relação entre os diversos Provedores nacionais, que com frequência realizam encontros entre si, e a actuação do Conselho Europeu e das Nações Unidas que na matéria da protecção dos direitos humanos tem sempre contado com a participação dos Provedores nacionais.

De igual modo com grande importância merece destaque a actuação do Provedor de Justiça Europeu e a sua articulação com os diversos Provedores nacionais. Com certeza será este, na área internacional um dos maiores pólos de desenvolvimento do próximo século a nível de Provedores de Justiça. Com efeito o Provedor de Justiça Europeu instituído pelo Tratado da União Europeia, foi pela primeira, e até agora única vez, eleito em 12 de Julho de 1995, tem como finalidade intervir nos casos de má administração na actuação das Instituições ou órgãos comunitários.

A proliferação da figura do provedor com funções sectoriais tem sido visível em Portugal nos últimos tempos. Primeiramente algumas empresas privadas e depois nas públicas o fenómeno da criação de provedores instalou-se. Por último, é dentro da área do governo que têm surgido notícias acerca da multiplicação deste fenómeno.

Mas esta situação pode induzir em erro os cidadãos já que poderão ser levados a pensar que estes provedores, e por causa da sua designação, são semelhantes ao Provedor de Justiça. A verdade é que não o são. São meros funcionários cuja função é de fazer o chamado "controlo interno" na própria Administração.

Fora da área do governo os provedores existentes em algumas empresas, sejam elas privadas ou públicas tem tido uma actuação pouco empreendedora e por vezes tendenciosa que pode mesmo denegrir a imagem do Provedor de Justiça. São raras as reclamações cuja razão seja por estes provedores atribuída aos reclamantes.

Pode mesmo dizer-se sem exagero que as tradicionais caixas de reclamações existentes nestas empresas foram na era da publicidade substituídas pelos provedores.

Face ao que se afirmou, a questão que tem de se colocar trata de saber qual a vantagem acrescida para os cidadãos da criação destes agentes. Por princípio, considera-se desnecessário o surgimento de uma figura cujas competências se encontrem totalmente consumidas nas do âmbito das do Provedor de Justiça, com a agravante de nem sempre ser fácil para os particulares distinguir a natureza de cada um dos órgãos.

Julgo que nos próximos tempos deverão crescer em número e espero que em aceitação por parte dos nossos governantes, sejam eles quem forem, as inspecções realizadas pelo Provedor de Justiça. Só através desta forma de actuação no terreno se consegue por um lado sistematizar todas as reclamações recebidas numa determinada área de actuação e, por outro, só com esta forma de trabalho se consegue fazer um levantamento e consequentemente ter uma visão total de determinada matéria. Recordo aqui das várias inspecções que já realizei, as respeitantes às repartições de finanças, aos hos-

pitais, ao Instituto de Reinserção Social, e às prisões sobre as quais acabo de divulgar os resultados já de uma segunda inspecção.

Por último direi que se torna necessário uma maior divulgação da figura e das funções do Provedor de Justiça. Não que na Provedoria não haja um número de queixas suficientes. Bem pelo contrário, aliás nos últimos seis anos as reclamações quase triplicaram. A divulgação que vos falo diz respeito àquela que deve ser feita como fazendo parte da educação básica de qualquer cidadão. É que num Estado de direito democrático o ensino das liberdades e dos direitos cívicos torna-se essencial.

Ainda com respeito à divulgação da actuação do Provedor diga-se que, no futuro, tal como actualmente, o Provedor terá muito a ganhar com a ajuda da comunicação social. Diga-se no entanto que das milhares de reclamações que anualmente chegam à Provedoria só uma ínfima parte vem ao conhecimento público.

Alguns casos são públicos, já que devido à sua natureza ou à qualidade dos seus intervenientes, a comunicação social deles fez eco. Outros não o são, mas são estes os casos de que mais me orgulho. Aqueles que não merecendo os holofotes da Comunicação Social, são diariamente tratados e resolvidos na Provedoria, por vezes como última réstia de esperança de quem em nada mais acredita e em nada mais confia. É na resolução do caso concreto, e na alegria e respirar de alívio do reclamante vitorioso, que todos aqueles que trabalham na Provedoria de Justiça encontram o catalisador e o reforço de energias necessário, face ao embate diário das queixas e reclamações recebidas.

Minhas senhoras e meus senhores,

23. O que irá ocorrer no dia de amanhã não sabemos nós. Porquê então esta presunção de saber o que irá ocorrer até ao ano 3000? O que pensará no final do século XXI alguém que se dê ao trabalho de ler estas nossas notas? Bom..., isso não sabemos. Mas já não é mau admitirmos todos, ainda que implicitamente que o mundo não acaba no ano 2000.

Minhas senhoras e meus senhores, o meu muito obrigado.

2.5. INTERVENÇÃO DO PROVEDOR DE JUSTIÇA NO SEMINÁRIO "DESCENTRALIZAÇÃO E MODERNIDADE: UMA NOVA ADMINISTRAÇÃO PARA UM NOVO SÉCULO"

Promovido pelo Cedrel (Centro de Estudos Para o Desenvolvimento Regional e Local).
Fórum Lisboa, 18 e 19 de Março de 1999.

Cultura Administrativa e Exercício da Cidadania

O tema que é proposto aos ilustres conferencistas neste painel apresenta uma transversalidade tal que se mostra particularmente difícil antecipar uma síntese das suas intervenções ou tentar prognosticar as linhas comuns. Ganha então, sem dúvida, um acrescido interesse que me aconselha a não exceder algumas brevíssimas considerações introdutórias.

Sobre o exercício da cidadania perante a Administração Pública, uma coisa, no entanto, parece certa. Jamais estiveram reunidas, como hoje, condições jurídicas e comunicativas tão favoráveis aos administrados para um exercício efectivo dos seus direitos de cidadania junto dos poderes administrativos. A evolução legislativa posterior à Revolução de 1974 criou, com efeito, um acervo de instrumentos ao dispor dos administrados que nos permite, retrospectivamente, falar numa verdadeira Revolução administrativa. E creio poder afirmar-se que esta tem sido uma 'Revolução de Veludo', uma transição bem sucedida. Não sem resistências escoradas, aqui e ali, em subterfúgios linguísticos e em filões não esgotados de expedientes rotineiros que a burocracia e a hostilidade à transformação vão conseguindo explorar.

Gostaria de recensear alguns passos que me parecem paradigmáticos a respeito do saldo inequivocamente positivo. Desde logo, a criação, em 1975, e a subsequente constitucionalização, em 1976, do Provedor de Justiça como órgão de mediação e instância persuasiva junto da Administração Pública. Logo após, em 1977, o Decreto-Lei nº 256-A, com o regime dos actos tácitos, com a disciplina do dever de fundamentação dos actos lesivos e com as garantias de execução das decisões dos tribunais administrativos. Todavia, já no seu preâmbulo se reclamava — e passo a citar — "a necessidade de urna profunda revisão da orgânica dos tribunais administrativos e do respectivo pro-

cesso". Esta reforma, por sua vez, viria à luz em 1984/85 com a publicação do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais e da Lei do Processo nos Tribunais Administrativos. O Código do Procedimento Administrativo, por fim, em 1991, tornou-se de uma esperança por tantas vezes frustrada, numa promessa cumprida. Nesse mesmo ano, o legislador providenciava por medidas de protecção dos dados pessoais contra abusos informáticos e reforçava as condições de sucesso na intervenção do Provedor de Justiça, revendo o seu Estatuto. Não quero deixar de referir, ainda, a Lei de Acesso aos Documentos Administrativos, publicada em 1993, e a Lei de Participação Procedimental e Acção Popular, aprovada pelo Parlamento em 1995. Esta última, de resto, e por tardar, já determinara da minha parte, dois anos antes, um pedido de verificação da inconstitucionalidade por omissão.

Noutro plano, também a dogmática jurídica e, mais modestamente, a jurisprudência dos Tribunais administrativos, vêm contribuindo para a abertura da Administração Pública, já por dobrarem o Cabo da Boa Esperança no controlo da discricionaridade dos actos administrativos, abandonando concepções minimalistas do controlo jurisdicional sobre a Administração, já por abrirem caminho a novos entendimentos acerca da responsabilidade civil do Estado e das pessoas colectivas públicas por actos de gestão pública.

Mais do que um espectador atento, o Provedor de Justiça vem procurando consolidar esta paulatina - mas firme - mudança, de modo a que os novos direitos dos administrados não se reduzam a uma mera expressão nominal, e que a Administração Pública compreenda o seu mais profundo sentido e alcance. Não como outrora, vistos como formalidades a cumprir ou obstáculos a contornar, mas enquanto essência de um poder participado, aberto a críticas, a sugestões e à transformação por impulso dos seus primeiros e últimos destinatários: os administrados.

Devo confessar a minha escassa empatia com a expressão cultura administrativa que serve de tema a este painel, sugerindo um contraponto ao exercício da cidadania. Cidadãos e Administração devem partilhar uma, e uma só, cultura: a cultura dos direitos fundamentais, cuja universalidade não deixa margem para oposições entre Estado e cidadãos, entre municípios e munícipes, entre impetrados e impetrantes. Se a cultura administrativa representa um quadro de valores que exclui o administrado, rotulando como obstáculo à eficiência e ao interesse público as petições, reclamações ou pedidos de informação dos administrados; se a expressão cultura administrativa inculca aos funcionários e agentes da Administração um sentimento colectivo de saber sagrado que

dilui responsabilidades, que sobrevaloriza os meios em detrimento dos resultados e que constitui pretexto para o imobilismo, então, devemos aculturar a Administração e impedir um Estado de cultura administrativa.

Convido-os, pois, a escutar os nossos conferencistas deste painel e a despertar a vossa atenção para o debate que se seguirá.

2.6. INTERVENÇÃO DO PROVEDOR DE JUSTIÇA NO ALMOÇO/DEBATE SUBORDINADO AO TEMA "A PROVEDORIA DE JUSTIÇA E O CONTRIBUTO PARA A PAZ SOCIAL NAS EMPRESAS" PROMOVIDO PELA ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE MANAGEMENT

Hotel Sheraton (Lisboa), 7 de Abril de 1999

No âmbito das competências e dos poderes que lhe são atribuídos, o Provedor de Justiça lida com um leque de matérias que vão desde as que são discutidas no seio do Conselho Económico e Social até aquelas que estando aí ausentes têm, contudo, fortes interesses públicos por detrás.

Um dos poderes do Provedor de Justiça é o de mediar. E se este poder regulador, de concertação, não é o mais falado, já que a ele se sobrepõe o poder de recomendar, não é, contudo, o menos importante. Bem pelo contrário, nestes últimos anos tenho sido, em crescente solicitação, chamado a mediar litígios na sociedade portuguesa, alguns de grave implicação social.

Confesso até que considerando o traço distintivo da figura do Provedor de Justiça em confronto com os órgãos judiciais, ou seja a ausência de poder decisório na resolução dos casos que lhe são apresentados, esse mesmo traço diferenciador se esbate, se dilui, na função mediadora.

Mesmo sem preocupações de grande rigor terminológico pode-se desde já adiantar que na minha actividade de mediação e dentro desta na que incide na área laboral a minha preocupação foi sempre a da justiça do caso em concreto, o que possibilita a obtenção da paz social dentro das empresas. Paz social essa, necessária à boa harmonia entre os trabalhadores e entre estes e os seus empregadores, com consequentes implica-

ções ao nível dos resultados de produção e do bom ambiente nos locais de trabalho.

Os conflitos laborais que têm sido objecto de apreciação na Provedoria de Justiça inserem-se, quer no regime do direito da função pública, quer nos domínios das empresas públicas, mas que operam no direito privado, quer ainda nas empresas privadas embora nestas as minhas possibilidades de intervenção sejam mais reduzidas.

Julgo que a intervenção que me é sugerida e proporcionada será enriquecida com a apresentação de casos concretos, mais do que com uma intervenção de âmbito geral e de carácter abstracto.

Assim, a título exemplificativo e sem querer violar o dever de sigilo a que estou obrigado, indicarei de seguida alguns casos que mereceram a intervenção do Provedor de Justiça, casos esses em que o processo resolutório passou pela concertação ensaiando-se assim conseguir uma paz social nas empresas em questão.

Caso 1 - Redução do período normal de trabalho para 40 horas semanais.[82]

Um dos processos com mais incidência na paz social das empresas porque num primeiro momento a não fomentou é o mediaticamente conhecido como "o da lei das 40 horas semanais". Sumariamente a sua génese data da Lei nº 21/96, de 23 de Julho, que veio consagrar a redução dos períodos normais de trabalho superiores a 40 horas, e que entrou em vigor no dia 1 de Dezembro de 1996. Em causa está em saber, sem margem para dúvidas, de que forma é feita a redução do horário de trabalho: se em termos de período normal de trabalho, conforme se refere na epígrafe da Lei, no corpo do nº 1, do artº l, e inicio do n.º 3, do mesmo artigo ou, antes, se aquela redução é feita por referência ao período de trabalho efectivo, conforme parece decorrer do disposto no nº 3, do art.º l, da Lei. A questão está em determinar se as habituais e necessárias pausas do trabalho devem ou não ser descontadas nos tempos de trabalho a reduzir. A diferença entre uma e outra interpretação é abissal: se se reduz o período normal de trabalho, os trabalhadores beneficiam de uma redução de 2 horas semanais; se se reduz o período de trabalho efectivamente prestado, a solução pode levar a que não haja qualquer redução como, pelo contrário, que os trabalhadores sejam obrigados a permanecer um maior período de tempo no local de trabalho, como veio a ocorrer em algumas empresas. Toda

[82] Processo n.º 56 18/96 (A2)

esta confusão é gerada por deficiências de rigor jurídico na redacção do diploma, aliás publicamente reconhecidas pelo então Secretário de Estado do Trabalho.

No entanto, dando razão ao ditado popular de que o que nasce torto tarde ou nunca se endireita, a interpretação e aplicação da Lei 21/96 não conseguiu alcançar até hoje uma uniformidade que ela, e todos os textos normativos, requeria. Bem pelo contrário por sua causa despoletaram-se inúmeros e por vezes graves conflitos laborais em diversos locais de trabalho. De todo o processo existente na Provedoria respeitante a este caso detectaram-se várias posições divergentes e por vezes contraditórias no que respeita ao alcance e interpretação da referida Lei. Assim refiram-se as seguintes posições todas elas publicamente divulgadas: a da CGTP-IN, a da UGT, a da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos Liberdades e Garantias, a da senhora Ministra para a Qualificação e o Emprego, a da Direcção-Geral das Condições de Trabalho, a da Comissão de Acompanhamento do Acordo de Concertação a Curto Prazo, a da CIP, a da Associação Portuguesa de Têxteis e Vestuário, a do então Secretário de Estado do Trabalho, a do Prof. Jorge Leite, e a do grupo parlamentar do Partido Comunista Português que apresentou na Assembleia da República um projecto de lei com vista a clarificar os conceitos atinentes à duração do trabalho.

Para apaziguar o clima que entretanto se vivia em muitas empresas entendi recomendar à senhora Ministra para a Qualificação e o Emprego a publicação de uma Lei interpretativa que procedesse à clarificação autêntica da Lei 2 1/96 no sentido de saber se o limite das 40 horas de trabalho por semana tem por objectivo o período normal de trabalho ou, antes, o período de trabalho efectivo. E, no caso de ser este último o escolhido pelo Governo, definir este conceito tendo em conta vários tópicos que enunciei na recomendação formulada. O Governo através da Ministra em causa não acatou a minha recomendação limitando-se a comunicar que a Inspecção Geral do Trabalho iria desenvolver uma acção sistemática e planificada do cumprimento da referida Lei, particularmente no que respeita às obrigações de redução da duração do trabalho. Igualmente o Secretário de Estado do Trabalho veio a emitir um despacho (17-3-97) dirigido à Inspecção Geral do Trabalho e à Direcção Geral das Condições de Trabalho, onde se reafirma a posição da Administração do Trabalho e que em termos práticos nada veio resolver.

Ainda esta situação não se podia dar por resolvida quando foi publicada em 10 de Dezembro último a Lei nº 73/98, que transpôs para a ordem jurídica interna a Direc-

tiva nº 93/104/CE, relativa a determinados aspectos da organização do tempo de trabalho. Poder-se-ia pensar que o legislador entendera não dever esclarecer as dúvidas de interpretação da Lei nº 21/96 autonomamente, isto é, mediante lei interpretativa especialmente publicada para o efeito, mas sim introduzir no diploma de transposição da Directiva supra referenciada os esclarecimentos necessários à correcta interpretação da Lei nº 21/96. Esta primeira ideia foi já contrariada pelo teor do parecer do Director Geral das Condições de Trabalho, de 25 de Setembro de 1998, sancionado por despacho da mesma data, do Secretário de Estado da Segurança Social e das Relações Laborais. No referido parecer lê-se que o conceito de tempo de trabalho da Lei de 1998 serve apenas e só para efeitos de aplicação desta Lei, afirmando ainda que a Lei n.º 21/96 baseia a redução dos períodos normais de trabalho em conceito distinto. Sendo este o actual estado da questão conseguiu-se algum avanço na posição do Ministério do Trabalho em virtude deste já admitir que nalguns casos concretos a interpretação e aplicação da Lei n.º 21/96 levou ao resultado inqualificável de se aumentar os períodos normais de trabalho, a pretexto da aplicação de uma lei de redução de tempo de trabalho. O processo ainda está por concluir, esperando-se nova posição do governo.

De todo o trabalho desenvolvido na Provedoria de Justiça durante a instrução deste processo destaco as dezenas de reuniões de trabalho, audiências e pedidos de esclarecimentos efectuados. Assim, várias foram as reuniões com representantes máximos da CGTP-IN, da UGT, da CIP, da Associação Portuguesa de Têxteis e Vestuário, bem como com elementos da Inspecção Geral do Trabalho e do Instituto de Desenvolvimento e Inspecção das Condições de Trabalho.

Caso 2 - Processo da "corporativização" da Concertação Social.[83]

A CGTP-IN apresentou queixa ao Provedor de Justiça pela violação do direito de liberdade e participação sindical através da representação e participação no organismo de concertação social consagrado no art.º 56 da Constituição portuguesa. Tal violação resulta do procedimento iniciado no âmbito da Comissão Permanente da Concertação Social, aquando do Acordo de Concertação Estratégica para 1996/1999, e da constituição de uma Comissão de Acompanhamento da sua execução, onde participam apenas os representantes das entidades subscritoras e o governo. Nesta Comissão de Acompanhamento tem sido apreciadas e analisadas medidas de natureza económica e

social muito relevantes no domínio da legislação laboral e da política económica (por exemplo o regime do trabalho a tempo parcial e a regularização dos falsos recibos verdes), resultando desta actuação a exclusão da CGTP-IN por não ter subscrito o Acordo Estratégico. No fundo as competências do Conselho Económico e Social e da Comissão Permanente de Concertação Social no respeitante à matéria laboral estão a ser usufruídas pela denominada Comissão de Acompanhamento, excluindo-se assim uma parte sindical (porque menos conciliadora ou consensual) do exercício efectivo da liberdade sindical.

Com base na queixa apresentada pela CGTP-IN pretende-se assim obviar que a referida Comissão de Acompanhamento viole os princípios constitucionais da liberdade e participação sindical restituindo-se ao Conselho Económico e Social e à sua Comissão Permanente as competências que legalmente lhe competem.

Caso 3 - ITIME - Instituto de Tecnologia e Inovação para a Modernização Empresarial.[84]

Trinta e nove trabalhadores do referido Instituto encontravam-se desde Outubro de 1997 com os seus salários em atraso. Este Instituto resultou da necessidade que o INETI (Instituto Nacional de Engenharia e Tecnologia Industrial) teve de transferir para uma associação privada as unidades de demonstração que criou com base no despacho normativo n.º 83/89. A situação dos referidos trabalhadores agravou-se quando desde o mês de Abril de 1998 deixaram de receber salários. Acresce a esta situação que uma parte dos funcionários do ITIME em número de dez e que ocupam funções de chefia tem vínculo laboral ao INETI continuando a receber atempadamente os seus salários.

A partir de Julho de 1998, data da apresentação da queixa na Provedoria de Justiça, já se conseguiu resolver a situação. Para este caso convém salientar o seguinte: a) o INETI é um dos associados fundadores do ITIME sendo os restantes associados entidades privadas, o que dificultou por vezes a concatenação entre as diversas entidades em presença; b) à data da reclamação o ITIME apenas possuía 27 trabalhadores, já que os restantes (cerca de uma dezena) haviam rescindido o seu contrato de trabalho e

[83] Processo n.º 2409/97 (A2)
[84] Processo n.º 2970/98 (A2)

desses apenas três conseguiram novo emprego.

Para a resolução positiva da situação destaca-se na instrução do processo na Provedoria de Justiça o seguinte:

- inúmeros contactos com a Secretaria de Estado da Indústria e Energia;
- diversos contactos com a delegação de Lisboa do Instituto de Desenvolvimento e Inspecção das Condições de Trabalho;
- reuniões na Provedoria de Justiça com os trabalhadores do ITIME, do INETI e da Associação Industrial Portuguesa (sendo esta a principal associada privada do ITIME);
- a partir de um determinado momento foram realizados vários contactos com a Secretaria de Estado do Orçamento.

A resolução da situação concretizou-se no seguinte: o INETI assumiu os referidos trabalhadores como seus, tendo sido proposta a sua integração no quadro, aproveitando o Decreto-Lei n.º 81-A/96, de 21 de Junho que visava regularizar situações de emprego na Administração Pública caracterizadas pela constituição de formas de vinculação precária. Para tal, houve a concordância da Secretaria de Estado do Orçamento na afectação das verbas necessárias. A situação de facto não se encontra totalmente resolvida já que a integração nalguns casos implica a abertura de concursos internos o que só é possível após o visto do Tribunal de Contas, entretanto já ocorrido.

Por outro lado levantou-se na pendência da instrução do processo um incidente processual que veio complicar a resolução de uma parte desta situação. É que os trabalhadores que entretanto rescindiram o seu contrato de trabalho instauraram uma acção judicial contra o ITIME no âmbito da qual o Tribunal de trabalho ordenou o congelamento das contas bancárias daquele instituto. O caricato da situação é que entretanto se tinha conseguido através da Secretaria de Estado da Indústria e Energia que o INETI desbloqueasse verbas para o pagamento dos salários em atraso, quantias essas que foram transferidas para as contas bancárias do ITIME. É o pagamento de parte destes salários em atraso que se encontra ainda por resolver, embora tudo indique que tal ocorra brevemente.

Caso 4- Torralta. [85]

A empresa privada Torralta, S.A. foi, desde Julho de 1993, objecto de um processo de recuperação de empresa, em virtude da degradação económica que aquela veio a conhecer nos anos anteriores ao referido processo judicial.

Face à morosidade deste processo os trabalhadores da Torralta procuraram o Provedor de Justiça para que este servisse como mediador face aos principais credores da empresa. No fundo o que se pretendia evitar era a falência da Torralta com todos os problemas sociais daí decorrentes. E que a falência desta empresa acarretava a extinção dos 500 postos de trabalho que na altura assegurava, bem como indirectamente a dos postos de trabalho assegurados por várias empresas do grupo.

De acordo com a Secretaria de Estado da Segurança Social a alegada morosidade das negociações entre o Estado e as diversas entidades que se mostraram interessadas na aquisição dos seus créditos resultou exclusivamente de nenhuma das propostas se ter aproximado dos termos de referência que o Estado publicitou.

Na altura decidi recomendar que a análise das propostas de aquisição dos créditos do Estado se processasse com todo o rigor e celeridade, tendo em conta, na altura, a proximidade da assembleia de credores. Recomendei igualmente que a decisão que viesse a ser tomada não se baseasse única e exclusivamente numa ponderação dos custos e proveitos que a mesma venha a acarretar para o Estado, devendo ser tida em conta a dimensão social da opção tomada e os interesses legítimos dos trabalhadores da Torralta.

No desenvolvimento do processo judicial foi aprovado o plano de viabilização da empresa sob condição resolutiva de o Estado estabelecer acordos com os principais interessados na aquisição dos créditos públicos. Esta deliberação foi contudo sujeita a interposição de vários recursos judiciais com efeito suspensivo intentados pelas instituições financeiras detentoras de créditos privilegiados o que levou ao adiamento por um período de duração imprevisível da decisão final sobre o futuro da empresa. Assim senti-me na necessidade de formular nova recomendação em que propus que o Estado disponibilizasse uma verba ou criasse de uma linha de crédito a favor da Torralta, por ele garantida e que possibilitasse a continuação da laboração pela empresa com a conse-

[85] Processo n.º 3524/94 (A2)

quente manutenção dos postos de trabalho.

Felizmente, um mês após esta minha recomendação, foi assinado um despacho pelo Ministro das Finanças, pelo Ministro do Emprego e da Segurança Social e pelo Ministro do Comércio e Turismo, através do qual foi concedido um empréstimo de 250 mil contos à Torralta. A situação da Torralta ainda não se encontra totalmente resolvida nos dias de hoje, mas pelo menos temos a certeza da manutenção dos postos de trabalho e da continuidade da laboração da empresa.

Caso 5 - SPAC - Sindicato dos Pilotos da Aviação Civil.[86]

No Verão de 1997 os pilotos da TAP desencadearam uma greve cujas causas imediatas tiveram que ver com a obrigação a que estavam sujeitos de voar durante as suas férias e folgas, bem como do perigo para a segurança dos voos já que nos planos destes a TAP de forma sistemática e frequente procede à ultrapassagem dos tempos de voo máximos fixados na Portaria n.º 400/87, de 14 de Maio, alterando os planos de voo nas 48 horas que os antecedem, com os inevitáveis custos que tais modificações acarretam, a todos os níveis.

Da por vezes técnica e minuciosa instrução deste processo na Provedoria de Justiça apraz-me recordar e louvar a boa colaboração que me foi prestada pelas duas entidades em confronto: a TAP através da sua Administração e o Sindicato dos Pilotos. Assim, após várias reuniões entre aquelas duas entidades foi por mim realizado um trabalho de mediação que passou por algumas reuniões efectuadas nas nossas instalações e pela apresentação de propostas de solução por nós trabalhadas. Daí foi possível, considerando o desenrolar dos trabalhos, pedir ao Sindicato dos pilotos que não levasse por diante uma nova greve entretanto já anunciada.

De todo este processo resultou desde logo que a TAP reforçou o número de trabalhadores afectos ao serviço de planeamento, escalas e gestão de tripulações. Iniciou-se o estudo para a aquisição de um novo sistema de gestão de tripulações compatível com a regulamentação aplicável e que assegure a ligação com o planeamento comercial. Foi substancialmente reforçado o quadro de pilotos, estando em desenvolvimento um novo curso de pilotos, e finalmente foi publicada a portaria n.º 238-A/98, de 15 de Abril que veio regular os limites dos tempos de serviço de voo e de repouso de pessoal navegante do transporte aéreo.

CASO 6 - Comissão de trabalhadores da ANA, EP.[87]

A empresa pública Aeroportos e navegação aérea, ANA, E.P:, criada em 1979 foi objecto de uma cisão e transformação da empresa operada pelo Decreto-Lei n^0 404/9 8, de 18 de Dezembro. Já anteriormente à publicação deste Decreto-Lei foi apresentada queixa na Provedoria de Justiça considerando as consequências deste processo de transformação para os direitos e obrigações dos trabalhadores da empresa cindida, nomeadamente quanto à divisão do fundo de pensões até então existente.

Conexionados com este processo foram apensados vários outros, entre os quais se destacam os da Associação dos Reformados e Aposentados da ANA . EP e o do Sindicato dos Técnicos de Formação e Comunicação Aeronáuticas. Tal apensação deve-se a todos os processos em causa terem um pano de fundo comum, resultando as ligeiras diferenças da pretensão de cada interessado da diferente natureza de cada uma das entidades reclamantes. A primeira queixa é a da recusa da ANA, EP em fornecer à Comissão de Trabalhadores da ANA elementos quanto ao processo de transformação da empresa e à divisão dos fundos de pensões decorrentes da cisão, violando assim a Lei n.º 46/79, de 12 de Setembro. Em concreto questiona-se o eventual tratamento privilegiado de uma categoria de trabalhadores (controladores de tráfego aéreo). Este tratamento discriminatório consubstanciar-se-ia numa desproporção dos valores do fundo de pensões e posteriores transferências a afectar àqueles trabalhadores, perante os valores a afectar às restantes categorias de trabalhadores.

Em relação à primeira reclamação - o de não se ter facultado documentos essenciais sobre o processo - ela já foi atendida. Em relação à divisão e constituição do fundo de pensões é matéria que se encontra ainda pendente, embora se reconheça que o artigo 19, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 404/9 8, de 18 de Dezembro, que operou a transformação da ANA, EP é já significativo ao assegurar a manutenção dos fundos de pensões que vigoravam naquela empresa, bem como proteger os direitos dos pensionistas que fiquem afectos as novas empresas.

---

[86] Processo n.º 2975/97 (A2)
[87] Processo n.º 4775/97 (A5)

CASO 7 - Sindicato das Indústrias Eléctricas do Sul e Ilhas – [88]Processo Ford

O sindicato em questão apresentou queixa ao Provedor de Justiça, expondo a situação dos trabalhadores da fábrica de Palmela da Ford electrónica portuguesa, afectados por doença profissional, genericamente denominada de tendinite e que afecta até ao momento cerca de 650 trabalhadores, num universo de 1700, crescendo a um ritmo de 20 novos casos por mês. As razões que determinam a doença são, ao que tudo indica, de ordem ergonómica e ambiental. Da instrução do processo pode averiguar-se que a Ford escusa-se a proceder a estudos que permitam proceder a alterações no processo de trabalho que conduzam à contenção do desenvolvimento de tendinites. Acresce que a Ford dispunha no Brasil, (São Paulo), de uma fábrica congénere, tendo procedido ao despedimento de 3500 trabalhadores, entre 1988 e 1989, afectados por tendinites, tendo transferido parte dessa maquinaria para a fábrica de Palmela.

Por outro lado a Inspecção Geral do Trabalho e o Laboratório de Avaliação de Riscos do Centro Nacional de Protecção Contra os Riscos Profissionais resumem a sua intervenção à mera declaração de que não têm meios para estudar os factores que provocam a doença. Como resultado de toda a instrução do processo, e evito aqui mencionar mais elementos por se encontrar pendente um processo judicial movido pelo sindicato contra a empresa, resolvi efectuar duas Recomendações. A primeira dirigida ao senhor Ministro do Trabalho e da Solidariedade para que se esclareçam as dúvidas manifestadas pelo Centro Nacional de Protecção Contra os Riscos Profissionais, através de um correcto enquadramento jurídico de várias situações de facto que me dispenso de enunciar por serem inúmeras e de alto nível técnico. A segunda Recomendação foi dirigida ao Presidente do Instituto para o Desenvolvimento e Inspecção das Condições de Trabalho, para que se esclareça o impacto do crescente recurso à contratação de trabalhadores a termo e temporários na quantificação das doenças profissionais e, por outro lado, a promoção da concertação entre as partes envolvidas com vista à integração de todos os operadores no sistema criado pelo Decreto-Lei n.º 441/91, de 14 de Novembro que regula os princípios que visam promover a segurança, higiene e saúde no trabalho.

Para lá destes exemplos muitos outros existem: lembro apenas os relacionados com os processos de despedimento ou com concursos e promoções na carreira, estes

[88] Processo 3566/97 (A2)

últimos no âmbito do funcionalismo público.

Termino acrescentando que prevejo que o Provedor de Justiça venha a assumir mais fortemente a sua função de mediação no campo laboral. A tendência é de aumentar os esforços neste domínio. Primeiro, porque a isso tem sido chamado por vários reclamantes a um ritmo crescente. Depois porque a alteração efectuada em Agosto de 1996 no Estatuto do Provedor de Justiça veio possibilitar que este possa intervir nas relações entre particulares que impliquem uma especial relação de domínio, no âmbito da protecção de direitos, liberdades e garantias, onde se incluem os direitos dos trabalhadores. Por fim, porque as tensões sociais com fundamento laboral se tem acentuado nestes anos últimos.

Minhas senhoras e meus senhores muito obrigado pela atenção dispensada.

2.7. INTERVENÇÃO DO PROVEDOR DE JUSTIÇA NO IX COLÓQUIO SOBRE "ATITUDES/COMPORTAMENTOS/ TOXICODEPENDÊNCIA"

Promovido pelo Prosalis
Fundação Gulbenkian, 30 de Abril de 1999

Estratégias de Intervenção nas Novas Realidades Prisionais

1. As minhas palavras iniciais dirigem-se ao PROSALIS, agradecendo o convite que tiveram a amabilidade de me dirigir e felicitando o Projecto pela actividade que vem desenvolvendo na prevenção, tratamento e (re)integração sócio-profissional de toxicodependentes e populações desfavorecidas.

Não será de estranhar que a minha intervenção se centre na problemática da realidade prisional, uma vez que apresentei muito recentemente ao Senhor Ministro da Justiça um relatório sobre os serviços prisionais, no qual dediquei especial atenção ao fenómeno da toxicodependência. Nomeadamente, nas suas implicações ao nível da saúde.

A primeira parte da minha intervenção versará um tema ainda pouco tratado, em virtude, creio, da sua novidade e que consiste no aumento da população reclusa feminina. Em segundo lugar, abordarei a incidência no crime de motivações associadas à toxicodependência. Por fim, os aspectos que julgo mais importantes relacionados com a

saúde dentro da prisão, apresentando os dados que coligi no decurso das visitas que foram efectuadas a todos os Estabelecimentos prisionais do país e as recomendações que entendi formular ao Senhor Ministro da Justiça. Nesta inclui-se a opção, que reconheço polémica, pela eventual criação dos denominados shooting rooms.

2. A população reclusa feminina registou uma subida quantitativa em 1998 relativamente ao número que apurei em 1996. Assim, de 1249 que se encontravam presentes em 1996, contaram-se agora 1414 reclusas, correspondendo a uma subida de 13%. Faço notar que esta variação positiva é superior à variação geral verificada que se situou em cerca de 9%.

Esta nova realidade prisional está em larga medida justificada pelo fenómeno da toxicodependência, existindo cada vez mais casos de famílias detidas simultaneamente por tráfico de estupefacientes.

Esta situação levanta importantes problemas de índole social. Com a prisão de ambos os progenitores, o destino dos filhos, em particular se já não na primeira infância, torna-se bastante precário, exigindo um apoio familiar por vezes difícil ou inexistente, com uma resposta estadual ou comunitária que por vezes tarda ou é impossível.

Estes dados devem servir de alerta às autoridades, designadamente aos serviços prisionais e àquelas com responsabilidades no âmbito da segurança social, para a criação de estruturas adequadas a esta nova realidade. É o caso da criação de novo estabelecimento prisional feminino, é o caso da criação de infantários e creches nas prisões, é o caso do ensino e formação das crianças filhas de reclusas. Fundamentalmente é necessário não perder de vista que estas crianças que acompanham as mães reclusas não estão sujeitas a qualquer pena e que a sua permanência na prisão só é admissível enquanto modo de garantir a unidade da família e a proximidade entre mãe e filho, pelo que compete ao Estado repelir os efeitos estigmatizantes que incidem sobre estas crianças, antes devendo providenciar pelo seu são desenvolvimento.

3. No respeitante à problemática da motivação do crime, verifiquei que a toxicodependência enquanto motivação da prática dos factos que justificaram a reacção penal da condenação constitui um lastro significativo no fenómeno criminógeno. Na inspecção alcançou-se uma percentagem de cerca de 62% de crimes relacionados com a toxicodependência, englobando, principalmente, tráfico e tráfico associado a consumo. Deste número e de outras indicações dadas nas entrevistas com os directores e as declarações sobre o número de toxicodependentes, pode presumir-se com relativa segurança que pelo menos dois terços dos crimes estava ligado à toxicodependência.

Note-se que crimes motivados pela toxicodependência não é sinónimo de crimes praticados por toxicodependentes. À partida, bom número dos crimes de tráfico é praticado por pessoas que cuidadosamente evitam situações de abuso.

É curioso notar que se os números masculinos não se afastam muito deste valor geral, com 40,4% para crimes não associados à toxicodependência e 59,6% para crimes associados, os números femininos são surpreendentes: quase 84% das reclusas estavam detidas por crimes relacionados com a toxicodependência.

Não é de espantar que o tráfico e o tráfico/consumo detenham entre si a maior parte deste tipo de crimes, com taxas globais de 45% e 22%, respectivamente, mais elevada no caso feminino, onde o tráfico detém 58% e o tráfico/consumo 33%. Os crimes contra o património, relacionados com a toxicodependência, foram declarados com uma proporção geral de 24%, aqui muito mais devida ao sector masculino (27%) do que ao feminino (7%).

Registei que por consumo de estupefacientes estavam detidas pelo menos 164 pessoas, todas do sexo masculino, correspondendo a uma taxa de cerca de 2,5%, tudo no quadro dos crimes associados a toxicodependência.

4. Como referi no relatório sobre o sistema prisional, o direito à protecção da saúde é, provavelmente, um dos direitos mais invocados nos nossos dias, e seguramente um dos menos concretizados. Para lá das consagrações constitucionais e legais, há, entre cidadãos e governantes, um sentimento generalizado de uma prioridade sempre por cumprir.

Nos últimos dois anos e meio houve melhorias ao nível das instalações médicas, equipamento clínico, campanhas de sensibilização para a promoção da saúde em meio prisional e programas de apoio a toxicodependentes. Não creio, no entanto, que esteja criado um sistema prisional de saúde sólido, apto a enfrentar os tempos, decerto difíceis, que se avizinham.

A elevada taxa de toxicodependência, associada ao risco de propagação de doenças infecciosas, de resto já com tradução preocupante nos números actuais, e ao aumento das patologias do foro mental, a precariedade cada vez mais acentuada da saúde da população prisional e a mobilidade desta, com notórias repercussões em termos de saúde pública, acarretam, para o Estado, uma responsabilidade acrescida na promoção da saúde e, acima de tudo, na prevenção da doença nas prisões do país.

Não raras vezes, no decorrer das visitas efectuadas, as equipas da Provedoria

foram interpeladas por reclusos que "denunciavam" a exposição a que estavam submetidos, decorrentes dos riscos inerentes ao convívio diário com companheiros vítimas de patologias infecciosas.

A política de saúde do Estado português tem como directrizes fundamentais, consagradas na Lei de Bases da Saúde [Lei n.º 48/90, de 21 de Agosto, Base II, n.º 1, alíneas b) e c)], "obter a igualdade dos cidadãos no acesso aos cuidados de saúde, seja qual for a sua situação económica e onde quer que vivam (...) ", e adoptar "medidas especiais relativamente a grupos sujeitos a maiores riscos (...)".

Não me parece, pois, viável a concepção de um sistema de saúde prisional sem a concretização efectiva do que vem previsto no Programa de Acção para o Sistema Prisional, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 62/96, no caso, alíneas b), c) e d) do n.º 4, muito em especial no que diz respeito às condições de acesso, pelos reclusos, aos cuidados prestados pelo Serviço Nacional de Saúde, o que, de facto, não acontece, em domínios tão essenciais como os medicamentos e o recurso, em geral, aos centros de saúde e hospitais. O Ministério da Saúde não deve nem pode eximir-se de responsabilidades no domínio prisional.

É verdade que há protocolos locais, celebrados com as diversas Administrações Regionais de Saúde. Entendo, no entanto, que a concepção e a efectivação de um sistema integrado de saúde prisional que não seja potenciador da desigualdade de tratamento dos reclusos, decorrente da concretização ou não, pelos estabelecimentos prisionais, das oportunidades que poderão ou não surgir, passará necessariamente pela negociação, a nível nacional, e em áreas cruciais, do acesso, pelos reclusos, aos cuidados médicos do Serviço Nacional de Saúde.

A alternativa possível é uma progressiva privatização do sector da saúde nas prisões.

Quanto a instalações médicas, se há dois anos e meio a regra era a da inexistência de locais que não reuniam as condições mínimas para o efeito, regista-se, actualmente, que apenas a Cadeia de Apoio de Olhão não dispõe de um espaço exclusivamente destinado à prestação daqueles cuidados.

Uma nota, ainda, para as áreas afectas, dentro dos estabelecimentos, à especialidade de estomatologia que se justifica pelas consequências que o consumo de estupefacientes tem neste foro. Vejo hoje reforçado o entendimento de que a prestação, nas prisões, dos cuidados primários de saúde, neste caso, ao nível da estomatologia, deve ser assegurada, numa primeira linha, por meios próprios do sistema prisional, tendo de-

signadamente em atenção a procura daquele tipo de assistência, e a dificuldade, sobejamente conhecida, de aceder a consultas da especialidade nos organismos pertencentes ao serviço nacional de saúde. Foi com satisfação que verifiquei ter sido traduzido na prática o teor da minha recomendação de então, no sentido de dotar os estabelecimentos centrais e especiais de áreas, devidamente equipadas, destinadas à efectivação de consultas da especialidade, sendo que apenas os estabelecimentos de Izeda e Monsanto não dispõem, hoje em dia, de gabinetes de estomatologia.

Questão diferente, é a de saber se, para lá da realidade consubstanciada na existência de tais instalações, as mesmas propiciarão, seja pelo equipamento disponível, seja pelos recursos humanos afectos, seja até por um planeamento de consultas ao nível global do sistema prisional, uma prestação efectiva e eficaz dos cuidados de saúde nesta valência.

Também o sentido da recomendação que dirigi ao Senhor Ministro da Justiça em 1996, de construção de enfermarias nos estabelecimentos centrais e especiais, regista uma evolução positiva na realidade do sistema prisional actual. Mais de metade dos estabelecimentos centrais e especiais, e não considerando o Hospital Prisional S. João de Deus, dispõe de enfermarias e quartos de internamento individual, num total de 130 camas disponíveis, globalmente beneficiando de boas condições, não raras vezes de muito boas, como é o caso das unidades de saúde dos estabelecimentos do Funchal, Linhó, Lisboa, Paços de Ferreira e Leiria.

Verificou-se, igualmente, uma melhor distribuição das camas de internamento a nível nacional.

5. Não se mostra difícil antever que é insuficiente o quantitativo global de pessoal médico a prestar assistência à saúde no conjunto dos estabelecimentos prisionais. Seja pela conjugação do regime de permanência dos médicos e enfermeiros nos estabelecimentos, tendo em conta o número de dias por semana e o total de horas das prestações, seja pela inexistência, ainda em muitas prisões, de equipas multidisciplinares, seja pelas insuficiências decorrentes da ratio médico/recluso, e não obstante os esforços que reconhecidamente têm vindo a ser feitos, a verdade é que o Estado não conseguiu, até hoje, cumprir o que há vinte anos previu no art. 95.º do Decreto-Lei 265/79.

A necessidade de recrutamento de mais pessoal técnico é admitida pela própria DGSP, prevendo, no Plano de Actividades da Direcção de Serviços de Saúde para 1999, o alargamento das equipas clínicas em alguns dos estabelecimentos prisionais.

Compreendo que não seja tarefa fácil, numa altura em que está na ordem do dia um debate aceso sobre as deficiências da prestação de cuidados de saúde à população em geral, acusando, de resto, uma generalizada falta de médicos por todo o país, o recrutamento de clínicos para a assistência à saúde num meio em que o caos da toxicodependência e a consequente proliferação de doenças infecciosas acarreta consigo riscos acrescidos, com tradução eventual no facto de os concursos abertos ficarem muitas vezes desertos.

É também, por isso, acrescida a responsabilidade do Estado em não olhar a condicionalismos, designadamente de ordem financeira, de modo a assegurar os cuidados necessários a uma população que denota uma precariedade de saúde cada vez mais preocupante, e a que se associa uma grande mobilidade, com repercussões assinaláveis em termos de saúde pública. Independentemente do tipo de medidas a tomar para o prosseguimento do objectivo em causa, mostra-se essencial a concretização de uma política integrada de recrutamento de pessoal médico e paramédico para o sistema prisional.

Directamente relacionado com o tema que nos ocupa estão as valências de psiquiatria e de infecciologia, bem como a psicologia.

Não é muito distinto de 1996 o número de estabelecimentos prisionais que, fora as clínicas psiquiátricas do EP de Santa Cruz do Bispo e do HPSJD, dispõem actualmente de médicos psiquiatras, tendo os estabelecimentos centrais e especiais ganho, desde então, 4 médicos psiquiatras.

Desde a psicopatia, esquizofrenia e oligofrenia, até às psicoses diversas, sintomatologia depressiva e distúrbios de personalidade, passando por doenças psíquicas associadas à toxicodependência, todos os estabelecimentos prisionais registam casos de patologias do foro mental, em número significativo nos centrais. A existência de, pelo menos, 1 médico da especialidade em cada estabelecimento central, aliviaria a pressão das consultas nas clínicas psiquiátricas de Santa Cruz do Bispo e do Hospital Prisional, deixando estes estabelecimentos (um no norte e outro no sul), mais libertos para o recurso a consultas da especialidade por parte dos regionais, para além do serviço próprio de acompanhamento dos doentes aí internados.

Recomendei em 1996 que alguns estabelecimentos centrais e especiais procedessem à contratação de especialistas em infecciologia, designadamente aqueles que se debatiam, à data, com maiores problemas no campo da proliferação de doenças infecciosas.

Hoje, dado o agravamento da manifestação deste tipo de patologias em meio prisional, entendo dever reforçar a minha orientação no sentido de a estender a todos os estabelecimentos centrais e especiais. Destes, apenas Lisboa, Porto e Sintra continuam a ter, à semelhança de 1996, um médico da especialidade. A existência de um especialista em infecciologia em cada um dos estabelecimentos centrais e especiais poderia ainda beneficiar os estabelecimentos que lhe estão próximos, numa dinâmica de concepção de um sistema integrado de saúde nas prisões.

Demonstrativo desta preocupação é o Estabelecimento Prisional junto da Polícia Judiciária de Lisboa que tendo 227 reclusos afectos regista números impressionantes no que toca à incidência de doenças infecciosas: 120 seropositivos, 203 casos de hepatites B/C e 55 casos de tuberculose, se bem que não em fase de contágio.

A existência de psicólogos nos estabelecimentos prisionais, justifica-se em face da necessidade de promover um acompanhamento psicológico aos reclusos, tendo em vista, designadamente, a criação de mecanismos de auto-estima e de auto-responsabilização que possam proporcionar uma reinserção social mais bem sucedida.

Não podemos esquecer que os problemas associados à toxicodependência, designadamente pelas situações de carência de consumo, e à proliferação de doenças infecciosas trouxeram dificuldades acrescidas à vivência individual e colectiva da reclusão e ao relacionamento do preso com o meio prisional, muitas vezes arrastando-o para o suicídio.

6. São assustadores os números associados às doenças infecciosas em meio prisional e é ainda mais preocupante a evolução que os mesmos registam quando comparados com os recolhidos há dois anos e meio. Dos dados agora fornecidos pelos responsáveis prisionais, todos, de resto, nivelados por baixo, resulta, por exemplo, que um quarto da população prisional se encontra infectada pelas hepatites víricas (B e C), acusando um acréscimo global de 2323 casos desde 1996.

As conclusões sobre os valores que a seguir apresento, relativos à prevalência, nas prisões, do VIH+, SIDA, hepatites B e C e tuberculose - a sífilis é a patologia que, a seguir às mencionadas, regista maior número de casos -, associados à elevada taxa de toxicodependência dentro dos estabelecimentos e à mobilidade em geral da população prisional, terão necessariamente de levar a uma reflexão profunda sobre a política de controlo da propagação de doenças infecciosas ao nível do sistema prisional.

No tocante à seropositividade ao VIH, regista-se, antes de mais, que subsiste

um conhecimento relativamente imperfeito sobre a sua prevalência em meio prisional. A verdade é que os números apontam, actualmente, para uma percentagem global conhecida de cerca de 11% de reclusos seropositivos ao VIH, valor que, antes de mais, revela, face aos 9% de 1996, uma tendência de tipo ascendente, sintomática de um potencial agravamento, em meio prisional e num futuro próximo, de um conjunto de patologias que lhe estão associadas.

Receio, no entanto, que este valores possam infelizmente revelar-se bem mais significativos. É que os estabelecimentos que acusaram valores, em termos de percentagem, mais baixos, e mesmo reveladores de uma duvidosa inexpressividade face ao número total de afectos, são também aqueles que verifiquei não efectuarem, por norma, rastreios ao VIH, à entrada dos reclusos no estabelecimento. Há, por outro lado, casos notáveis de prevalência da seropositividade ao VIH, como em Sintra, onde o diagnóstico atinge um quarto da população prisional (25,76%) e no Estabelecimento Prisional junto da Polícia Judiciária de Lisboa, onde metade do seu total de afectos é positiva ao vírus (52,86%).

Nesta matéria, o estabelecimento do Porto, pode funcionar como modelo referência pela sistematização de dados que possui, apresentando registos muito completos sobre a evolução da prevalência de seropositivos VIH na população entrada e presente em cada mês dos últimos anos. Nos entrados em 1998 a taxa de infectados era de 14,2%. De notar que este número é obtido por defeito, estando pendentes exames e confirmações de resultados. Analisando a evolução do número de entrados desde 1993, verifica-se uma tendência rápida de crescimento entre esse ano e 1995 (máximo de 16,29%), seguindo-se uma estabilização em valores próximos dos actuais.

No final de Setembro de 1998, 18,33% dos reclusos neste Estabelecimento Prisional eram seropositivos. Tal percentagem corresponde sensivelmente ao valor de 1997 (a diferença não chega a um ponto percentual), correspondendo à estabilização num patamar um ponto percentual mais alto do que biénio 1995-96 e mais que duplicando os números de 1993-94. Julgo que estes números e a experiência do EP do Porto podem ser muito úteis, devidamente enquadrados no sistema, para análise de um problema muito sério que é o da seroconversão, traduzindo quase sempre contaminação, em meio prisional e formas de a evitar.

Os doentes reclusos com SIDA declarada, a que se associam já patologias graves, são normalmente encaminhados, dos estabelecimentos onde se encontram afectos, para o Hospital Prisional que à data da visita internava 38 doentes neste estado. Os res-

tantes 341 casos que foi possível apurar, não se distinguindo entre os vários critérios definidos pela OMS/CDC, para além dos meros seropositivos, estavam distribuídos por vários estabelecimentos, de que se destacam os 112 no Porto e os 51 em Paços de Ferreira, registando, ainda, a Polícia Judiciária de Lisboa, 22 reclusos, representando quase 10% da sua população prisional.

Haverá, desta forma, mais 131 casos de SIDA declarada comparativamente aos números de 1996. Este aumento do valor relativo a reclusos seropositivos constituirá, sem dúvida, um mau prenúncio sobre a evolução registada no ano transacto e que inevitavelmente se fará sentir no futuro.

Já antes fiz referência aos dados que revelam que um quarto da população prisional (25,4%) se encontrará infectada pelas hepatites víricas B e C, aqui consideradas conjuntamente, com tradução num acréscimo global de 2323 casos face aos 1370 de 1996.

Há, a este propósito, números que se reputam verdadeiramente impressionantes: 89,4% da população afecta ao Estabelecimento Prisional junto da Polícia Judiciária de Lisboa acusa o diagnóstico; os responsáveis prisionais dos estabelecimentos do Porto e de Paços de Ferreira apontam para um valor que se estima, respectivamente, em 60% e 50%. Dos regionais, Chaves tem metade dos seus reclusos infectados e, por exemplo, a Cadeia de Apoio de São Pedro do Sul, com apenas 50 reclusos, conta com 15 associações ao VHB e VHC.

Quanto à tuberculose, não deixa de ser penoso verificar que, ao contrário do que seria desejável, o número de casos de tuberculose tenha, em dois anos e meio, mais do que duplicado nos estabelecimentos prisionais do país.

É sabido que a saúde da população reclusa se caracteriza por uma precariedade muitas vezes revelada apenas após a sua entrada no sistema prisional. Daí a responsabilidade acrescida dos dirigentes prisionais na elaboração de uma política consistente com o propósito de garantir a erradicação da doença do meio prisional.

Sem deixar de sublinhar o esforço tendencial no sentido da efectivação, aos reclusos entrados nos estabelecimentos prisionais, de um número crescente de testes de despistagem, designadamente os vocacionados para a detecção de doenças denominadas de infecciosas, a verdade é que a realidade com que me deparei revela insuficiências notórias, que acabam por deixar, ainda, um sentimento de incerteza no que toca à predominância de determinadas patologias em meio prisional.

Se, por um lado, a maioria dos estabelecimentos prisionais tem já como assente a realização, à entrada do recluso no estabelecimento, de análises de rotina ao sangue e à urina, e de testes de despistagem do VIH e hepatites, é também certo que noutros estabelecimentos, tais rastreios não se efectuam de todo.

7. Traçado este panorama, sem dúvida grave, importa averiguar como se processa a informação, formação e educação ao nível dos métodos de prevenção das doenças infecciosas.

A prevenção é indiscutivelmente uma peça essencial no combate à propagação das doenças infecciosas em meio prisional. A informação, formação e educação para a saúde, junto dos reclusos, elementos da vigilância e funcionários das prisões, terá que constituir, necessariamente, uma prioridade na política de combate à proliferação das patologias em causa.

Em 1996, alertei para o facto de a propagação de doenças infecciosas poder vir a ser minimizada com a adopção, nos estabelecimentos prisionais, de medidas tendentes a reduzir os perigos resultantes de comportamentos de risco, de índole sexual ou decorrentes da utilização, não individualizada, de objectos de higiene pessoal, tendo, à data, recomendado a distribuição, em todos os estabelecimentos prisionais, de preservativos, de forma periódica e respeitadora da privacidade dos reclusos, e também de material de desinfecção.

Através da Circular n.º 9/DSS/97, de 06 de Novembro, e na sequência de um estudo levado a efeito pela DGSP, com a colaboração, aliás, da Provedoria de Justiça, tendo precisamente em vista a adopção de medidas com eficácia preventiva para redução de riscos em meio prisional, foi solicitado aos responsáveis dos estabelecimentos "que diligenciem no sentido de garantir o fácil acesso da população reclusa a preservativos e a lixívia, sugerindo-se que estejam disponíveis nos serviços de saúde e, complementarmente, na zona dos balneários e barbearia".

É sugerido, ainda, pela mesma circular, "a entrega sistemática a todos os entrados e juntamente com os produtos de higiene habitualmente entregues, de dois preservativos e de um pequeno frasco de lixívia".

À data da visita efectuada aos estabelecimentos, apenas Izeda, Viseu, São Pedro do Sul e Polícia Judiciária de Coimbra, de entre as cadeias masculinas, não dispunham de um mecanismo com vista à distribuição de preservativos. Se bem que, na maioria das prisões, tal distribuição se efectue mediante pedido do recluso junto dos serviços médicos, em uma ou outra junto da barbearia, ou no balneário, em muitas outras

prisões, designadamente as mais pequenas, facultam os preservativos através da guarda prisional e por intermédio dos técnicos de reeducação.

De referir, no entanto, que apenas o Linhó, Porto, Santa Cruz do Bispo, Montijo e Setúbal adiantaram colocar preservativos numa bolsa individual de higiene entregue ao recluso aquando da entrada deste no estabelecimento, não estando a grande maioria dos estabelecimentos a cumprir, assim, a circular da DGSP.

Algo de semelhante acontece com a lixívia, cuja distribuição vem igualmente sugerida no mesmo documento.

8. Questão particularmente problemática é a das seringas. Aflorei, em 1996, a possibilidade de alargamento, ao meio prisional, dos programas postos em marcha no mundo livre relativos à substituição de seringas utilizadas no consumo de estupefacientes, tendo, à data, recomendado que se procedesse à "realização de estudos de viabilidade de introdução, nos estabelecimentos prisionais, de sistemas de troca de seringas que reduzam os riscos de infecção em meio prisional".

Em resposta à recomendação em causa, foi adiantado que os serviços prisionais, na sequência de uma análise da problemática da distribuição de seringas aos reclusos, "até agora, sempre concluíram, fundamentalmente por razões de segurança, pela inviabilidade deste procedimento".

É um facto, referido aliás no próprio texto que introduziu a questão, que a presença de seringas nos estabelecimentos prisionais potenciará um perigo acrescido para a segurança naqueles, na medida em que os referidos objectos poderão, eventualmente, ser utilizadas como armas, quer contra outros reclusos, quer contra o pessoal penitenciário. A segurança é, efectivamente, um argumento forte. Mas não deve, em minha opinião, ser totalmente inibidor da ponderação de soluções que possam revelar-se um contributo determinante para a concepção de um estratégia global de redução de danos em meio prisional.

Como vimos, os números relativos à toxicodependência nas prisões são assaz preocupantes. Os números, por sua vez, relativos à evolução das doenças infecciosas em meio penitenciário, são alarmantes. Estes números associados aos primeiros terão necessariamente de ser objecto de uma reflexão profunda.

O Relatório da Comissão Nacional de Luta contra a SIDA, reportado à situação, em Portugal, a 31 de Dezembro de 1998, adianta que "casos de SIDA associados à toxicodependência têm sido notificados em maior número que nas restantes categorias

de transmissão", e que, "nos últimos três anos (e em cada ano) os casos associados à toxicodependência representavam, em 1996, 56,1% dos casos, em 1997 constituíam 61,8% e, em 1998, 62,1% (...)".

A situação não deixa de ser assustadora, sobretudo se perspectivada em termos de futuro.

Algumas soluções são hoje em dia adiantadas com vista à minimização dos riscos advenientes da partilha de seringas, inseridas numa política global de redução de danos provocados pelo consumo de drogas injectáveis por via endovenosa. É exemplo disso a criação de instalações em que os toxicodependentes se podem injectar em condições de higiene, dispondo de material esterilizado e contando, para o efeito, com a assistência de técnicos de saúde, os denominados "shooting rooms", a que alude a Comissão para a Estratégia Nacional de Combate à Droga.

A solução é polémica, sendo-lhe correspondentemente aplicáveis as considerações que, em 1996, aduzi a propósito da introdução, nas prisões, do sistema de troca de seringas. Mais polémica se torna quando transposta para o meio prisional, com as necessárias implicações de descriminalização e despenalização do consumo privado e da posse para consumo.

É, no entanto, uma possibilidade que merece, pelo menos, ser analisada, podendo a facilitação de locais protegidos nos termos assinalados - com a entrega, ao recluso, de uma seringa, à entrada no compartimento, restituída pelo mesmo à saída, ficando, assim, ressalvada a questão da segurança sistematicamente invocada -, representando aquilo que correntemente é apelidado de "um mal menor".

A propagação de doenças infecciosas em meio prisional adveniente do consumo de drogas por via endovenosa e com origem na partilha de seringas, objecto que escasseia em meio prisional, pese embora aí exista (por exemplo, em Ponta Delgada foram apreendidas, só no ano de 1998, 25 seringas), constitui ainda um grave problema de saúde pública, tendo designadamente em atenção a grande mobilidade da população reclusa.

9. Como conclusão, entendo que, sem prejuízo do combate à entrada e circulação de droga nas prisões, e tendo presente os números de toxicodependentes e da incidência de doenças infecciosas nas prisões, a par de um juízo de prognose quanto à sua evolução, se deveria proceder à realização de estudos sobre a criação, nos estabelecimentos prisionais, de instalações próprias para a administração pelos reclusos toxicodependentes de drogas por via endovenosa, dispondo de material esterilizado e de assis-

tência médica adequada, com sistema de recepção de seringa à entrada do compartimento contra a sua devolução à saída, tendo em vista a redução dos riscos, actualmente alarmantes, de infecção em meio prisional resultante da partilha de seringas.

Esta medida andaria necessariamente a par da adopção de alterações legislativas pertinentes de descriminalização e despenalização do consumo privado e da posse para consumo de estupefacientes, de acordo com a proposta da Comissão para a Estratégia Nacional de Combate à Droga. Este parece ser, aliás, a opção que logrou recente acolhimento pelo Governo que embora mantendo a ilicitude do consumo de estupefacientes, retirará, segundo anunciado, este facto do catálogo das incriminações penais.

Muito obrigado pela vossa atenção.

2.8. DISCURSO PROFERIDO NO COLÓQUIO "IMPUNIDADE E DIREITO À MEMÓRIA" A CONVITE DA FUNDAÇÃO HUMBERTO DELGADO

Fundação Calouste Gulbenkian, 21 de Maio de 1999

Responsabilidade e Política

No âmbito do tema deste colóquio, "Impunidade e Direito à Memória", escolhi dizer algumas palavras sobre responsabilidade e política, questão essencial em toda a problemática do poder e do seu controlo.

Por motivos imprevistos, esta minha intervenção tem lugar fora do momento considerado azado pelos organizadores, do que peço desculpa, sendo certo porém que os afazeres de que tenho sido "vítima" causam por vezes estes transtornos às pessoas que tão amavelmente me convidam, como é, sem dúvida alguma, o caso presente concretizado pela minha Amiga, Senhora Dr.ª Iva Delgado.

Nada mais central, no que diz respeito à forma de legitimação, na sua clássica dicotomia de título e de exercício, com correlativa possibilidade de controle do modo como é exercido o poder, do que averiguar das possibilidades de confronto dos governantes com as opções e decisões por si tomadas, permitindo, no quadro de uma perspectiva democrática, o exercício da soberania por parte do seu titular- o povo.

No âmbito deste colóquio, atenção especial merece a actuação do poder políti-

co que extravase, manifestamente, as suas condições de exercício, independentemente da legitimidade ou ilegitimidade de origem. Ao contrário do que recentemente se ouviu dizer, aliás a personalidade cujo percurso de luta pela democracia e os direitos humanos merece muito respeito, ditador não é só aquele que não possuiu na sua base uma legitimidade democrática para governar. Ditador e tirano é, para o que mais interessa, o governante que utiliza o poder de que dispõe, ainda que colocado nas suas mãos pelo povo, para fins contrários ao bem comum e por meios que atentem contra a dignidade da pessoa humana. Adolf Hitler não foi menos ditador por se ter submetido ao sufrágio popular, nem o Estado Novo se tornou menos tirânico pelas sucessivas eleições que, bem sabemos como, foram sendo orquestradas ao longo dos 41 anos de vigência da Constituição de 1933.

Ganha, pois, aqui relevo a responsabilidade dos titulares de cargos políticos em situações manifestamente patológicas, fora do jogo normal de poder e da aceitação ou não das decisões políticas em que assenta a governação. Não falo em responsabilidade política, mas sim em responsabilidade penal, por factos manifestamente lesivos de interesses fundamentais e que, de acordo com o direito interno e principalmente do direito internacional possa constituir facto descrito como crime e a que corresponda uma pena.

É curioso observar, aliás, a evolução dos últimos 200 anos a este respeito. Da progressiva distinção das várias funções do Estado, com separação em órgãos diversos, mais ou menos estrita de acordo com o sistema de governo adoptado, as relações entre o poder executivo e o legislativo foram primeiramente configuradas em torno do tão falado conceito de impeachment, isto é, de responsabilização criminal, sancionada além do mais com perda do cargo, dos titulares do poder executivo perante o legislativo. Tratava-se, ao fim e ao cabo, de uma decorrência de uma interpretação mais rígida da separação de poderes, que rejeitava um controlo político. Numa segunda fase essa responsabilidade penal convolou-se em responsabilidade política, permitindo a remoção do cargo, sem que tal necessitasse de prova de prática de actos ilícitos.

Voltamos hoje a ouvir falar da necessidade de responsabilização penal dos titulares de cargos políticos, existente em democracia pela prática de factos indicadores de abuso de funções, mas mais importante em situações ditatoriais ou de democracia mais ou menos atenuada, pelos actos contrários aos direitos humanos que podem ter lugar e pela generalizada insuficiência dos mecanismos de direito interno de cada Estado para darem resposta adequada a essas quebras da justiça.

A democracia e a queda dos regimes autoritários na segunda metade do século XX.

Em matéria de confronto entre democracias e totalitarismos, o contraste entre os três períodos de pós-guerra que vivemos na Europa durante este século é enorme.

A seguir ao final da I Grande Guerra, mercê de uma vitória mal conseguida, por não se firmar numa verdadeira lógica de paz, assistiu-se ao triunfo dos movimentos antidemocráticos, com ascensão de regimes autoritários em Espanha e Portugal e alguns outros países europeus, e totalitários em vastas zonas do globo.

Mercê de causas de natureza económica e social, a serpente dos vários totalitarismos, negros e vermelhos, desabrochou e pareceu remeter as democracias, então ainda com escassa preocupação social, para a defensiva.

O final da 2.ª Grande Guerra viu uma alteração geo-estratégica fundamental, qual seja a oposição entre dois novos grandes pólos. Essa oposição, baseada em esferas de influência territorial, se permitiu constituir um novo sistema de direito internacional, desmentiu a possibilidade da retirada total de consequências da derrota dos totalitarismos negros. Assim, se a descolonização rapidamente efectuada permitiu algum autogoverno da larga maioria da população mundial, até então sujeita a um regime de menorização, a confrontação da guerra fria permitiu que regimes totalitários na esfera ocidental permanecessem, caso de Portugal ou da Espanha, ou mesmo surgissem, como foi o caso da Grécia.

A Guerra Fria teve o seu auge na década de 60, permanecendo o bloco totalitário em aparente vantagem durante a década seguinte. Pioneiramente, a partir da revolução portuguesa, a Europa do Sul democratiza-se, sendo notável o modo como nos três países envolvidos os custos da transição para a democracia foram relativamente tão escassos, com particular relevo para a Espanha.

De alguma forma, esta democratização teve alguma influência no vasto movimento que varreu os antigos satélites da União Soviética a partir da queda do muro de Berlim. No final da Guerra Fria, afinal uma guerra que teve, provavelmente, custos tão elevados como qualquer uma das anteriores, embora com muito maior reflexo no chamado terceiro mundo do que nos dois blocos "beligerantes", a vitória da instituições democráticas foi total, sem que por isso se possa chamar à colação uma ideia então muito propalada de um qualquer fim da História.

A experiência portuguesa

Apesar do que já se disse, a transição portuguesa para a democracia, cujo momento culminante comemorámos há pouco na passagem do seu 25.º aniversário, não ocorreu sem traumas, aliás próprios de um processo revolucionário.

Como é sabido, a fractura revelou-se mais em aspectos económicos do que em mecanismos sancionatórios de quaisquer crimes cometidos.

Os dirigentes do Estado Novo não foram, salvo pequenas excepções, perseguidos, muitos aliás tendo sido integrados e acolhidos por alguns partidos, sendo notável verificar que o próprio exílio do seu responsável máximo, em termos formais, apenas durou meia dúzia de anos.

Nos executores por excelência da política ditatorial, os elementos da PIDE/DGS, também os períodos de prisão foram bastante curtos, sendo caso isolado mas de resultados ambíguos o julgamento dos autores do homicídio do General Humberto Delgado.

O episódio recente da visita a Portugal de um desses autores, aparentemente já protegido pelo instituto da prescrição, veio levantar de novo esta questão da impunidade dos autores de crimes contra os direitos humanos.

Julgo, a este respeito, que essa impunidade é mais aparente que real. Provavelmente a vida dúplice de foragido não é mais leve que uma vida na prisão. E, a termo, julgo que o juízo histórico acaba por ser a maior das punições.

Sim. Que maior punição para os fautores e agentes do Estado Novo que a observação do sucesso de uma democracia, aliás não tão completo como se desejaria?

Ainda no que à defunta polícia política diz respeito, assistimos há uns anos a esta parte ao desenvolvimento de um processo que, acreditando sempre na pureza de intenções de quem o desencadeou, podia, efectivamente constituir um gravíssimo ataque ao direito à memória, não só das gerações que viveram o Estado Novo, que tiveram conhecimento directo do que tal significou, como principalmente daquelas que já não sentiram a privação da liberdade.

Refiro-me à proposta apresentada já há alguns anos para o que seria uma verdadeira destruição do arquivo da ex-PIDE/DGS enquanto fundo documental de alguma valia para a preservação da memória histórica. Nos projectos de Lei apresentados estabelecia-se o princípio da devolução dos originais de documentos apreendidos pela antiga polícia política aos respectivos "titulares", executando-se cópias que ficariam em consulta, com restrições de vária ordem, nos Arquivos Nacionais.

O interesse colectivo no conhecimento do acervo documental produzido pela ex-PIDE/DGS no seu labor de décadas ao serviço do regime deposto em 25 de Abril de 1974 ficava irremediavelmente comprometido pela dispersão desse acervo, sem benefício notável para os "titulares" desses documentos ou suas famílias. Tal facto era, aliás, tecnicamente inconveniente face aos princípios mais elementares da arquivística, para já não falar de dificuldade a nível da sua aplicação prática.

Segundo os promotores destas medidas legislativas, estariam em causa os direitos fundamentais da reserva da intimidade da vida privada (art.º 26.º, n.º 1, da CRP) e de propriedade (art.º 62.º, n.º 1, da CRP), violados pela polícia política a seu tempo, violação essa que, alegadamente, seria perpetuada pelo regime democrático ao manter esses documentos na posse do Estado. Essa violação, também segundo os mesmos, nunca poderia ser justificado com o chamado direito à memória ou por recurso a um interesse colectivo de qualquer ordem, pelo menos em termos de exigir a conservação dos originais dos documentos em vez de cópias.

Em primeiro lugar, sendo o direito de reserva da intimidade da vida privada um direito, liberdade e garantia, e beneficiando o direito de propriedade do mesmo regime, por força do art.º 17.º da Constituição, importa apurar se existem valorações constitucionais que pudessem justificar a compressão desses direitos. Encontramos apoio constitucional para a possibilidade dessa compressão em várias normas, v. g., no art.º 9.º, e), no art.º 42.º, n.º 1, art.º 73.º, n.º 4, e no art.º 78.º. Se nenhuma delas autoriza o confisco ou a ingerência na vida privada (maxime numa espécie de PIDE/DGS de investigação científica e cultural), importa estabelecer que o Estado não pode, constitucionalmente, ser indiferente face ao direito à memória.

Em segundo lugar, não é difícil reconhecer que, efectivamente, na apreensão de muitos, senão de todos os documentos de que agora se trata, houve violação dos direitos fundamentais dos cidadãos investigados e perseguidos pela ex-PIDE/DGS. Essa violação, em termos de ablação da intimidade ou da propriedade, ocorreu, no entanto num momento histórico bem definido, podendo sempre defender-se que as restrições hoje existentes quanto à consulta de documentos do fundo em questão defendem razoavelmente a privacidade dos ofendidos e suas famílias.

Ao contrário do que afirmavam os autores dos projectos, não parece que a intimidade da vida privada dos lesados fique mais defendida pela existência de uma cópia no ANTT em vez do original. É às regras de acesso e consulta dos documentos que

compete defender essa intimidade, o que, segundo se julga, está suficientemente garantido na legislação vigente.

É também certo que, arquivisticamente, uma boa cópia não vale um mau original, pela necessidade de preservar o máximo de imediatividade, veracidade e autenticidade na relação do investigador com o objecto investigado, intermediado pelo imprescindível recurso ao acervo documental. Deste modo, fornecendo os originais aos "titulares" dos documentos e ficando com cópias, destruir-se-ia parte importante do valor histórico e arquivístico do fundo documental da ex-PIDE/DGS, sem benefício relevante para os lesados pela actividade desta polícia ou suas famílias.

Na verdade, do que se trata agora não é de justificar o comportamento da ex-PIDE/DGS, mantendo a situação de apreensão desses documentos; essa agressão sofrida transfigurou a natureza dos documentos que, de privados, passaram a ser objecto de um interesse público bastante relevante, interesse público esse que acaba por ser a sequência lógica das actividades pelas quais a maior parte dos lesados foi alvo de perseguição política.

Felizmente que as iniciativas legislativas em causa baixaram à análise da Comissão Parlamentar de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, sem votação, sendo de presumir que, com o iminente enceramento da legislatura, venham a caducar.

Julgo tratar-se de um excelente exemplo do modo como um sentimento generoso fez correr o risco de se prestar um precioso contributo para desvanecer nas gerações vindouras, não só o conhecimento histórico como principalmente o cívico, dos efeitos nefastos das ditaduras.

A impunidade jurídico-política dos ditadores, nos próprios países e no campo internacional

A relativa impunidade dos ditadores ou responsáveis por crimes de guerra ou contra a humanidade tem sido a regra.

Se no final da I Guerra Mundial algumas vozes se ouviram a favor do julgamento do Kaiser germânico, os julgamentos de Nuremberga e de Tóquio nunca se livraram da suspeição de se tratar da justiça dos vencedores, baseada na força das armas e não de qualquer Lei.

Se os crimes praticados pelos governantes nazis e nipónicos não merecem qualquer dúvida na sua existência e censurabilidade, mais do que o castigo individualmente merecido, a constituição e funcionamento dos Tribunais em causa contribuíram

para a definição das categorias de factos que repugnam à consciência universal e que, independentemente de quem os pratica, onde os pratica e sobre quem, devem ser considerados como crimes e como tal punidos devidamente.

A prática posterior, também por causa da Guerra Fria, revelou alguma impotência para uma actuação em conformidade. Como já disse um antigo Alto-Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos, existem muito mais probabilidades de alguém ser perseguido e condenado por matar uma pessoa do que cem mil.

Durante a segunda metade do século XX, salvo situações pontuais a que adiante me referirei, não há menção de qualquer actuação para aplicar qualquer sanção a um criminoso deste género, salvo circunstâncias consequentes e posteriores a uma mudança violenta de governo ou situações ajurídicas como julgamentos populares e execuções em actos de terrorismo. Num contexto internacional, no entanto, a paralisia foi, e de boa maneira ainda é, total.

Tivemos e temos ainda a decorrer um caso pioneiro de tentativa de punição de um Chefe de Estado, por actos contra a integridade individual e a vida

Vozes clamam pela punição do ditador, outras clamam em sentido contrário, aliás com argumentos em abstracto dignos de atenção.

Por um lado, inova-se a pacificação das comunidades vítimas e divididas pelas ofensas aos direitos humanos. Por outro, invoca-se, com muita razão, uma grande dose de hipocrisia e duplicidade. Um ditador em funções é não só tolerado como tratado como um amigo, tão logo permaneça em funções, isto é, enquanto pratique ou deixe praticar os factos que, tão logo abandone o poder, lhe serão prontamente assacados, justamente se pedindo a sua punição.

O exemplo de Pinochet não é o único. Os crimes de que é acusado Nino Vieira não mereceriam uma actuação mais esclarecedora da verdade dos factos, não só agora, no momento em que está manifestamente fragilizado, mas antes, enquanto estava no poder? A riqueza fácil que exibem tantos Chefes de Estado de tantos países paupérrimos não é, em si mesma, uma indicação segura do maior dos crimes contra os respectivos povos, a negação do direito a uma vida em condições de dignidade apropriadas?

Em que é que a actuação dos governos que se proclamam defensores dos direitos humanos tem contribuído para a ostracização dos que os ofendem? Se a soberania do Estado não pode proteger contra a violação dos direitos humanos, como a retórica da última década vem constantemente afirmando, não se compreende qualquer duplicidade

de critérios, sincrónicos ou diacrónicos.

A este respeito, não é só o aparelho dos estados que pode ser acusado de duplicidade. Quantos cidadãos dos que hoje em Portugal, ou noutros países, apoiam e defendem a extradição e julgamento de Pinochet, aplaudiram e defenderam há apenas alguns anos o exílio e consequente impunidade de Erich Honnecker?

A mesma duplicidade existe na questão em curso do Kosovo. Se a intervenção militar é condenada, vêem-se as mesmíssimas pessoas aplaudir a extradição de Pinochet e louvar a imunidade soberana da actual república da Jugoslávia e do seu Presidente, procurando-se pelo menos aparentemente esquecer o povo sacrificado por este.

A necessidade de não discriminar entre factos substancial e objectivamente idênticos tem que passar por cima de afinidades ideológicas ou outras simpatias, de modo a que uma tortura ordenada por um Pinochet ou um Franco não seja avaliada de forma diversa da de um qualquer outro ditador. Não há torcionários bons e torcionários maus. A responsabilidade de uns e de outros não pode ser apagada pela invocação da suposta bondade dos fins prosseguidos. A violação de direitos humanos é em si mesma um mal que nada pode justificar, sob pena de se cair na instrumentalização da pessoa humana.

E é na medida em que se tiver um tratamento igual para casos objectivamente idênticos que a licitude e a legitimidade de intervenção penal sai reforçada.

A um outro nível, confesso que, sem duvidar da necessidade e imperiosidade da existência de uma sanção, a nível internacional como a nível interno de cada Estado, sinto-me mais sensível à perspectiva da vítima, devendo orientar-se a acção a desenvolver para a minimização dos danos sofridos e para a compensação dos mesmos. Muito mais que a punição pela punição, é adequado ponderar-se se ela, de algum modo, também contribui para o apaziguamento da consciência da comunidade e dos indivíduos afectados pela violência.

Em concreto, e voltando aos exemplos de Pinochet ou de Nino Vieira, o bem dos povos respectivos deve ser devidamente ponderado, por juízos que não de oportunidade ideológica, como já disse.

Longe de mim estar a querer ditar o que o Estado português deve fazer no caso de Nino Vieira, tanto mais que, mal ou bem, parece já existir um compromisso de concessão de asilo político. No entanto, parecer-me-ia bem que a decisão sobre esse asilo tivesse em consideração qual seria a melhor solução para a pacificação da sociedade guineense, se um julgamento (impossível que fosse a prisão perpétua ou a pena de

morte, e desde que fossem dadas garantias de processo isento) se a partida para o exílio.

Tais juízos de oportunidade num mero executante não teriam cabimento e aqui confesse-se algum tratamento mais severo para o braço do que para a cabeça. Mas parece-me que a impunidade pode ser um mal menor, na medida em que possa conduzir a satisfação da necessidade essencial, que é a reparação e a normalização da vida comunitária.

Desenvolvimentos recentes: o Tribunal Internacional penal

A recente adopção, em 17 de Julho passado, em Roma, de uma convenção internacional criando uma instância de investigação e sanção penal para os crimes mais graves contra os direitos humanos, pode, a prazo, representar a melhor prenda que o sistema jurídico internacional podia esperar nas comemorações do 50.º aniversário da Declaração universal dos direitos do Homem.

Como disse um participante nos julgamento de Nuremberga, não pode haver paz sem justiça, justiça sem Lei e Lei adequada sem um tribunal que decida o que é justo e está dentro da Lei.

A existência de uma entidade independente que diga o que é o direito num caso concreto é imprescindível para a dissipação total das dúvidas sobre a juridicidade e a efectividade do Direito Internacional.

Desde o início da ONU, correspondendo a uma fase de maior institucionalização do Direito Internacional, que a consabida insuficiência do mesmo, no que à coercibilidade diz respeito, tem sido alvo de preocupação e estudo. As Nações Unidas, há 50 anos, ao adoptarem a Convenção para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, reconheceram a necessidade de criarem um tribunal internacional de natureza penal. Previa-se no seu artigo VI a competência para o julgamento desse tipo de crimes dos tribunais do Estado da prática do facto ou de um eventual tribunal internacional com poderes para tanto, resultando do mesmo documento um pedido para que se estudasse a possibilidade e conveniência do estabelecimento desse tipo de órgão internacional.

Esse estudo, mercê das condições específicas da Guerra Fria, não teve seguimento, tendo sido necessário esperar pelo final deste conflito para que o assunto fosse reactivado, muito em particular pela erupção de conflitos onde a componente étnica e religiosa pesava bastante, como os casos do Ruanda e da antiga Jugoslávia.

A criação de Tribunais penais ad hoc, se de algum modo indesejáveis pela sua grande limitação em termos de jurisdição, correspondeu a um grande avanço no proces-

so de criação do Tribunal Internacional Penal, pela prática obtida e pelos textos jurídicos base que tiveram que ser aprovados.

Assim, a criação deste Tribunal de âmbito universal evita as situações de desigualdade, criadas pela ausência de tribunais ad hoc para certas situações ao contrário de outras, possibilitando uma resposta mais rápida, por se tratar de instituição já estabelecida no momento da prática dos factos, não carecendo de morosas e complexas negociações. Permite adicionar um elo judicial suplementar ao Tribunal Internacional de Justiça da Haia, tribunal este vocacionado para o litígio entre Estados e não contra indivíduos.

Em resultado, a Assembleia Geral das Nações Unidas promoveu a já citada Conferência de Roma que adoptou o Estatuto do referido Tribunal, abrindo-o à assinatura de todos os Estados.

No desenrolar deste processo, e na subsequente pressão para a assinatura e ratificação pelos diversos Estados, não pode deixar de ser mencionado muito especialmente o papel das Organizações Não Governamentais, instrumento da chamada sociedade civil no acordar da consciência ética dos governantes do Mundo. O seu contributo para a criação do Tribunal é uma realidade que não é demais frisar.

Duas notas dissonantes. Em primeiro lugar, o facto de ainda relativamente poucos (82) países terem assinado o Estatuto em causa, entre os quais Portugal em 7 de Outubro p. p., é certo, sendo ainda irrisório o número dos que o ratificaram (três, segundo informação disponível das Nações Unidas, Senegal, São Marino e Trindade e Tobago), face aos sessenta Estados necessários para a sua entrada em vigor. Torna-se urgente, e mais uma vez o papel das ONG é fundamental, incrementar a pressão política para que esse número seja alcançado quanto antes.

Em segundo lugar, se é compreensível a sua existência, até pelas razões de ponderação do mérito de iniciativas, no quadro dos fins da ONU, já para não mencionar a necessidade de convencer os membros permanentes do Conselho de Segurança das Nações Unidas, pode resultar impeditivo de um funcionamento equânime e justo do Tribunal a disposição do art.º 16.º do Estatuto, permitindo ao referido Conselho obstar à investigação de crimes por um período indefinido.

Direito à memória: dos povos e dos cidadãos

Garantir que a impunidade dos autores de graves atentados contra os direitos humanos não é uma palavra vã, não passa apenas, ou talvez sequer principalmente, pela existência da sanção penal.

Bem mais importante do que infligir um sofrimento físico pela encarceração a alguém, é necessário que toda a comunidade e cada indivíduo na media das suas responsabilidades e capacidades possa contribuir para a denúncia das situações criminosas, permitindo eventualmente perdoar mas não esquecer. Porque o perdão é para o passado, imutável por natureza, mas o esquecimento compromete o futuro, e é por esse que tudo o que fazemos ou pensamos ganha sentido.

É de iniciativas como esta que a memória colectiva se vai alimentando, permitindo uma cidadania consciente, infelizmente em várias ocasiões bastante desmentida, e facilitando a luta quotidiana contra a possibilidade, em pequena ou grande escala, no nosso país ou nos antípodas, de serem impunemente violados os direitos humanos.

É ao nível da educação, num sentido mais humanista e menos tecnocrático, é ao nível da investigação e divulgação históricas e da celebração colectiva da democracia e dos seus marcos simbólicos, é ao nível da integração comunitária que a punição dos tiranos mais bem funciona e que a nossa memória, enquanto indivíduos e enquanto membros da comunidade, ganha sentido.

2.9. CICLO DE CONFERÊNCIAS PROMOVIDO PELA ORDEM DOS ADVOGADOS

Ordem dos Advogados, Lisboa, 26 de Maio de 1999

"O Provedor de Justiça (hoje e amanhã)"

Desejo, antes de mais, agradecer ao Dr. Pires de Lima a gentileza que teve para com o Provedor de Justiça, ao incluí-lo neste ciclo de conferências destinado a difundir a actividade de todos os órgãos do Estado com incidência no vasto campo da Justiça. Pertence-me, hoje, a honra de falar sobre "O Provedor de Justiça (hoje e amanhã)".

1. Senhor Bastonário, meu Ilustre Amigo, Caros Colegas:

O controlo da actividade administrativa consiste essencialmente num juízo sobre a legalidade ou sobre o mérito de um acto administrativo.

Existem duas espécies de controlo. Em primeiro lugar, o interno oficioso que se baseia no poder que a própria Administração tem de anular, revogar ou modificar os seus actos administrativos por sua própria iniciativa. Os actos através dos quais se ma-

nifesta o poder da autotutela, assumem, segundo os casos, o nome de anulação de ofício ou de revogação.[89] Todavia, quer um, quer outro meio não são obrigatórios. Não se sentindo a Administração obrigada a corrigir as ilegalidades e injustiças por ela praticadas, este instrumento de controlo é de escassa eficácia; não só por este motivo como também pelas características do seu próprio funcionamento, já porque o agente, quando procede de boa fé, muito dificilmente se aperceberá do erro e, no caso contrário, natural é que "faça tudo para encobrir" o vício do seu acto. Isto, por um lado. Por outro, quando é o superior a fiscalizar o seu controlado, existe uma certa tendência para não denunciar os erros cometidos pelo inferior hierárquico. Seja por uma certa camaradagem mal entendida, seja por um certo espírito de corpo, o certo é que este tipo de controlo sofre de uma deficiência insuperável, qual seja o de se pretender proteger o cidadão contra a Administração por meio ou através dela própria, confundindo-se o juiz com a parte na causa, postergando-se, assim, a objectividade, a imparcialidade e a isenção.[90]

Se se pensar no topo da hierarquia, ou seja o Ministro, então as coisas complicam-se, atenta, por um lado, a complexidade das relações político-partidárias e, por outro, a impossibilidade de, acima dele, não existir qualquer outra entidade hierárquica superior. Para já não falar em órgãos de entes descentralizados e não subordinados ao poder hierárquico do Governo.

Nestes termos, o chamado controlo interno não funciona ou é ineficaz.

Daqui o aparecimento do controlo externo.

2. Surgem, então, em primeiro lugar, os chamados meios graciosos ao dispor dos cidadãos como a reclamação e o recurso hierárquico, mas a doutrina é unânime em duvidar da utilidade prática deste tipo de garantias na defesa dos administrados.

Depois, temos o controlo judicial da actividade administrativa através de recursos de quem tenha interesse directo, pessoal e legítimo na anulação, da acção popular e de acções relativas à efectivação da responsabilidade civil da Administração e à interpretação, validade ou execução dos contratos administrativos.

Serão, contudo, estes meios suficientes e operativos?

A resposta é, infelizmente, negativa, quer por serem onerosos, extraordinariamente lentos, sujeitos a prazos por parte dos particulares (a maior parte deles muito curtos), quer pela dificuldade de impugnação dos actos discricionários, quer pelo pro-

[89] Fernando Alves Correia, "Do Ombudsman ao Provedor de Justiça", p. 8.
[90] Fernando Alves Correia, ob. cit. pp. 8 e 9.

blema da execução das decisões dos Tribunais Administrativos, o qual conduz, muitas vezes, à impossibilidade prática daquela efectivação. Não quero dizer com isto ser de desprezar este meio de controlo externo, pelo contrário. Todavia, é claramente insatisfatório.

3. Um outro meio de controlo externo desenvolve-se pelo Tribunal de Contas através do visto prévio de actos e contratos (hoje diminuído), por via de outros meios de jurisdição e de auditoria às contas de sociedades de capitais públicos. Contudo, também esta espécie não constitui um meio suficiente para prevenir as ilegalidade da Administração por duas ordens de razões: por um lado, só uma pequena parte dos actos administrativos continua sujeita a este controlo; por outro, a concessão do visto não traduz "uma decisão sobre a legalidade de uma ilegalidade material". Já as auditorias têm um significado importante com vista à futura reparação dos danos provocados pela gestão ilícita. Desde a última reforma do Tribunal de Contas, tem-lhe sido possível exercer uma actividade de controlo externo, independente e objectiva.

4. Ainda outro meio de controlo externo é exercido pelos Tribunais Criminais quanto aos ilícitos penais praticados por funcionários públicos, quer quando o respectivo tipo legal exige esta qualidade do agente, quer quanto aos outros. Para além da sua eficácia inegável, o certo é porém que abrange uma parte muito pouco vasta da acção administrativa, já que a maioria dos ilícitos praticados pela Administração não configuram crimes.

5. Finalmente, o controlo, também externo, mas de natureza política exercido pelo Parlamento sobre a Administração. São variadas as formas, desde as interrogações e interpelações ao Governo até à actividade das Comissões Parlamentares. São conhecidos de todos os defeitos e insuficiências deste tipo de controlo, pelo que não merecerá, nesta sede, a sua explicitação.

6. Foi, por todo o exposto, sentida a necessidade de criar um órgão do Estado, claramente independente e isento, destinado a corrigir os defeitos de funcionamento da Administração. Em Portugal, tomou o nome ou designação de Provedor de Justiça. Ele é um órgão do Estado, totalmente independente de qualquer órgão de soberania, eleito por maioria de dois terços dos deputados à Assembleia da República, por um período de quatro anos, apenas renovável uma vez e sem possibilidade de lhe ser posto termo antecipado por qualquer entidade, salvo casos muito particulares e, convenha-se, inverosímeis, já que radicam em fundamentos de natureza criminal. Por outro lado, é intei-

ramente isento de responsabilidade civil e criminal pelos actos e opiniões que exprima no exercício das suas funções.

7. O Provedor de Justiça está consagrado na Constituição desde a sua primeira versão (1976) no seu artº 23º, o qual, pela clareza de definição das atribuições e competências, importa aqui enunciar:

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 graciosos 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.

8. O Provedor de Justiça tem por fonte imediata a figura do *Ombudsman*, nascida na Suécia nos alvores do século XIX (1809), como consequência da revolução que destronou o rei Gustavo IV Adolfo, e difundida sob diversos nomes e características, na segunda metade do século XX, na Nova Zelândia, Noruega, Dinamarca, Grã-Bretanha, França, Espanha e muitos outros países, dos quais destaco, na última década, quase todos os países latino-americanos.

Em Portugal, esta instituição foi introduzida primeiramente em Abril de 1975, de acordo com o "plano de acção" do Ministério da Justiça, de Setembro do ano anterior, tendo sido o seu primeiro titular um militar de Abril, o hoje Coronel Costa Brás.

Conforme já referi, a Suécia conhece a figura do *Ombudsman* desde 1809. Essa data marca o termo de um regime de concentração de poderes na coroa. É, pois, num contexto histórico e político de separação e interdependência de poderes que nasce da revolução sueca um comissário parlamentar tão independente da Coroa, do Governo e dos Tribunais, quanto do próprio órgão que o designa - o Parlamento, ou seja, a criação de uma instituição completamente independente dos demais poderes do Estado.

Aquele órgão, embora sem o reconhecimento de quaisquer competências executivas mas dotado dos meios adequados de fiscalização e de investigação a partir de queixas dos cidadãos apresentadas aos deputados, vai encontrar a sua legitimidade, por um lado, na origem da sua nomeação parlamentar e, por outro, no modo de exercício

das suas funções, sendo possível identificar os seus traços característicos:

- Independência
- Imparcialidade
- Amplos poderes de fiscalização
- Ausência de poderes de decisão.

9. A extensão do modelo sueco a outros países permitiu demonstrar, por um lado, a adaptabilidade da instituição a vários sistemas político-constitucionais e, por outro lado, a importância que o *Ombudsman* pode assumir como meio de resposta às exigências da via moderna, colmatando as deficiências dos tradicionais meios de controlo da Administração num contexto muito mais interventivo que é o do Estado Social de Direito.

Acrescente-se que para a expansão da figura muito contribuíram os seminários organizados pela ONU no início da década de sessenta, tendo como finalidade estudar o contributo do instituto para uma correcta aplicação do artº 8º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, a saber, o direito de recurso que assiste a todos os cidadãos contra os actos da Administração lesivos dos seus direitos fundamentais.

Assim, nos últimos trinta anos, em todos os quadrantes geográficos, foram instituídos órgãos com aquelas características, sendo o paradigma sueco um modelo de referência, mas sujeito à devida adaptação por outras culturas cívicas e jurídicas.

Por esse motivo, a própria denominação é variada quanto o ilustram os diversos exemplos que vão desde os *ombudsman* locais, regionais aos nacionais, passando pelo mais recente - aquele que resulta do Tratado da União Europeia - o Provedor Europeu. Se nos países de língua castelhana a designação tradicional é a de Defensor Del Pueblo, em França temos o Médiateur de la République, em Inglaterra o Comissário Parlamentar para a Administração, no Québec o Protecteur du Citoyen e em Macau o órgão homólogo denomina--se Alto Comissário contra a Corrupção e a Ilegalidade Administrativa.

10. 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.

A Constituição traça como âmbito essencial de actividade os poderes públicos.

A Lei (Estatuto do Provedor de Justiça, da competência exclusiva da Assembleia da República) esclarece melhor este âmbito, excluindo dele os órgãos de soberania, isto é, o Presidente da República, o Parlamento, o Governo e os Tribunais, em tudo o que não seja a sua actividade administrativa. Claro está que, ao prever a mesma Lei o poder de dirigir recomendações legislativas, está a considerar como apenas afastadas do âmbito de intervenção do Provedor a chamada actividade política "stricto sensu" e a actividade jurisdicional.

Tem sido interpretação do Provedor de Justiça que a chamada administração da Justiça está sujeita ao seu controlo, v.g., no que toca a atrasos processuais excessivos, correspondendo à denegação do direito fundamental de acesso à Justiça, apenas tendo de ser exercido através dos Conselhos superiores que exercem o poder disciplinar sobre as magistraturas.

Por outro lado, em matéria conexa, o Provedor de Justiça pode e tem desempenhado, também, um papel relevante em matéria da garantia da execução das decisões judiciais. Como sabemos os meios de coerção da execução das sentenças são ainda imperfeitos, o que leva consequentemente a uma diminuição das garantias dos direitos dos administrados. Ora, existe aqui um largo espaço de intervenção do Provedor, na medida em que através da sua acção pode pressionar a Administração a cumprir e executar celeremente as sentenças dos tribunais administrativos e dos tribunais comuns, contribuindo assim para o aperfeiçoamento das garantias dos cidadãos.

11. A Constituição refere-se genericamente e sem qualquer exclusão ao *poderes públicos.* Isto não significa porém que o Provedor não possa estender a sua actividade a outros tipos de poderes, como seja o caso de relações especiais de autoridade entre sujeitos particulares ou entre estes e algumas instituições do chamado sector social e cooperativo. Pense-se nas áreas da banca, dos seguros, dos transportes, das telecomunicações e do ensino privado.

Há três anos uma alteração do Estatuto veio consagrar a interpretação liberal que já se vinha fazendo do mesmo, no que toca à possibilidade de o Provedor de Justiça defender também os direitos fundamentais quando atacados por entidades privadas.

É claro que nestes casos a cautela com que se faz uso dos poderes do Provedor, numa auto-restrição, e, perdoem a imodéstia, o prestígio que a Instituição detém, permite-me utilizar esta nova competência no sentido de minimizar os conflitos sociais e não de os propiciar.

12. Quem se pode queixar ao Provedor de Justiça? Todas e quaisquer pessoas,

individuais ou colectivas, através de qualquer meio, por carta, por telefone, por correio electrónico ou presencialmente, na Provedoria de Justiça ou em qualquer delegação do Ministério Público. Do texto constitucional resulta a natureza universal do direito de queixa, aí se incluindo os estrangeiros e as pessoas colectivas.

Refira-se ainda que o direito de queixa pode ser exercido de forma colectiva, inclusive por grupos não dotados de personalidade jurídica, e, ao contrário da generalidade dos processos administrativos ou judiciais, não se torna necessário que o queixoso demonstre o que se chama de interesse directo, pessoal e legítimo, isto é, que seja titular do direito que visa defender.

Esta possibilidade tornou-se particularmente visível no caso dos militares desde 1995. Nessa data foi publicada uma Lei que exige que os cidadãos militares que pretendam queixar-se ao Provedor de Justiça apenas o possam fazer após esgotarem a hierarquia militar. Ainda pensei em solicitar ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade desta norma, mas o facto de nada proibir que o cônjuge, um filho, um amigo ou um simples conhecido do militar em causa apresente a referida queixa, facto que aliás se multiplicou, tornou bem visível a inocuidade da norma.

13. O Provedor pode igualmente iniciar o procedimento por sua exclusiva vontade, geralmente por conhecimento de factos pela comunicação social. De igual forma, o Provedor não está vinculado ao objecto definido pelo queixoso, podendo, inclusivamente averiguar factos e recomendar medidas contrárias ao próprio reclamante. O Provedor não é um advogado e a relação que estabelece com o reclamante, embora também protegida por um dever de sigilo, não é a relação com um cliente.

A título de exemplo, lembro que em 1993 um Presidente da Câmara, que tinha mandado arrancar propaganda política da oposição, se queixou da afixação da mesma, pedindo o respaldo da opinião do Provedor. Por se ter verificado que a ordem de retirada tinha sido ilegal, foi feita a apropriada recomendação ao próprio reclamante, recomendação essa que veio a ser acatada pelo novo presidente da Câmara, entretanto eleito, e que era afinal o líder local do partido cuja propaganda tinha sido arrancada.

14. Para a instrução dos processos, a Lei atribuiu ao Provedor de Justiça a possibilidade de proceder a inquéritos por todos os meios imagináveis que não violem os direitos fundamentais dos cidadãos. Entre os mais importantes, saliente-se o dever de colaboração de entidades públicas e privadas, traduzindo-se nomeadamente no dever de prestar esclarecimentos em determinado prazo e no dever de comparecer pessoalmente

para depoimento quando tal se entenda por necessário. A violação destes deveres é penalmente sancionada como crime de desobediência, eventualmente qualificada, para além das sanções disciplinares no caso de funcionários.

Toda a instrução se baseia em princípios de informalidade, recorrendo-se muito frequentemente aos contactos telefónicos para desbloquear situações, por vezes bastante simples e apenas carecendo de um empurrão.

O Provedor de Justiça pode, ainda, visitar, pessoalmente ou através dos seus colaboradores, com ou sem aviso prévio, quaisquer instalações pertencentes a entidades sujeitas ao seu controlo. Nos últimos anos, utilizando esse poder, teve-–se ocasião de produzir vários relatórios especiais ao Parlamento, nomeadamente sobre o estado do sistema prisional, a actividade do Instituto de Reinserção Social, organismo que tem a seu cargo o apoio prisional e pós-prisional aos reclusos bem como o apoio a menores em risco, a articulação entre os vários níveis do Sistema Nacional de Saúde na região norte do País, para só citar os casos mais relevantes.

Muito recentemente terminei uma nova inspecção ao sistema prisional, com visitas realizadas aos 54 estabelecimentos actualmente existentes no continente e nas ilhas, nalguns casos durante vários dias. Do que aí foi apurado resultou um relatório com cerca de 750 páginas e contendo quase 800 recomendações dirigidas ao Senhor Ministro da Justiça. O prazo de resposta termina dentro de poucos dias, sendo certo que será necessária alguma tolerância, pela complexidade das matérias e pelo número de questões colocadas. De qualquer modo, pelas notícias vindas a lume, algum progresso já se registou, mostrando-se em vias de concretização a descriminalização do consumo de estupefacientes e a análise da possibilidade de criação de instalações sanitárias para a toma intravenosa dos mesmos nas cadeias, assim minimizando os riscos de propagação de doenças infecciosas.

A possibilidade de actuação por meios informais é bem visível na rapidez com que se consegue resolver alguns assuntos. Lembrar-se-ão do caso do zero no totoloto, em que durante uma transmissão televisiva saiu a bola com esse algarismo, facto não admissível face ao regulamento e que provocou celeuma e descrédito quanto à seriedade do concurso.

Depois de ser solicitada a minha intervenção, encetei uma reunião conjunta com a Senhora Provedora da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa e com os Senhores Governador Civil e Inspector Geral de Finanças, tendo-se alcançado rapidamente, num par de dias, a solução de repetir o concurso, assim satisfazendo os que se sentiam lesa-

dos pela presença da bola zero, mas respeitando os prémios já atribuídos.

Infelizmente esta rapidez, se não é de todo excepcional, não é possível na maioria dos casos. Cerca de 10% das queixas apresentadas obtêm resposta no prazo de uma semana, seja por não terem qualquer fundamento, seja por serem de fácil resolução, muitas vezes com um telefonema.

15. Para dar uma pequena ideia da nossa actividade, devo esclarecer que a média de processos entrados até 1995 era de cerca de 3400 por ano. Em 1996 receberam-se cerca de 5800 queixas, em 1997 cerca de 5000 e em 1998 cerca de 5300. Em 1999, a manter-se o actual ritmo, alcançar-se-á número idêntico.

Convém frisar que cada uma destas queixas pode ser subscrita por um número enorme de cidadãos: em 1996 recebi uma queixa sobre o funcionamento de certos estabelecimentos de saúde no Norte subscrita por cerca de 14 mil pessoas.

São formuladas por ano pouco mais de 100 recomendações, um quinto das quais normativas. A grande maioria destas recomendações é acatada, muitas vezes, no entanto, após uma porfiada e aturada insistência junto do seu destinatário.

Os assuntos mais tratados são os de Trabalho, com especial relevo para a Função Pública, Administração da Justiça, Segurança Social, Urbanismo e Obras Públicas, Educação e Impostos.

Dentro das queixas respeitantes à Administração Central, os organismos mais visados são os Ministérios da Educação, das Finanças, da Justiça, do Trabalho e da Solidariedade, da Saúde e da Administração Interna.

As Câmaras Municipais são também alvo de bastantes queixas, essencialmente no que toca às suas atribuições em matéria de ordenamento do território e de urbanismo. Contra entidades particulares são dirigidas cerca de 10% das queixas.

A caracterização sócio-profissional predominante evidencia o elevado número dos trabalhadores da Administração Pública (25%), sendo seguidos dos militares, dos aposentados e reformados, dos reclusos, dos profissionais liberais e dos estudantes. De entre as queixas individuais apresentadas dois terços provêm do sexo masculino e os restantes do sexo feminino.

De entre as queixas formuladas por entidades colectivas, sobressaem as das sociedades e os sindicatos. São ainda formuladas habitualmente algumas queixas por ano por várias estruturas de partidos políticos e algumas por entidades públicas.

O grau de aceitação das minhas posições é relativamente elevado, quer em

termos absolutos, quer comparando com os meus congéneres europeus. Se metade das queixas recebidas são arquivadas por falta de fundamento, das restantes, cerca de 80% resolvem-se a contento do reclamante, fazendo-se a justiça que o Provedor de Justiça reconheceu nas suas pretensões.

Como disse, a instrução é, tanto quanto possível, orientada por princípios de informalidade, não se sujeitando a nenhum dos diversos regimes de produção de prova, legalmente consagrados.

Como limites da instrução encontram-se, naturalmente, os direitos fundamentais - a começar pela reserva da intimidade - e o sigilo protegido especialmente pela Lei, ou seja, o segredo de Estado, o segredo de justiça e o segredo profissional fundado em razões deontológicas. O dever de sigilo quanto à identidade dos reclamantes é especialmente imposto ao Provedor pelo seu Estatuto.

16. Ao Provedor assiste o poder de influenciar o comportamento dos restantes poderes públicos, não pela razão da autoridade, nem por qualquer prerrogativa semelhante ao privilégio de execução prévia, mas pela autoridade da razão. O distanciamento em relação aos diversos interesses públicos que movem a actuação dos outros órgãos do Poder constituem o sustentáculo deste privilégio: a autoridade da razão.

O Provedor para alcançar êxito na sua missão principal - prevenção e reparação de injustiças - não pode, contudo, confiar apenas no bom sucesso das armas de persuasão, nas virtualidades da sua capacidade de exortar. Permito-me afirmar que o gládio de qualquer *Ombudsman* deve consistir numa argumentação sólida, coerente e fortemente edificada, na perseverança optimista de quem procura servir os mais nobres valores da justiça, sempre a par de uma considerável criatividade renovada à luz da vastíssima panóplia de problemas que diariamente lhe são expostos. Como afirma um autor fundamental na teoria da Justiça, trata-se de buscar *a forma justa de responder à injustiça*.

É nesta modalidade de intervenção que posso incluir o poder de mediar. E se este poder regulador, de concertação, não é o mais falado, não é, apesar disso, o menos importante.

Lembrarei apenas alguns casos.

A um nível mais modesto, recordo o caso ocorrido em Mafra a propósito da afectação de um bairro ao Programa de Erradicação de Barracas, o que envolvia a demolição do bairro e o realojamento dos seus moradores noutro local, alguns dos quais já de avançada idade. Naturalmente, tinha-se gerado um enorme receio de terem que des-

locar o centro da sua vida pessoal para longe do lugar onde desde sempre tinham vivido.

Após a audição do IGAPHE, do Presidente da Câmara Municipal de Mafra e da própria comissão de moradores reclamante, cheguei à conclusão que não se verificava qualquer ilegalidade, mas sim uma situação de ausência de comunicação entre as partes envolvidas naquele diferendo, nomeadamente quanto a aspectos relativos ao local concreto para onde seriam realojados, determinação do montante das rendas, equipamento das futuras casas, entre outras questões de cariz social relevante.

Assim, promovi uma reunião, por mim mediada, entre a Câmara Municipal e a comissão de moradores, onde estes tiveram oportunidade de ver esclarecidas todas as questões que entenderam relevantes. Deste modo, e penso que satisfatoriamente, conseguiu-se ultrapassar uma situação de potencial conflito, por via da informação e da formação de consensos.

Um segundo caso que quero relatar foi o que ocorreu na Marinha Grande, por ocasião das perturbações causadas por manifestações de trabalhadores da fábrica Manuel Pereira Roldão, no Natal de 1994. Para além de ter destacado uma equipa que no local apurou dos excessos de actuação das forças policiais, houve também ocasião de utilizar as possibilidades da mediação. Na minha ausência, foi o meu Gabinete contactado por um autarca daquela cidade, pedindo a minha intervenção junto da GNR para evitar uma carga que estava iminente. Contactado o Comando geral daquela força policial, foi possível alcançar uma solução de consenso, mantendo-se a GNR inactiva por algumas horas e comprometendo-se a autarquia a envidar esforços para desmobilizar os populares presentes no local.

O terceiro caso ocorreu no verão de 1997, quando um conflito entre a TAP e os seus pilotos conduziu ao desencadear de uma greve com enormes prejuízos. Esse conflito evoluiu para uma situação bastante aguda, com requisição civil por parte do governo e o recurso a baixas médicas por motivos psicológicos por parte dos pilotos. Ainda antes desta fase mais crítica se abrir, ofereci-me como mediador, o que foi aceite pela empresa e pelo sindicato. Dois colaboradores meus tiveram oportunidade de assistir a reuniões entre as duas partes e, num segundo momento, reuniram separadamente, por diversas vezes, quer com a administração da TAP, quer com os dirigentes do sindicato grevista.

Após se ter apurado o núcleo do dissídio, foi elaborado um plano de acordo

apresentado às duas partes às 17 horas de 14 de Agosto. Nesse mesmo dia à noite, o Governo, a Administração da TAP e o Sindicato grevista acordaram numa base de entendimento substancialmente idêntica à minha proposta, com levantamento da greve.

Um outro caso, de todos conhecido, foi o que se passou com um cidadão assassinado no Comando da G.N.R. de Sacavém. Quando tive conhecimento dos factos, alertei o Ministro da Administração Interna para a necessidade de se promover, sem demoras, à indemnização dos familiares do aludido cidadão, uma vez que se encontravam suficientemente demonstrados os pressupostos da responsabilidade civil do Estado. Celeremente, o Conselho de Ministros reconheceu esta responsabilidade e solicitou-me a mediação com os interessados com a proposta de um valor para a indemnização, tendo, mais tarde, acolhido o montante suficientemente fundamentado. Este caso não foi único, já que posteriormente o próprio Governo, por sua iniciativa, solicitou-me idêntica mediação em outras duas condutas de responsabilidade civil extracontratual do Estado, o que também foi coroado de êxito.

Ainda como caso de mediação, posso referir a intermediação entre proprietários de terrenos e a Transgás, as obras de reconstrução do Palácio Valle-Flor e o realojamento dos moradores do Baluarte do Livramento.

17. No entanto, a intervenção típica do Provedor de Justiça é a *Recomendação*. Trata-se de dirigir aos órgãos competentes as recomendações necessárias para prevenir e reparar injustiças.

Podemos distinguir as recomendações consoante sejam normativas ou não normativas. As primeiras - as normativas - visam alterar ou revogar normas contidas em actos legislativos ou regulamentares tidos por injustos, ou mesmo, propor textos legislativos, propulsionar procedimentos criadores de normas, enfim, formular sugestões para a elaboração de nova legislação que se considera necessária e adequada, sempre com o cuidado de permanecer fora do jogo político.

Foi com base nesta possibilidade que dirigi à Assembleia da República uma recomendação sobre "ressarcimento e compensação de lesões causadas por actos de transfusão de sangue e de produtos seus derivados contaminados por VIH, realizados em estabelecimentos públicos de saúde e benefícios sociais a atribuir a todos os cidadãos portugueses infectados por VIH".

Na sequência de uma reclamação apresentada na Provedoria, entendi formular uma recomendação a Sua Excelência o Ministro da Saúde, não obstante a publicação de diplomas dos Ministérios das Finanças, Justiça e Saúde que pretenderam alcançar uma

solução através da constituição de um tribunal arbitral. Contudo, esses diplomas cedo se revelaram insuficientes no sentido de uma solução genérica, justa, célere e adequada.

Assim, recomendei, para além do pagamento das respectivas indemnizações, o desenvolvimento do princípio do tratamento domiciliário, a realização de programas que garantissem a não desintegração social dos doentes infectados e seus familiares, a concessão de crédito bonificado no campo da habitação e da auto-suficiência de transportes e a aprovação de benefícios fiscais, principalmente ao nível dos impostos sobre o rendimento e o património.

O Ministro da Saúde, cumpriu formalmente o dever de colaboração, retorquindo às objecções que complementarmente haviam sido enunciadas. Infelizmente, o não acatamento da recomendação foi mantido.

Nem por isso me convenci da argumentação expendida e, em consequência, em recurso ao meio consagrado no art. 20º, nº 2, do Estatuto, entendi recomendar à Assembleia da República a adopção de providências legislativas dirigidas à prossecução dos objectivos pretendidos. Apesar de alguns partidos terem adoptado algumas das minhas sugestões, não se alcançou, a meu ver, tudo o que seria de justiça.

Outros casos de recomendações normativas posso citar, como, por exemplo, a alteração do regime de segurança social dos trabalhadores independentes, a permissão da contagem do tempo de serviço prestado pelos servidores do Estado português nas ex-colónias, o estatuto dos Governadores Civis, o regulamento geral sobre o ruído, o serviço público de Televisão nas Regiões Autónomas, a compatibilidade entre direitos urbanísticos e supervenientes planos regionais de ordenamento do território, a transposição de directivas comunitárias por simples remissão, a disciplina jurídica dos suplementos ao Diário da República e rectificações. Citaria, ainda, o caso das pensões degradadas, a regulamentação das condições técnicas e de segurança dos parques aquáticos, a alteração legislativa destinada a tornar célere o processo de reclamação graciosa em matéria fiscal, a tributação de rendimentos auferidos por separado de facto deficiente, o pagamento de juros de mora pelo Estado aos particulares e muitos outros, sem esquecer o conjunto de medidas legislativas em matéria habitacional, seja contra a degradação do património habitacional arrendado, seja para pôr fim às áreas urbanas de génese ilegal.

18. O segundo tipo de recomendações - as não normativas – prende-se com situações individuais e concretas. Nestes casos, o Provedor procura convencer a Administração de que, por acção ou por omissão, violou a Lei, motivando-a, nomeadamente,

à revogação do acto em causa. Em geral, procura-se que essa revogação possa ter por base, não só a ilegalidade do acto administrativo, eventualmente já sanada, mas também razões de mérito da decisão.

Neste sentido, o Provedor de Justiça não se deve condicionar pelas limitações inerentes ao recurso contencioso de anulação, estando munido dos necessários instrumentos para procurar a solução legal ou justa para o caso concreto. Mesmo que o acto administrativo se tenha convalidado na ordem jurídica, nada impede o Provedor de continuar a insistir na procura da solução justa, recomendando-a à Administração, por razões de mérito ou conveniência para o interesse público.

19. As recomendações formuladas, caso não venham a ser acatadas, impõem sempre o cumprimento de um dever de fundamentação, no prazo máximo de 60 dias. Em frequentes ocasiões este não acatamento dá lugar a um intenso diálogo podendo, em situações extremas, resultar numa comunicação formal à Assembleia da República, às assembleias legislativas regionais dos Açores e Madeira ou à assembleia municipal ou de freguesia, consoante o caso.

20. Noutro âmbito encontram-se as competências do Provedor relacionadas com o controle jurisdicional da constitucionalidade e da legalidade. Como é sabido, foi-lhe conferido um largo poder de iniciativa junto do Tribunal Constitucional.

Estando o comum dos cidadãos afastado da possibilidade de requerer a fiscalização abstracta da constitucionalidade, o Provedor de Justiça acaba por ser a grande porta de acesso pela qual as pessoas tentam fazer chegar ao Tribunal Constitucional as suas preocupações e anseios quanto à constitucionalidade das normas.

O Provedor de Justiça é ainda, para além do Presidente da República, o único órgão com competência para solicitar ao Tribunal Constitucional a verificação da inconstitucionalidade por omissão, instituto português quase original ao nível mundial e que consiste na verificação da inexistência de normas legislativas necessárias e adequadas para que uma norma constitucional determinada possa adquirir exequibilidade. Todos os processo deste tipo que ocorreram em Portugal foram-no por iniciativa do Provedor de Justiça, tendo invariavelmente produzido o resultado esperado, qual seja a publicação das leis em falta.

Apresentei desde 1992 quarenta pedidos de fiscalização da constitucionalidade, sendo dois por omissão. Estes últimos referiam-se à não existência de Lei sobre a chamada acção popular, instrumento particularmente relevante na tutela do direito ao ambiente, e à ausência de protecção no desemprego a agentes do Estado, designada-

mente a pensar no caso dos milhares de professores sem vínculo. O primeiro já está resolvido e quanto ao segundo algumas notícias dos jornais sugerem que estará para breve a publicação dessa legislação.

Há pouco tempo apresentei no Tribunal Constitucional um pedido de fiscalização de uma norma do Código das Sociedades Comerciais, que prevê a possibilidade da aquisição forçada de acções em sociedades em que esteja concentrado mais de 90% do capital social, por violação do princípio da proporcionalidade.

21. Outro poder conferido ao Provedor de Justiça é o de fazer desencadear processos de impugnação contenciosa de cláusulas contratuais gerais tidas por contrárias à boa-fé. Com a multiplicação dos chamados contratos de adesão, como os de seguro, bancários ou outros de consumo, as situações de clara menoridade em sede de estatuto jurídico de uma das partes, têm-se igualmente multiplicado.

22. Tenho também dispensado uma particular atenção à garantia dos interesses difusos, nomeadamente quando esteja em causa a acção ou omissão de entidades públicas na tutela do direito ao ambiente.

Foi assim em Sines, em 1993, quando aí se estudou a eventual instalação de uma central de incineração de resíduos tóxicos e perigosos. Recolhidos e analisados os elementos disponíveis do processo, concluiu-se pela carência de informação facultada pelos órgãos da Administração Pública, o que tinha originado uma situação de desconfiança das populações, que tinham tido fraca participação no processo.

Em visita que fiz ao local, em fins de Setembro de 1993, expressei as minhas preocupações sobre o assunto, defendendo o direito à informação como um direito fundamental dos cidadãos. Feita sugestão à Senhora Ministra do Ambiente no sentido de se reabrir a discussão pública, veio este membro do Governo a aceitá-la, determinando a realização de uma nova fase de participação pública, com particular relevo para a efectivação de estudos técnicos e sua divulgação junto do público interessado.

Esta intervenção permitiu, estou certo, uma decisão mais correcta e consensual, no mínimo porque proporcionou uma maior e efectiva participação das populações interessadas.

Do mesmo modo, na recente decisão sobre a co-incineração nos concelhos de Coimbra e Leiria, após me ter debruçado sobre o processo, por minha própria iniciativa, concluí que as regras sobre participação pública não tinham sido observadas, tendo dirigido a competente recomendação ao Senhor Primeiro Ministro.

O processo seguiu depois outra via, por intervenção do Parlamento, sendo determinante garantir a participação informada das populações para se alcançar uma decisão, sem medos, sobre a solução a dar a problemas que são efectivamente graves e que se avolumam.

23. Para prosseguir toda a actividade que descrevi, dispõe o Provedor de Justiça de dois Provedores Adjuntos, que têm poderes delegados somente para a instrução e arquivamento de certos processos, competindo-me a decisão final, bem como a superintendência em todas as áreas.

Tenho duas estruturas de apoio: uma é o Gabinete, que me presta apoio pessoal e directo, dotado de um chefe de Gabinete, três adjuntos e quatro secretárias pessoais e outro é a Provedoria de Justiça. Para além dos serviços de apoio técnico e administrativo, como a Documentação, as Relações Públicas e a Informática, a Provedoria integra uma estrutura técnico-jurídica, a Assessoria, composta por seis coordenadores e trinta e seis assessores.

O total de funcionários é de cerca de 100, dispondo a Provedoria de um orçamento de cerca de 700 mil contos.

A Assessoria está dividida em seis áreas temáticas encabeçadas, cada uma, por um coordenador e formadas por seis assessores, em média. Existem ainda três secretárias e quinze funcionários administrativos para apoio à actividade processual.

As seis áreas temáticas são:

1. Ambiente, Urbanismo e Ordenamento do Território; Cultura e Comunicação Social; Caça e Pesca; Turismo e Jogo.

2. Assuntos financeiros, Economia e Emprego; Direitos dos Consumidores.

3. Assuntos Sociais: Educação, Segurança Social, Saúde, Menores e Desporto.

4. Assuntos de Organização Administrativa e Função Pública.

5. Assuntos Judiciários e Penitenciários; Defesa Nacional; Segurança Interna e Trânsito; Registos e Notariado; Trabalho.

6. Assuntos político-constitucionais, Direitos, liberdades e garantias não incluídos noutras áreas; Declarações de Inconstitucionalidade; Coordenação ou realização de inspecções.

Os processos estão confiados a um Assessor que, depois de os instruir, os remete a despacho do Coordenador respectivo. Do mesmo passo, as áreas estão equitativamente distribuídas entre os Provedores Adjuntos e o Provedor. É relevante referir que os processos são distribuídos às Áreas por um dos Provedores Adjuntos que procede a

uma apreciação liminar do fundamento da queixa e do seu enquadramento nas competências do Provedor.

Existe ainda uma extensão na região autónoma dos Açores, com um assessor e dois funcionários administrativos aí colocados, esperando-se para muito em breve a abertura de igual serviço na Madeira.

Desde 1993, especificamente dirigida aos problemas dos menores, existe uma linha telefónica "Recados da Criança", através da qual se procura defender os direitos destes, por via de mediação junto dos poderes públicos ou de instituições privadas de solidariedade social. Muito em breve, no espaço de semanas, entrará em funcionamento uma outra linha telefónica, especificamente dirigida aos idosos.

No quadro da linha infantil, que recebe vários milhares de chamadas por ano, quero particularizar um caso aí recebido e que foi solucionado com a colaboração da Assessoria. Recebeu-se uma queixa por parte de uma Casa do Gaiato em relação aos problemas que um menor aí acolhido estava a ter no início da sua escolaridade, atendendo ao facto de se tratar de um menor negro e que tinha sido encontrado indocumentado num estacionamento de uma grande superfície comercial, sem indicações suficientes quanto ao seu passado, motivo que levava as instituições portuguesas a recusarem-lhe a nacionalidade portuguesa, bem como quaisquer documentos de identificação. Após estudo da questão e obtenção de informações complementares junto das instituições competentes da África lusófona, foi dirigida uma recomendação ao Director Geral dos Registos e Notariado, fazendo aplicação directa da Declaração Universal dos Direitos do Homem e das convenções de que Portugal é parte em matéria de direitos da criança, em que se concluía pela necessidade de ser reconhecida a nacionalidade portuguesa ao menor em causa. Essa recomendação foi acatada, a tempo de não prejudicar o percurso escolar da criança.

24. Gostaria ainda de salientar a capacidade de intervenção da figura do *Ombudsman* na própria prevenção da lesão da esfera jurídica dos cidadãos, na eficaz tutela dos seus direitos fundamentais, o que equivale a afirmar que o Provedor não tem apenas uma função correctiva de ilegalidades e de injustiças, mas tem igualmente uma importante função preventiva. Este escopo preventivo é particularmente importante no Estado moderno, onde os custos, quer sociais quer económicos, de uma medida inadequada, são imensos, como o é também a sua correcção *a posteriori*.

Quero deixar bem expressa a ideia de que o Provedor de Justiça, na defesa dos

direitos da pessoa humana, não está limitado por critérios de mera legalidade. Pelo contrário, a justa medida dos efeitos produzidos por uma sua intervenção ou omissão deve ser sempre aferida, em termos que me permito aqui descrever recorrendo a uma formulação que julgo vos ser familiar:

Do que o Provedor recomenda que se faça ou omita,

1. Corresponde à verdade dos factos, tal como resulta da inquirição feita?

2. É justo e aceitável para todos os que sejam afectados pela medida?

3. Representará um avanço na criação de um clima de entendimento e apaziguamento de conflitos?

4. Beneficiará em justa medida as partes envolvidas?

25. Como é natural, deixei para o fim a função do Provedor, ou melhor, o seu papel, o seu contributo para o século que se avizinha. 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. Embora estando por Lei obrigado ao princípio do sigilo posso contar-vos alguns casos ocorridos onde é visível a diferença entre ser unicamente Provedor da legalidade ou ser Provedor da Justiça. Quando a desgraça bate à porta de algumas famílias, ficando estas sem a casa de habitação, devido a um incêndio ou a fortes temporais, já se conseguiu na Provedoria de Justiça que algumas Câmaras Municipais viessem a atribuir casas a essas famílias mesmo sem estas estarem inscritas no PER (Programa Especial de Realojamento). A primeira resposta é sempre negativa. A autarquia não dispõe de casas e os fogos que vai dispondo destinam-se à ocupação pelos inscritos no PER. De acordo com a Lei estrita assim é. Mas com persistência e a boa vontade de alguns vereadores, há que reconhecê-lo, lá se tem conseguido nas situações humanamente mais carenciadas encontrar um tecto para aquelas famílias.

É este espírito que tem de continuar para o século XXI. O Provedor tem sempre que actuar como um Provedor de Justiça.

26. Prevejo que de futuro o Provedor de Justiça venha a assumir mais fortemente a sua função de mediação. Em vários conflitos laborais, mas não só, exerceu ultimamente o Provedor de Justiça a sua tarefa de concertação social. A tendência é de aumentar os esforços neste domínio. Primeiro, porque a isso tem sido chamado por vários reclamantes a um ritmo crescente. Depois porque a participação popular no proces-

so de tomada de decisões leva como consequência a uma maior intervenção do Provedor de Justiça na sua função de mediação.

Uma das áreas de forte crescimento da actuação do Provedor de Justiça para o próximo século diz respeito à dos direitos dos consumidores. Para além do que sobre isso já se disse, refira-se que o Estatuto do Provedor de Justiça foi ultimamente alterado permitindo agora, e de acordo com o número dois do seu artigo segundo, incidir em relações entre particulares que impliquem uma especial relação de domínio, no âmbito da protecção de direitos, liberdades e garantias.

Na sessão comemorativa do vigésimo aniversário do Provedor de Justiça, em Novembro de 1995 na Assembleia da República, o professor Gomes Canotilho defendeu a extroversão do Provedor de Justiça. Disse este mestre do Direito Constitucional, a propósito do efeito horizontal dos direitos, liberdades e garantias que se o Provedor de Justiça surgiu para proteger os cidadãos contra as ilegalidades e injustiças do poder, se a sua missão principal, nos termos constitucionais e legais, é a defesa e a promoção dos direitos, liberdades e garantias dos poderes públicos, porque não também deslocar a sua intervenção para o campo das relações jurídico-privadas, já que aí se registam momentos de crise quanto à defesa de direitos, liberdades e garantias.

Os *Ombudsmen* devem contribuir ainda com mais empenho para o aumento da esfera de protecção e tutela jurídica dos cidadãos levando o controle da Administração a áreas que lhes escapam.

27. De um ponto de vista internacional há que reforçar o peso das várias organizações de *Ombudsmen* enquanto órgãos de pressão dos vários poderes existentes, no sentido de estes respeitarem e fazerem respeitar os vários direitos dos cidadãos. Posso dar-vos um exemplo. Alguns Provedores de alguns países da América Latina debatem-se com enormes dificuldades, nalguns casos com risco de vida, e a solidariedade obtida em reuniões internacionais, bem como as recomendações enviadas aos governos destes países por estas organizações tem servido para evitar nalguns casos o pior. E o pior pode ser a extinção do Provedor nesses países, a sua recondução a um comissário governamental ou, pura e simplesmente, eliminar fisicamente o Provedor para aí colocar alguém afecto ao governo. Pode-se falar no Panamá, na Colômbia ou nas Honduras.

Noutros casos estas Organizações conseguem levar os países da sua área de influência, mas que ainda não possuem Provedor, a criar esta figura de defesa dos direitos do homem. É o que dentro da zona da América Latina a FIO – Federação Internacional

de *Ombudsmen* da América Latina, pretende com o Chile, Brasil, Nicarágua e Paraguai.

É importante que a experiência de cada um de nós – Provedores – enquanto defensores dos direitos do Homem, possa ser aproveitada e ajudar a situação nestas democracias emergentes, a sua governabilidade e a consolidação do pluralismo neste espaço onde a pobreza e a dívida externa são indicadores de peso.

Na área da Europa merece que sobressaia a relação entre os diversos Provedores nacionais, que com frequência realizam encontros entre si, e a actuação do Conselho Europeu e das Nações Unidas que na matéria da protecção dos direitos humanos tem sempre contado com a participação dos Provedores nacionais.

De igual modo com grande importância merece destaque a actuação do Provedor de Justiça Europeu e a sua articulação com os diversos Provedores nacionais. Com certeza será este, na área internacional um dos maiores pólos de desenvolvimento do próximo século a nível de Provedores de Justiça. Com efeito o Provedor de Justiça Europeu instituído pelo Tratado da União Europeia, foi, como já disse, pela primeira, e até agora única vez, eleito em 12 de Julho de 1995, tem como finalidade intervir nos casos de má administração na actuação das Instituições ou órgãos comunitários.

28. A proliferação da figura do provedor com funções sectoriais tem sido visível em Portugal nos últimos tempos. Primeiramente algumas empresas privadas e depois nas públicas o fenómeno da criação de provedores instalou-se. Por último, é dentro da área do governo que têm surgido notícias acerca da multiplicação deste fenómeno.

Mas esta situação pode induzir em erro os cidadãos já que poderão ser levados a pensar que estes provedores, e por causa da sua designação, são semelhantes ao Provedor de Justiça. A verdade é que não o são. São meros agentes dos seus criadores cuja função é de fazer o chamado "controlo interno" na própria Administração.

Fora da área do governo os provedores existentes em algumas empresas, sejam elas privadas ou públicas têm tido uma actuação pouco empreendedora e por vezes tendenciosa que pode mesmo denegrir a imagem do Provedor de Justiça. São raras as reclamações cuja razão seja por estes provedores admitida aos reclamantes.

Pode mesmo dizer-se sem exagero que as tradicionais caixas de reclamações existentes nestas empresas foram na era da publicidade substituídas pelos provedores.

Face ao que se afirmou, a questão que tem de se colocar trata de saber qual a vantagem acrescida para os cidadãos na criação destes agentes. Por princípio, considera-se desnecessário o surgimento de uma figura cujas competências se encontrem totalmente consumidas nas do âmbito das do Provedor de Justiça, com a agravante de

nem sempre ser fácil para os particulares distinguir a natureza de cada um dos órgãos.

29. Julgo que nos próximos tempos deverão crescer em número e espero que em aceitação por parte dos nosso governantes, sejam eles quem forem, as inspecções realizadas pelo Provedor de Justiça. Só através desta forma de actuação no terreno se consegue por um lado sistematizar todas as reclamações recebidas numa determinada área de actuação e, por outro, só com esta forma de trabalho se consegue fazer um levantamento e consequentemente ter uma visão total de determinada matéria.

30. Direi ainda que se torna necessária uma maior divulgação da figura e das funções do Provedor de Justiça. Não que na Provedoria não haja um número de queixas suficientes. Bem pelo contrário, aliás como já se viu, nos últimos seis anos as reclamações duplicaram. A divulgação que vos falo diz respeito àquela que deve ser feita como fazendo parte da educação básica de qualquer cidadão. É que num Estado de direito democrático o ensino das liberdades e dos direitos cívicos torna-se essencial.

Ainda com respeito à divulgação da actuação do Provedor diga-se que, no futuro, tal como actualmente, o Provedor terá muito a ganhar com a ajuda da comunicação social. Diga--se no entanto que das milhares de reclamações que anualmente chegam à Provedoria só uma ínfima parte vem ao conhecimento público.

Alguns casos são públicos, já que devido à sua natureza ou à qualidade dos seus intervenientes, a comunicação social deles fez eco. Outros não o são, mas são estes os casos de que mais me orgulho. Aqueles que não merecendo os holofotes da Comunicação Social, são diariamente tratados e resolvidos na Provedoria, por vezes como última réstia de esperança de quem em nada mais acredita e em nada mais confia. É na resolução do caso concreto, e na alegria e respirar de alívio do reclamante vitorioso, que todos aqueles que trabalham na Provedoria de Justiça encontram o catalisador e o reforço de energias necessário, face ao embate diário das queixas e reclamações recebidas.

Minhas senhoras e meus senhores,

31. Para finalizar esta longa intervenção, permito-me realçar o papel fundamental dos advogados na prossecução dos objectivos que presidem à Instituição do Provedor. De facto, é já hoje comum neste meio ímpar e gratuito de controlo externo da actividade da Administração a intervenção dos advogados, mas é importante fazer daqui um apelo à sua participação neste meio alternativo das instituições judiciárias, conferindo-lhe maior rapidez e credibilidade através da exposição clara dos assuntos e, do mesmo passo, explicando aos cidadãos as vantagens no acesso às competências do Pro-

vedor. É que já vai longe o tempo em que o Provedor era tido como uma simpática caixa de ressonância dos lamentos dos cidadãos e nada mais do que isso.

Actualmente, a Instituição é um departamento do Estado cada vez mais solicitado e eficaz.

Muito obrigado.

2.10. SOBRE O EXERCÍCIO DO DIREITO DA CIDADANIA

Conferência proferida no salão nobre da Câmara Municipal das Caldas da Rainha
a convite do pólo universitário nesta cidade da Universidade Autónoma de Lisboa.
23 de Junho de 1999

As minhas primeiras palavras são de agradecimento pelo convite que me foi dirigido pelo coordenador do programa Malhôa da Universidade Autónoma de Lisboa, Dr. Álvaro Laborinho Lúcio e de felicitações e incentivo pelo que se pretende levar a cabo com esse programa. Tenha este programa que com o sua denominação pretende homenagear esse grande pintor português de estética naturalista, tantos êxitos como aquele obteve. E a escolha de José Malhôa para padrinho é por si bom sinal já que é dos poucos bons pintores que teve a felicidade de receber a consagração em vida.

Para a cidade das Caldas da Rainha, conhecida pela sua boa fruta e pela faiança artística que produz, vão de seguida as minhas saudações.

Minhas senhoras e meus senhores,

É-me pedido que vos fale sobre o exercício do direito de cidadania. Não será uma tarefa transcendente mas igualmente não será das mais simples. O primeiro e fundamental problema que se levanta a quem pretende tratar deste tema diz respeito a circunscrever com rigor o que se entende por cidadania. Este conceito não é novo nem na história nem no seu exercício para quem cultive a ciência política e o direito constitucional. No entanto, nas últimas décadas a integração deste conceito não se mostra estável e a heterogeneidade de tópicos que preenchem o seu conteúdo é acompanhado pela variedade de posições doutrinais que sobre ele se tem debruçado.

São estas outras e novas reflexões que o Estado pós moderno leva a cabo sobre as relações entre os cidadãos e o Estado que permite falar em "cidadanias múltiplas",

"múltiplos de cidadania" ou "cidadania complexa".

Toda a mudança operada neste tema deve-se a duas ordens de factores: uma diz respeito aos próprios cidadãos, a outra situa-se na mudança da própria sociedade política.

A crise da democracia ou melhor das democracias levou a um gradual afastamento dos cidadãos em relação aos seus representantes políticos. Não que se ignore os méritos da representação política, mas é hoje um dado adquirido a necessidade de reabilitar o cidadão que tem andado indiferente às questões do nosso tempo. Trata-se no fundo de recentrar o cidadão na sociedade democrática e de o fazer assumir completamente as suas responsabilidades na sociedade política.

De igual forma o Estado alterou-se, multiplicando-se, não monopolizando mais a relação política. Ou seja, hoje a plenitude da cidadania não se alcança apenas na relação com o Estado. O Estado é uma das comunidades em que o cidadão se move, conjuntamente com as de índole local e as de caracter europeu.

De acordo com um dos professores da Universidade Autónoma de Lisboa, o Prof. Gomes Canotilho e considerando o art.º 15 da Constituição portuguesa há quatro "círculos subjectivos" que podem ser detectados nas normas consagradoras de direitos fundamentais: os direitos de cidadãos portugueses, os direitos de cidadãos de países de língua portuguesa, os direitos de cidadãos da União Europeia, e os direitos dos estrangeiros e apátridas. O primeiro círculo - o da cidadania portuguesa - é formado pelos direitos fundamentais exclusivamente pertencentes aos cidadãos portugueses. O segundo círculo - o da cidadania europeia - é formado pelos direitos de cidadãos portugueses que devem ser alargados aos cidadãos estrangeiros residentes em Portugal e que sejam nacionais de estados membros da União Europeia. Um terceiro círculo - o da cidadania da CPLP - é constituído pelos direitos que pertencem aos cidadãos portugueses mas que podem ser alargados a cidadãos de países de língua portuguesa. O último círculo é constituído pelos direitos de todos, extensivos a apátridas e estrangeiros estes últimos com algumas oscilações nas constituições portuguesas.

Tradicionalmente há uma correspondência histórica entre nacionalidade e soberania ou como afirmou aquele que entre nós melhor divulgou estas matérias - Francisco Lucas Pires - uma específica relação entre Estado nacional democrático e soberania. Hoje, porém, uma cidadania refém de um conceito de nacionalidade resulta numa amputação da própria pessoa humana. A vida de cada pessoa desdobra-se numa multi-

plicidade de papéis, muitos escapando ao poder interventor do Estado e alguns lutando mesmo contra esse mesmo poder.

É com base em todo este cenário onde a globalização e a mundialização são realidades concretas e visíveis que mais sentido faz a reflexão acerca do ou dos novos conceitos de soberania. E é aqui que a tão apregoada cidadania europeia joga o seu papel de intermediação no processo de construção europeia. Tal mutação leva mesmo a que a cidadania nacional se reconstrua e comporte para lá de factores de território, do sangue ou de ambos, elementos voluntários que possam em última análise determinar o próprio sentido do Estado. Como afirma Jorge Miranda " o direito à cidadania vai ser acompanhado, dentro de certos limites, de um direito a escolher a cidadania". Sintetizando é esta componente voluntarista na noção de cidadania que somada à tradicional componente determinista permite que hoje aquela possa ser objecto de adesão , rejeição ou repúdio. Aliás, esta ideia liberal-voluntária vai entroncar em termos de filosofia política na ideia de contrato social que nos é anunciado nos prenúncios do Estado de direito democrático.

De todas as possíveis cidadanias debrucemo-nos um pouco mais sobre aquela que para nós portugueses e europeus, nos últimos tempos, mais se tem distinguido: a cidadania europeia.

Ideia aceite por vários autores e por nós defendido é que a cidadania europeia não pode ser um mero somatório de normas jurídicas mas tem de assentar numa identificação cultural onde em primeiro lugar avultam valores históricos. Ortega y Gasset considerava que setenta e cinco por cento da cultura dos vários povos europeus era comum a todos eles. Ora o património comum europeu transparece na tríade constituída pela filosofia grega, pelo direito romano e pela religião cristã, ainda hoje fundamentais quando se discute a vivência do bloco europeu face ao desafio competitivo da América e da Ásia.

Mas, pergunta-se, já haverá uma verdadeira cidadania comunitária? Estou ciente que em toda a sua dimensão não, mas que de um ponto de vista normativo ela já hoje tem o seu lugar garantido. Na Europa o entendimento sobre o homem e a sociedade é homogéneo nos seus vários cantos, nela já não se pratica a pena de morte, nela os direitos fundamentais encontram a sua vivência mais extensa e intensa e é nela que a democracia melhor se reconhece. Por outro lado a experiência comunitária já transitou de uma tímida Europa sem fronteiras para um mercado único e paulatinamente vai criando uma verdadeira sociedade civil. É significativo nesta matéria a Carta Social Euro-

peia adoptada em Dezembro de 1989 e que apesar de não possuir força vinculativa tem servido de orientação, à acção empreendida nos últimos anos pela Comunidade Europeia no domínio social.

Acresce a estes argumentos que a dimensão social da Europa impôs-se a par da económica, passando-se assim das tradicionais liberdades de circulação de trabalhadores, capitais, bens e serviços, para os direitos fundamentais comunitários primeiro de origem jurisprudencial e de natureza negativa, mas hoje de natureza positiva e com fundamento normativo.

Quanto a mim o défice de cidadania europeia não tem hoje o seu principal problema no campo normativo mas sim no campo da adesão dos cidadãos europeus ao projecto europeu. Muito por culpa dos seus fundadores e continuadores, a construção europeia fechou-se num hermetismo técnico desprezando o diálogo com os cidadãos. A grande taxa de abstenção que regra geral se verifica nas eleições para o parlamento europeu é disso significativo sinal. Um grande europeu, que foi professor da Universidade Autónoma de Lisboa, e a quem já me referi - Francisco Lucas Pires - considerou que uma das primeiras vezes a que se assistiu a um embrião de opinião pública europeia e mesmo de consciência comum, sem dúvida as condições prévias da existência de uma verdadeira cidadania comunitária, ocorreu aquando dos referendos sobre o Tratado de Maastricht na França e na Dinamarca, em que todos os europeus foram testemunhas interessadas e por vezes apaixonados na questão então em causa.

Penso contudo ser nesta vertente, que não a normativa, bem mais céptico que Francisco Lucas Pires. É esta consciência comum que tem de ser mais desenvolvida e incentivada, e isto torna-se quanto a mim bem mais importante que saber se a cidadania europeia é um somatório das diversas cidadanias nacionais, ou se estas não são aniquiladas por aquela tornando-se assim a cidadania europeia numa "superlativa cidadania portuguesa."

Não seria correcto da minha parte, contudo, não evidenciar aqui a carga emotiva que esteve e está ligada ao conceito de cidadania europeia, não se evidenciando por este prisma a falta de calor, embora local e geograficamente bem localizado, na participação dos cidadãos europeus na construção daquele conceito, ou melhor na oposição à sua construção

Com efeito, nalguns países, atendendo aos direitos (mesmo que restritos) que a cidadania europeia implica para nacionais de outros países comunitários que residem

nesses países como emigrantes, a carga emocional na discussão do conceito foi grande. Lembre-se aqui alguns relatos trazidos pela comunicação social de alguns cidadãos racistas e xenófobos, particularmente críticos em relação aos países do sul. Talvez o principal motivo dessa reacção tenha sido a perspectiva de concessão do direito de voto nas eleições locais aos tradicionais "imigrantes". Terá contribuído também a perspectiva de fortalecimento da liberdade de circulação, sobretudo numa conjuntura em que os postos de trabalho são disputados e as percentagens de desempregados relativamente elevadas.

Foi em 1974 que pela primeira e na Cimeira de Paris se falou de uma "Europa dos Cidadãos", tendo no final de 1975 um relatório da União Europeia definido directrizes de acção para aproximar a Europa e os cidadãos. A partir da década de 70 a Comunidade começou por atribuir cada vez mais importância aos problemas que afectam aqueles. O Parlamento Europeu passa a ser eleito directamente pelos cidadãos da Europa e não responde pela sua acção perante os quinze governos nacionais, mas sim pelos cerca de quatrocentos milhões de cidadãos.

Mas foi só com o Tratado da União Europeia que o indivíduo passa a ser visto como um membro activo da construção europeia. Foi definido um conjunto de direitos que assegura a qualquer cidadão de um Estado membro o direito a participar nas eleições locais e europeias, como consultor ou eleito, em qualquer dos restantes Estados comunitários em que resida. Qualquer cidadão da nova União Europeia beneficia ainda da protecção diplomática e consular dos outros parceiros no território de terceiros Estados junto dos quais o seu próprio Estado nacional não se encontre representado. Este novo conjunto de direitos políticos inclui ainda a institucionalização de um direito de petição ao Parlamento Europeu, assim como a criação de um Provedor de Justiça Europeu, com poderes para receber queixas apresentadas por qualquer cidadão da União ou qualquer pessoa singular ou colectiva com residência ou sede estatutária num Estado membro e respeitantes a casos de má administração na actuação das instituições ou organismos comunitários, com excepção do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância no exercício das respectivas funções jurisdicionais. Até ao momento o primeiro Provedor de Justiça Europeu, o finlandês Jacob Söderman, tem cumprido com determinação e empenho as suas funções, embora lutando com as dificuldades inerentes de representar um novo e recente órgão comunitário.

Chegados aqui cabe dar conta do actual estado da sociedade e da forma como os cidadãos nela se integram.

Há hoje na sociedade, principalmente nas suas áreas urbanas e sub-urbanas,

um persistente clima de desenraizamento e falta de solidariedade entre os seus membros, acompanhado de climas de violência gratuita, onde a droga, e os problemas laborais e familiares estão omnipresentes. Os valores que antes norteavam os cidadãos como Deus ou a família foram renegados para dar origem a um vazio de valores, em que apenas o fútil, o curto prazo, o hedonismo marcam pontos. Esta sociedade com uma feroz concorrência leva-nos ao cidadão egoísta com o único objectivo de enriquecer e gozar a sua vida, atropelando todos os outros. O poder é visto como canal de influências e de gestão de negócios. O poder político, sobretudo o Estado agigantou-se, lançando os seus tentáculos, os seus mil tentáculos na feliz expressão de Bobbio, em todas as direcções, acabando por cair na burocratização, funcionando como uma máquina de inércia.

O mais caricato desta situação é no entanto a anomia em que o Estado parece encontrar-se demitindo-se das mais elementares e básicas funções de protecção do cidadão anónimo. Para alem disto o crescimento das contribuições dos cidadãos para o Estado não foi acompanhado pela proporcionalidade dos benefícios que dele recebe. Há assim e recorrendo a Habermas, um déficit de legitimação do Estado.

Com a globalização o Estado-Nação deixa de ser a única referência no sistema internacional, já que muitos problemas, alguns agentes económicos e as tecnologias de informação se encarregam de dimensionar as estratégias à escala planetária.

Visível sobretudo desde as últimas décadas a acção de vários grupos de pressão, Ordens profissionais e outros grupos que reivindicam uma parte do poder do Estado utilizando o estratagema de defenderem, não interesses de grupos, mas sim interesses públicos. A par destes comportamentos que reflectem uma excessiva titularidade de direitos do Homem por parte de entidades e organizações colectivas, os referidos grupos reivindicam uma posição de domínio senão mesmo de exclusivo em certos direitos fundamentais.

No fundo a igualdade de cidadania é hoje posta em causa pelas mais subtis e sofisticadas formas de lobbying, ou pelas situações privilegiadas a que apenas os membros de algumas "corporações" têm acesso. Cada vez mais a maioria dos cidadãos não tem acesso aos locais onde são tomadas a maioria e as mais importantes decisões. Para lá dos problemas políticos daqui decorrentes e que por si só justificam esta chamada de atenção,

Sintomático do actual estado de coisas é o discurso sobre os direitos humanos que representa actualmente um dos mais problemáticos que se pode observar. A sua

importância e a sua violação em quase todo o mundo, embora em graus diferentes, levanos a considerá-los como um dos objectos de análise do exercício da soberania.

Quase sempre a roçar a retórica inflamada e o fundamentalismo oco, o discurso sobre os direitos humanos é infelizmente um exemplo das modas recentes em que a teleologia do apregoado, muitas vezes com o seu quê de ritualismo e simbolismo, não acompanha o mundo real; ou seja a concretização dos direitos humanos não se efectiva nos cidadãos reais.

Aparentemente nada faria supor esta separação entre aquilo que é defendido e o que se detecta no terreno. Nunca se falou tanto de direitos humanos e de direitos fundamentais, nunca tantas e tão diversas realidades foram erigidas à categoria de direitos humanos. No entanto nunca os princípios neste domínio defendidos se encontraram tão longe da realidade, e nunca houve notícias de tantas e tão drásticas violações aos direitos humanos, podendo com algum cinismo afirmar-se que a quantidade que caracteriza o conteúdo do discurso sobre os direitos humanos mais não representa que a desculpabilidade de nós próprios face às nossas consciências, camuflando assim a intranquilidade das mesmas.

É necessário questionar o universo dos direitos do Homem, que se tem alargado e complexizado, para melhor se poder entender a efectividade da protecção daqueles.

Quais são os direitos do homem? Quais são os direitos fundamentais? A estas questões simples contrapõe-se uma resposta complicada e nada uniforme. O catálogo dos direitos do homem alterou-se com os tempos. À inflação dos direitos fundamentais de que falam alguns autores acresce a complexidade dos mesmos, correndo-se o risco da banalização destes. Característica actual destes direitos é a sua internacionalização, resultado aliás da globalização, sobretudo visível no domínio económico e jurídico.

Tomando em análise os denominados direitos da terceira geração como os ecológicos, estes caracterizam-se por uma grande diversidade, quer nas matérias que vão desde os que se prendem com a utilização da informática, com o desfrutar do património cultural, até ao direito dos povos à paz e ao desenvolvimento; quer uma grande diversidade no que concerne ao seu grau de execução e consolidação práticas. Apresentam ainda estes direitos um carácter poligonal ou multidimensional, quer dizer apresentam na sua estrutura uma grande diversidade de titulares activos, de destinatários e de conteúdos.

Ao lado destas camadas de direitos começa hoje a falar-se das "novas liberda-

des", desencadeadas pelas novas tecnologias, uma espécie de direitos universais no tempo, cujo paradigma seriam os direitos das gerações futuras ou, com mais criatividade, os direitos dos animais e os direitos das plantas que se traduziriam numa espécie de solidariedade interespécies. São estas manifestações de fundamentalismo no campo dos direitos humanos que levam a um descrédito e a uma vulgarização dos mesmos com prejuízo da efectivação plena e séria dos direitos da primeira geração e de alguns da segunda.

O que é anormal é a expansão do catálogo dos direitos do Homem até quase ao infinito ser acompanhada por uma forte limitação na efectivação dos direitos fundamentais mais clássicos. Tal tendência deve-se sobretudo a uma intermediação burocrática de cariz administrativo que provoca o cerceamento, ou mesmo a inviabilização do seu exercício.

Das várias traves mestras que quanto a nós devem suportar a construção dos direitos do homem no futuro, uma há que merece realce e que diz respeito ao carácter concreto e não abstracto dos direitos. Ou seja, a consagração constitucional do conteúdo dos direitos fundamentais do homem deve ter presente as condições da sua efectivação real, do seu concreto exercício. Os direitos do Homem devem servir o homem concreto e não algo de abstracto ou estereotipado.

Com efeito, é hoje visível que o discurso acerca dos direitos fundamentais só fará algum sentido se no dia a dia, o homem em concreto, puder deles usufruir.

Permita-se-me que de seguida me refira a algo de muito importante no concreto exercício da cidadania e que diz respeito ao reforço da participação dos cidadãos, no processo de tomada de decisões, quer política, quer administrativa. Aprendendo com a lição de Tocqueville, é necessário que o cidadão se sinta ligado aos interesses do seu país como se se tratasse dos seus próprios interesses. Para lá deste vincar da democracia participativa creio que surgirá em força uma participação activa das populações na defesa dos seus direitos e interesses. As iniciativas populares de âmbito local tendem a crescer, o que se compreende face ao grau de conhecimento e de informação que actualmente todo o cidadão tem. Sejam estas iniciativas corporizadas através de associações de defesa dos interesses em causa, seja de forma espontânea e formalmente não organizada, seja recorrendo a instâncias autónomas e independentes do poder político, como é o caso do recurso ao Provedor de Justiça. Ou seja as formas clássicas da participação do cidadão na condução da vida política do Estado tendem a ser desvalorizadas em favor

de uma intervenção mais directa, mais sentida, e como tal de resultado mais palpável. Além da desconfiança nos órgãos de poder político sente-se aqui a vontade de suprir o distanciamento cidadão-poder que decorre da forma representativa de consagrar a democracia. Pode falar-se aqui da acção popular, ou até de formas de contestação popular à incrementação de medidas pelo poder político. Mas formas essas que face a bens jurídicos como a saúde pública, o ambiente, a qualidade de vida ou a degradação do património cultural, não se restringem às tradicionais manifestações de rua, antes enveredando por outras formas de contestação que podem levar à instauração de acções judiciais ou forçar os representantes eleitos a propor medidas ou alterações a medidas legislativas.

Todas estas formas de defesa de interesses colectivos ou difusos, seja de uma forma organizada em associações de defesa desses interesses, seja de uma forma espontânea e não estruturalmente organizada tendem, quanto a mim, a aumentar de intensidade nos próximos tempos.

O conceito constitucional de participação política abrange a participação dos cidadãos na vida política directa ou indirectamente, bem como através de organizações políticas ou sociais com funções políticas, enquanto instrumentos de participação dos cidadãos. Para além das concretizações da dimensão participativa da democracia que encontram o seu fundamento no artigo 48º da Constituição, esta mesma identifica no seu artigo 2º a República Portuguesa como Estado de direito democrático, assente nas ideias da soberania popular, do pluralismo de expressão, da organização política democrática, do respeito e garantia dos direitos e liberdades fundamentais e orientada para a realização da democracia económica, social e cultural e para o aprofundamento da democracia participativa. Por outro lado, o art.º 9º estipula, no que concerne a esta matéria, que constitui tarefa fundamental do Estado defender a democracia política, assegurar e incentivar a participação democrática dos cidadãos na resolução dos problemas nacionais.

Sendo um elemento exterior à organização competencial institucionalizada, o Provedor de Justiça introduz duas notas diferentes das tradicionais formas de participação política: não é representante dos interesses que defende, nem está vinculado à defesa dos interesses de qualquer sujeito, nem daquele de que seja considerado órgão. A razão apontada é que estas formas típicas de participação pressupõem a integração em grupos e o Provedor de Justiça é uma estrutura participativa adequada à participação de indivíduos. Dentro da função participativa o Provedor de Justiça cumpre todas as fun-

ções normalmente assinaladas à participação política. Ele contribui para a correcção das decisões dos poderes públicos, quer no plano técnico-funcional, quer no plano da justiça; ele pode promover uma melhor integração social, canalizando e controlando descontentamentos e frustrações dos indivíduos quando lhes explica porque é que não encontra motivos para intervir. Tal como a participação política, também o Provedor de Justiça tem uma função de controlo dos abusos do poder.

O desempenho destas funções pelo Provedor de Justiça resulta do facto de ser um órgão vocacionado para intermediar os interesses dos particulares no seu relacionamento com as autoridades públicas, constituindo nessa medida, um veículo de comunicação entre o cidadão e o poder político. Um primeiro aspecto em que ressalta a dimensão participativa do Provedor diz respeito ao direito de petição que constitui uma forma privilegiada de o cidadão se lhe dirigir. Mais, toda a fundamentação presente na dimensão participativa da democracia, as já assinaladas deficiências da democracia representativa e a complementaridade que a participação política representa, constitui uma forma de aprofundamento democrático ao alcance do órgão de estado que aqui represento.

O aprofundamento da democracia participativa, principalmente no que se refere à participação individual de todos os cidadãos, deve implicar mais do que a concessão de um simples direito de petição, ou de fórmulas de participação, com direitos procedimentais meramente formais. No entanto, conceder mais do que isso implica a formação de mecanismos de contrapoder cujas consequências para a democracia representativa poderiam ser fatídicos.

Este perigo gera a necessidade de criação de fórmulas de racionalização desses poder, de modo a que não surja como um fenómeno de contrapoder e ao mesmo tempo funcione como ressonância dos interesses sociais. É neste espírito que deve ser enquadrado o Provedor de Justiça que é um órgão saído do poder, designado por uma maioria qualificada da Assembleia da República, embora independente dela, construindo a sua legitimidade de exercício a partir do eco social e dos resultados da sua actividade.

Em síntese podemos considerar que ao Provedor de Justiça cabe um papel na conversão dos interesses individuais em interesses institucionais, de racionalização daqueles segundo critérios de justiça, de modo a justificar os poderes procedimentais que lhe são atribuídos e que se podem considerar fundados no próprio princípio da participação política.

Esta racionalização é determinante para a própria definição da posição do ci-

dadão que a ele recorre. Com efeito, sendo o Provedor de Justiça uma estrutura de participação política, implica que aquele que a ele recorre ou no interesse de quem intervém é um participante e não uma parte (se o fosse teria seguido a via judicial), participa na publicidade democrática e aparece como portador de uma função no interesse colectivo. Esta ideia de participação numa função é dada pela integração dos interesses do cidadão no procedimento de actuação e no juízo a formular pelo Provedor, que lhe confere uma dimensão comunitária (decorrente da sua própria legitimidade e dos valores comunitários que prossegue). O interesse do cidadão deixa de ter a dimensão de um direito individual para passar a ser um interesse funcional a ponderar na âmbito da colaboração entre o Provedor e a entidade visada

Face ao que afirmamos é de considerar o Provedor de Justiça como um mecanismo institucionalizado de participação política directamente fundado na Constituição, Neste sentido assume o significado participativo do princípio democrático e, como tal, deve ser promovido nos termos dos princípios constitucionais correspondentes.

Intencionalmente deixo para o fim a função do Provedor de Justiça, ou melhor o seu papel, o seu contributo para um melhor exercício dos direitos de cidadania. 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.

Prevejo que de futuro o Provedor de Justiça venha a assumir mais fortemente a sua função de mediação. Em vários conflitos laborais, mas não só, exerceu ultimamente o Provedor de Justiça a sua tarefa de concertação social. A tendência é de aumentar os esforços neste domínio. Primeiro, porque a isso tem sido chamado por vários reclamantes a um ritmo crescente. Depois porque a tal participação popular no processo de tomada de decisões de que já vos falei, leva como consequência a uma maior intervenção do Provedor de Justiça na sua função de mediação.

Uma das áreas de mais forte crescimento na actuação do Provedor de Justiça diz respeito à dos direitos dos consumidores. Refira-se que o Estatuto do Provedor de Justiça foi ultimamente alterado permitindo agora, e de acordo com o número dois do seu artigo segundo, incidir em relações entre particulares que impliquem uma especial relação de domínio, no âmbito da protecção de direitos, liberdades e garantias.

Aliás e aceitando o desafio lançado na sessão comemorativa do vigésimo ani-

versário do Provedor de Justiça, em Novembro de 1995 na Assembleia da República, pelo Professor Gomes Canotilho, o Provedor de Justiça deverá ser extrovertido. Disse este mestre do Direito Constitucional a propósito do efeito horizontal dos direitos, liberdades e garantias que se o Provedor de Justiça surgiu para proteger os cidadãos contra as ilegalidades e injustiças do poder, se a sua missão principal, nos termos constitucionais e legais, é a defesa e promoção dos direitos, liberdades e garantias e dos interesses legítimos dos cidadãos contra actos ilegais e injustos dos poderes públicos, porque não também deslocar a sua intervenção para o campo das relações jurídico-privadas, já que aí se registam momentos de crise quanto à defesa de direitos, liberdades e garantias e ao exercício dos direitos de cidadania em geral.

A proliferação da figura do provedor com funções sectoriais tem sido visível em Portugal nos últimos tempos o que pode levar a alguma confusão e descrédito na defesa dos direitos dos cidadãos. Primeiramente algumas empresas privadas e depois nas públicas o fenómeno da criação de provedores instalou-se. Por último, é dentro da área do governo que têm surgido notícias acerca da multiplicação deste fenómeno.

Mas esta situação pode induzir em erro os cidadãos já que poderão ser levados a pensar que estes provedores, e por causa da sua designação, são semelhantes ao Provedor de Justiça. A verdade é que não o são. São meros funcionários cuja função é de fazer o chamado "controlo interno" na própria Administração.

Fora da área do governo os provedores existentes em algumas empresas, sejam elas privadas ou públicas tem tido uma actuação pouco empreendedora e por vezes tendenciosa que pode mesmo denegrir a imagem do Provedor de Justiça. São raras as reclamações cuja razão seja por estes provedores atribuída aos reclamantes.

Pode mesmo dizer-se sem exagero que as tradicionais caixas de reclamações existentes nestas empresas foram na era da publicidade substituídas pelos provedores.

Face ao que se afirmou, a questão que tem de se colocar trata de saber qual a vantagem acrescida para os cidadãos da criação destes agentes. Por princípio, considera-se desnecessário o surgimento de uma figura cujas competências se encontrem totalmente consumidas nas do âmbito das do Provedor de Justiça, com a agravante de nem sempre ser fácil para os particulares distinguir a natureza de cada um dos órgãos.

Por último direi que se torna necessário uma maior divulgação da figura e das funções do Provedor de Justiça. Não que na Provedoria não haja um número de queixas suficientes. Bem pelo contrário, aliás nos últimos seis anos as reclamações quase tripli-

caram. A divulgação que vos falo diz respeito àquela que deve ser feita como fazendo parte da educação básica de qualquer cidadão. É que num Estado de direito democrático o ensino das liberdades e dos direitos cívicos torna-se essencial.

Ainda com respeito à divulgação da actuação do Provedor diga-se que, no futuro, tal como actualmente, o Provedor terá muito a ganhar com a ajuda da comunicação social. Diga-se, no entanto, que das milhares de reclamações que anualmente chegam à Provedoria só uma ínfima parte vem ao conhecimento público.

Alguns casos são públicos, já que devido à sua natureza ou à qualidade dos seus intervenientes, a comunicação social deles fez eco. Outros não o são, mas são estes os casos de que mais me orgulho. Aqueles que não merecendo os holofotes da Comunicação Social, são diariamente tratados e resolvidos na Provedoria, por vezes como última réstia de esperança de quem em nada mais acredita e em nada mais confia. É na resolução do caso concreto e na alegria e respirar de alívio do reclamante vitorioso que todos aqueles que trabalham na Provedoria de Justiça encontram o catalisador e o reforço de energias necessário, face ao embate diário das queixas e reclamações recebidas, contribuindo assim para um mais eficaz exercício dos direitos de cidadania.

Minhas senhoras e meus senhores muito obrigado.

2.11. SIMPÓSIO SOBRE "COMISSÕES DE ÉTICA E SEUS OBJECTIVOS"

Faculdade de Medicina de Lisboa, 8 de Julho de 1999.

É com particular interesse que acedi a esta proposta de aqui partilhar algumas reflexões sobre a actividade das comissões de ética, não apenas movido pela elevada consideração pessoal por esta assembleia, como também por encontrar um amplo espaço de convergência com as funções do Provedor de Justiça, em especial quando se toca no cerne dos fundamentos do direito.

A vida humana e a dignidade reconhecida a toda e qualquer vida humana são fundamento e medida de toda a ampla constelação de direitos e liberdades fundamentais contemplados nas mais importantes cartas e declarações internacionais e na vigente Constituição. Por outras palavras, este valor, princípio estruturante de toda a praxis jurídica desempenha um papel de extrema importância sempre que o jurista procura re-

solver questões mais complexas como sejam os conflitos entre direitos, entre deveres e entre princípios.

O direito não se esgota na ética e nem sempre a ética encontra tradução directa nas normas jurídicas, mas é inquestionável que os mais elementares valores éticos partilhados por uma comunidade de homens e mulheres têm de se encontrar na base das leis e da acção dos tribunais, pois, de outro modo, o sistema não passaria de um exercício formal cuja legitimidade diariamente seria posta em causa e afectada na sua aplicação.

O olhar do jurista sobre as questões da vida não é tão diferente da perspectiva ética como poderia parecer à primeira vista. Antes de mais, porque o direito, em especial o direito penal, se limita a fixar regras que salvaguardem os princípios e preceitos constitucionais, deixando uma larga margem de indeterminação aos aplicadores: médicos, enfermeiros, juristas, teólogos e psicólogos.

Com efeito, os três eixos dinâmicos da reflexão bioética não se distanciam do modo de pensar a vida segundo o direito.

Em primeiro lugar, o respeito pela pessoa, com o duplo sentido de ver protegida a sua própria autonomia e de ver garantida a liberdade.

Em segundo lugar, a metodologia, pois as tarefas de concordância prática com vista a prejudicar o menos possível e potenciar os benefícios sem prejuízo do valor irredutível da vida encontram intensa semelhança com o raciocínio jurídico da ponderação de bens e de aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Em terceiro lugar, a justiça que, embora não seja um valor exclusivo no direito e do direito, apresenta estreita afinidade nos planos ético e jurídico, quer determinando o tratamento igual entre iguais, quer reclamando o benefício dos desprotegidos, dos fracos e dos que não podem exprimir a sua voz.

Nem a ética nem o direito admitem que a vida humana possa deixar de ser o centro da sua atenção. Todavia, as dúvidas, as interrogações e a discussão começam logo a partir deste reconhecimento: onde começa e onde acaba a vida humana? Como agir quando a vida humana conflitua com outras vias humanas? E quando a vida é confrontada com a liberdade, até onde vai a disponibilidade de cada um sobre a sua própria vida? Até que ponto as exigências de qualidade da vida podem justificar uma intervenção que relativize a perenidade da vida para poder mitigar a dor e aliviar o sofrimento?

É com estas e outras questões que julgo serem confrontados os profissionais da

saúde no seu agir. A decisão, raramente fácil, deve, a meu ver, distanciar-se dos intervenientes mais directos. Isto por uma razão estritamente metodológica, qual seja a de salvaguardar a objectividade e o aprofundamento pluralista da ponderação. Com efeito, as finalidades terapêuticas e de investigação clínica surgem sistematicamente como um valor positivo. Assim, ao entrarem em conflito com a vida, a liberdade e o conhecimento, temos uma colisão entre o bem e o bem, o que torna muito mais complexo o seu tratamento. A consequência mais directa da dignidade humana é impedir que o sujeito perca esta sua dimensão e se confunda com um objecto. Nesta medida, bem andou o legislador ao providenciar por não deixar desamparados os profissionais da saúde, criando centros de reflexão cuja actividade se mostra nos nossos dias indispensável.

Num primeiro plano, o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, especialmente vocacionado para a intervenção junto do poder executivo. A sua composição constitui a melhor garantia do seu desempenho, já que lhe são formulados pedidos de consulta, muitas vezes precedendo importantes decisões legislativas, em questões tão complexas como sejam a definição legal dos ensaios clínicos, o regime dos transplantes, o conceito de morte, a experimentação em embriões humanos ou a distribuição dos recursos da saúde.

Num segundo plano, nem por isso menor que o precedente, encontram-se as comissões de ética institucionais, a quem cabe tomar posição sobre questões individuais e concretas. Como sabemos, estão por instalar ao nível dos cuidados de saúde primários, embora julgue que a dimensão de alguns centros de saúde aconselhe repensar a Lei, com vista a uma possível integração destes órgãos ao nível das sub-regiões de saúde ou dos recentemente criados sistemas locais de saúde e associações de centros de saúde.

Interrogo-me ainda sobre se as comissões de ética hospitalares estão, neste momento, a beneficiar das melhores condições possíveis para desempenhar integralmente a sua missão.

Sem descurar a actividade a que tantas vezes são chamadas com carácter de urgência no que respeita aos ensaios clínicos, é essencial que estes órgãos não fiquem circunscritos nem bloqueados pela recorrente emissão de pareceres nesta matéria.

O Decreto-Lei nº 97/95, de 10 de Maio, que criou as comissões de ética, comete-lhes, como principal incumbência, a de "zelar pela observância de padrões de ética no exercício das ciências médicas", devendo proceder "à análise e reflexão sobre temas da prática médica que envolvam questões de ética".

E é bem sentido por todos como estas questões, num mundo como o nosso

onde tudo é questionado e onde as ciências não deixam de nos surpreender, exigem uma resposta ponderada e rápida.

A prática médica, como já tive oportunidade de afirmar, traduz-se, com muita frequência, numa gestão de conflitos de direitos ou de deveres, cujos exemplos paradigmáticos serão: o direito do doente a ser tratado e o direito do médico à objecção de consciência; o direito do doente à confidencialidade sobre o seu estado clínico e o direito de terceiros de protegerem a sua vida ou a sua integridade física; o direito do doente à informação sobre o seu estado e o dever de o médico de o proteger relativamente a informações que possam implicar perigo para a sua saúde física ou psíquica.

Outra dificuldade com que se depara hoje o exercício da medicina é a que decorre dos conflitos entre a boa prática médica e a utilização dos recursos disponíveis. Creio mesmo que a origem das comissões de ética radica exactamente na necessidade, sentida por clínicos norte-americanos, na década de sessenta, de, por falta de recursos, seleccionarem doentes renais crónicos para realização de diálise.

Para além disso, e em virtude de razões que não importa aqui esmiuçar, a própria relação médico-doente reveste-se hoje, em Portugal, de uma conflitualidade latente, em que o que domina não é - como deveria ser - a confiança, mas uma atitude recíproca de defesa, porventura alimentada pela especulação pouco escrupulosa de alguma comunicação social. Estaremos num ponto de viragem e é natural que o crescendo de perplexidades vividas pela população, informada mas nem sempre suficientemente formada, nos leve a ter de modificar o discurso, sem ceder, no entanto, no que julgarmos essencial.

De tudo isto decorre que a tarefa do médico comporta hoje exigências acrescidas. Por essa razão, as comissões de ética institucionais (e digo institucionais para não as reduzir às hospitalares) podem desempenhar um papel primordial na apreciação de casos concretos, devolvendo desse modo alguma serenidade à função médica.

Garantia essencial do cumprimento de tal tarefa é a independência das comissões de ética relativamente aos órgãos de direcção e gestão das instituições e serviços onde estão integradas. Nas poucas situações em que, enquanto Provedor de Justiça, me deparei com pareceres de comissões de ética hospitalares, estavam em causa questões que opunham utentes e médicos aos órgãos de gestão hospitalar, tendo sido estes a solicitar o parecer das comissões de ética.

Ora, a independência não se alcança apenas por um vago enunciado legislativo

– como sucede no já citado Decreto-Lei nº 97/95 -, ao invés requer uma concretização, através de normas relativas à forma de nomeação e destituição dos seus membros, à duração dos mandatos, à previsão de situações de impedimento de decisão de algum dos seus membros em caso de concorrência de interesses.

Nesta matéria, creio que muito haverá a melhorar em termos normativos.

Se o legislador pretende - como declara no artigo 8º do diploma em questão – que as comissões de ética actuem com independência relativamente aos órgãos de gestão dos estabelecimentos de saúde, mal se compreende que a nomeação dos seus membros tenha ficado a cargo do Director Clínico e dependente de homologação do órgão de gestão e do conselho geral, quando exista.

Mal se compreende, também, a tendência de os órgãos de gestão para, quando iniciam funções, procederem à reformulação da composição destas comissões, ainda que não tenha terminado o seu mandato. É que, se estamos perante órgãos independentes, deveria ser irrelevante a mudança do órgão de gestão. Seria, pois, útil que o legislador previsse a inamovibilidade dos membros da comissão de ética, durante todo o seu mandato.

Não seria despiciendo ainda prever o impedimento de os membros dos órgãos de gestão integrarem as comissões de ética. Não se trata, de forma alguma, de afirmar que, em tal caso, a independência do órgão fica sempre e irremediavelmente afectada. A Ciência do Direito tem-nos mostrado que a credibilidade de um órgão – e, nessa medida, a força e a aceitabilidade das suas decisões – não depende unicamente de estas serem imparciais, mas igualmente de, sobre o órgão, não recair qualquer suspeita de imparcialidade.

Garantia essencial do cumprimento da tarefa que incumbe às comissões de ética é também a adequada formação dos seus membros. Os problemas éticos da medicina não se cingem a este campo do saber. Pelo contrário, são, cada vez mais, pluridisciplinares e por essa razão a composição das comissões de ética deve traduzir essa diversidade complementar, integrando, de acordo com o regime legal em vigor, não só médicos, como enfermeiros, psicólogos, sociólogos, juristas, farmacêuticos, teólogos, entre outros.

De todo o modo, ética e direito, como vimos, não podem perder-se de vista reciprocamente.

E a verdade é que as respostas jurídicas nesta matéria não são unívocas, nem de fácil obtenção. Cada vez mais, o formalismo no direito tem os dias contados. O law

in books dá lugar ao law in action.

E se, nestas situações, o direito não pode dar uma resposta simples – pois uma situação de conflito de direitos impõe que se ponderem os bens jurídicos em presença e o valor relativo de cada um deles – o que é certo é que, no ordenamento jurídico português, a resposta nem sempre é uniforme. Quem se debruce sobre estas questões, imediatamente se deparará com aparentes contradições normativas. Basta, por exemplo, atentar no modo como o segredo médico é tratado no Código Deontológico da Ordem dos Médicos, no Estatuto Hospitalar ou no Código Penal. A tarefa do intérprete é, então, essencialmente, a de verificar a hierarquia das normas e de obter a sua harmonização possível. É aqui que o direito se revela como ciência e se vêem os bons e os maus juristas.

Em síntese, se a presença de um jurista nas comissões de ética se afigura essencial, ela não poderá descurar a necessidade de formação dos restantes membros neste domínio, para que todos dêem o seu contributo na ponderação dos interesses que frequentemente se confrontam em questões éticas.

É tempo de terminar. Mais do que afirmações dogmáticas, espero ter contribuído para uma discussão, que desejo seja profícua, e ter deixado mais um passo dado na ponte entre o direito e as ciências da vida.

2.12. INTERVENÇÕES ESCRITAS DO PROVEDOR DE JUSTIÇA NO SEMINÁRIO SOBRE "LES MÉDIATEURS ET LE TRAITÉ D'AMSTERDAM ET L'INTEGRATION EUROPÉENNE"

Paris, 8 a 11 de Setembro.

I

Os Direitos do Homem e a União Europeia

O tema dos direitos do homem no cenário comunitário encontra-se hoje numa das suas etapas de maior densidade fruto de algumas variáveis que importa precisar de seguida. Toda a relevância secular no seio do direito internacional público que os direitos do homem apresentam não foi seguida de forma equivalente no espaço comunitário, mesmo quando os direitos do homem passaram a condicionar de modo decisivo a

legalidade internacional, que acontecimentos recentes vieram confirmar.

O tratamento reservado ao tema proposto tem o seu pilar no factor jurisdicional, nomeadamente o identificar os critérios que têm guiado o Tribunal de Justiça na afirmação de um determinado modelo de protecção. Mas actualmente uma visão completa do problema necessita que se considere o que expressamente está enunciado nos Tratados e também que se averigue da dimensão política que qualquer modelo de protecção dos direitos humanos necessariamente têm.

A) O método de enunciação expressa nos Tratados.

O texto originário dos Tratados que instituíram as três Comunidades Europeias nada diziam sobre a protecção dos direitos humanos. Se em relação ao Tratado de Paris, o silêncio ainda se pode justificar pela natureza sectorial da integração prevista (carvão e aço), já em relação ao Tratado de Roma um tal silêncio tem um significado político evidente. Todo o processo de construção europeia se centrou no vector económico, libertando-o assim das exigências que estavam directamente associadas à limitação directa do poder político estadual. Não se deve esquecer que na altura o vector político da integração europeia foi chumbado aquando da recusa francesa de ratificação do Tratado que instituía a Comunidade Europeia de Defesa.

Pese embora a ausência de uma cláusula geral ou de um catálogo sobre direitos fundamentais, o Tratado de Roma mesmo na sua versão originária previa um conjunto de direitos tais como: não discriminação em razão da nacionalidade, igualdade de remuneração entre homens e mulheres, direito de livre circulação e de acesso ao exercício de uma actividade económica no território de um Estado membro diferente do Estado de nacionalidade.

Sem questionar a importância destes direitos, há que reconhecer a sua clara dependência do estatuto económico dos seus titulares. Ou seja, não existe então nenhuma autonomia dos Direitos do Homem, inerente à qualidade de cidadão. Um dos exemplos que melhor retrata esta instrumentalidade económica é o relativo ao direito de residência: um cidadão de um Estado membro poderia invocar o direito de permanecer no território de um Estado membro, que não o seu Estado de origem, na medida em que tal fosse necessário ao exercício de uma actividade económica, assalariada ou independente.

Só com a entrada em vigor do Acto Único Europeu em 1987, aparece pela

primeira vez, em actos instituitivos das Comunidades Europeias, uma fórmula genérica de consagração expressa dos direitos humanos. Assim afirma-se no seu preâmbulo que os Estados membros se comprometem a *"promover conjuntamente a democracia, com base nos direitos fundamentais reconhecidos nas Constituições e legislações dos Estados membros, na Convenção de Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e na Carta Social Europeia, nomeadamente, a liberdade, a igualdade e a justiça social".*

Foi só com o Tratado de Maastricht, que entrou em vigor em 1993, que vamos encontrar no próprio articulado o compromisso com os direitos humanos. Assim no actual artº 6 (e anterior F nº 2), a União estava vinculada ao respeito dos direitos fundamentais.

O salto qualitativo foi assim dado com o Tratado da União Europeia mercê da previsão de um estatuto de cidadania europeia. O indivíduo agente económico adquire determinados direitos que são conferidos e definidos como atributos típicos do indivíduo cidadão, como por exemplo: o direito de votar e ser eleito nas eleições municipais e europeias do Estado membro da residência, o direito de queixa perante o Provedor de Justiça Europeu. Retomando o exemplo acima identificado, o direito de residência ganhou foros de autonomia, reconhecido a qualquer cidadão da União com a consequente exclusão de requisitos de natureza económica.

Esta dimensão cívica dos Direitos do Homem explicitados nos Tratados de Maastricht e de Amsterdão traduz também o alargamento do espaço dedicado aos direitos sociais, através de uma formulação normativa de tipo pragmática visível no direito a uma política de promoção do emprego e da mão de obra qualificada (actual artº 125).

O Tratado de Amsterdão expande o reconhecimento a certos direitos que tradicionalmente dependem da decisão soberana dos Estados: direitos relacionados com a matéria de vistos, asilo, imigração e outras políticas relativas à livre circulação de pessoas (art.º 61 a 68). Saliente-se contudo que este processo de "integração comunitária" dos direitos foi acompanhado de certas reservas e condições. A este propósito cabe citar o equívoco criado em torno do novo artigo 13. Diz este que *"... o Conselho, deliberando por unanimidade, sob proposta da Comissão e após consulta ao Parlamento Europeu, pode tomar medidas necessárias para combater a discriminação em razão do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexu-*

al".

Movidos pela expectativa acumulada representantes das minorias interessadas pretendem ver inscritas neste artigo 13º uma obrigação para os Estados membros no sentido de, por exemplo, proibir uma legislação interna discriminatória em razão da orientação sexual ou credo religioso. Só que esta leitura não encontra apoio nem na letra nem no espírito da lei que se limita a habilitar o Conselho de poderes necessários para aprovar legislação comunitária que concretize o princípio da igualdade de tratamento com o alcance previsto. Uma situação destas ocorreu recentemente em Portugal quando representantes de movimentos homossexuais reivindicaram com base neste art. 13 a ilegalidade de regulamentos de admissão à polícia que expressamente excluíam candidatos com tendências homossexuais.

Se com a entrada em vigor da Tratado de Amsterdão um maior número de normas se refere aos direitos do Homem, o método mantém contudo a característica essencial herdada da opção feita na década de 50: trata-se de uma previsão casuística, dispersa e avulsa. As sucessivas revisões dos Tratados falharam o objectivo de dotar as Comunidades Europeias de um catálogo de Direitos Fundamentais, com a forma e o conteúdo de um instrumento normativo paraconstitucional. Quer a Resolução do Parlamento Europeu de 12 de Abril de 1989 que aprovou a Declaração de Direitos e Liberdades Fundamentais, quer a Carta Comunitária dos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores aprovada pelo Conselho Europeu em 9 de dezembro de 1989, carecem da qualidade de fontes de direitos juridicamente tuteláveis.

B) O método da protecção jurisdicional

Na Comunidade, o Tribunal de Justiça nunca reconheceu os direitos humanos como critério de apreciação da validade dos actos comunitários. Desde o seu início que o primado e o efeito directo das normas comunitárias foram os critérios básicos de articulação entre a ordem jurídica comunitária e as ordens jurídicas nacionais.

O que preocupava então o Tribunal era a imposição do primado e a eliminação de quaisquer excepções que o pudessem relativizar, ainda que derivadas de preceitos constitucionais dobre Direitos Fundamentais.

Não permitindo ao indivíduo a invocação da sua Constituição ou de instrumentos internacionais para se opor à aplicação de um acto comunitário potencialmente restritivo dos Direitos do Homem, nem garantindo a sua tutela autónoma, pode dizer-se

que o Tribunal violava o próprio Tratado. O art. 220 (antigo 164) concebe o Tribunal como órgão *de garantia do respeito pelo direito*. Ora o Direito incorpora a proclamação e tutela efectiva dos Direitos do Homem.

Só em 1969 no acórdão Stauder o tribunal reconheceu os direitos fundamentais *"compreendidos nos princípios gerais de direito comunitário, cujo respeito é assegurado pelos tribunais."* Actualmente o próprio Tratado remete no seu art.º 288 para os *"princípios gerais comuns aos direitos dos Estados membros"* em matéria de responsabilidade extracontratual.

No domínio sensível e controverso dos Direitos Humanos dir-se-ia ser muito profícuo o recurso aos princípios gerais de direito como técnica de integração e autonomização de direitos e liberdades garantidos pelos sistemas nacionais. Trata-se mesmo de uma protecção reforçada, dado que os princípios gerais se impõem ao direito comunitário derivado e mesmo aos próprios Tratados sempre que acolham direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, os quais pela sua fundamentalização ético-jurídica são insusceptíveis de derrogação.

Uma terceira fase da jurisprudência comunitária inaugura-se com o caso Nold II em 1974. Neste acórdão defende-se um critério materialmente amplo de direitos fundamentais em que se tem em conta as tradições constitucionais comuns, as próprias constituições dos Estados membros, e os instrumentos internacionais relativos aos direitos do homem, aos quais os Estados membros hajam aderido. Neste acórdão o Tribunal considerou que quanto aos princípios gerais de direito, a sua vinculatividade na ordem jurídica comunitária não depende de qualquer mínimo denominador comum, mas sim da sua "adequação funcional". Tendo as Comunidades Europeias poderes limitados, segundo o princípio da competência por atribuição, o âmbito de protecção dos Direitos Fundamentais há-de corresponder a esse espaço de actuação normativa. O critério utilizado pelo tribunal tem assim um duplo alcance: determinados direitos não integram o bloco de super legalidade comunitária e não são invocáveis como parâmetro de apreciação da validade dos actos comunitários; e por outro lado a invocação de certos direitos junto dos tribunais nacionais ou comunitários, a título de princípios gerais de direito como fundamento de um juízo de desvalor sobre a legislação nacional aplicável só é procedente na medida em que a matéria regulada integra a matéria do direito comunitário.

Em acórdãos posteriores ao caso Nold II, o Tribunal faz referências directas ao

Direito Internacional como fonte de direitos do homem garantidos pelo juiz comunitário. Mas foi no caso Rutili em 1975 que o Tribunal fez a primeira menção expressa à Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), considerando que as limitações aos poderes dos estados membros em matéria de polícia de estrangeiros são a manifestação de um princípio mais geral consagrado na CEDH.

A referência expressa à CEDH e aos seus Protocolos Adicionais tornou-se constante na jurisprudência do Tribunal de Justiça. Ainda recentemente num acórdão de Dezembro de 1998, o Tribunal de Justiça aceitou submeter a apreciação da tramitação de um processo no Tribunal de Primeira Instância ao respeito da exigência do prazo razoável, prevista no artigo 6º da CEDH. Depois de recordar a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem sobre o carácter variável da razoabilidade de um prazo para decisão judicial, o Tribunal de Justiça concluiu que o Tribunal de Primeira Instância ultrapassara o limite razoável e consequentemente anulou parcialmente o acórdão que fora objecto de recurso. Este acórdão mostra a vontade do Tribunal de Justiça ir tão longe quanto lhe permite o modelo instituído, mesmo que seja o próprio sistema comunitário de controlo jurisdicional, no qual o Tribunal de Justiça se insere, a sofrer a censura directa por uma situação de demora processual.

Não se esqueça no entanto que os Direitos Fundamentais não gozam de um âmbito de aplicação geral e autónomo e que sempre o Tribunal de Justiça confirmou o seu propósito de limitar a fiscalização da compatibilidade do direito nacional com a CEDH àquelas disposições que executam normas comunitárias ou que estabelecem excepções às liberdades comunitárias com base em cláusulas dos Tratados que admitem esses regimes nacionais derrogatórios. Já não cabe assim ao Tribunal examinar a compatibilidade com a CEDH, de uma lei nacional que se situa num âmbito de competência do legislador nacional.

É importante realçar que a jurisprudência comunitária relativa aos direitos fundamentais foi proferida na esmagadora maioria das situações, ao abrigo do mecanismo das questões prejudiciais (actual art.º 234) permitindo ao juiz comunitário o enunciar de princípios de garantia do estatuto dos particulares no quadro de litígios que pelas vias de direito previstas no Tratado, escapariam à sua competência de apreciação e julgamento.

C) O método político de protecção dos direitos do homem.

Desde a segunda fase da evolução jurisdicional sobre a protecção dos direitos humanos que o factor político está presente na análise e discussão desta matéria. Primeiro que tudo diga-se que no tema dos direitos humanos não existem modelos politicamente descomprometidos. A proclamação de direitos e a previsão dos meios processuais da sua tutela fazem parte do campo político valorativo que inspira toda a ordem jurídica. Por outro lado as opções em sede de direitos humanos não são indiferentes nos seus efeitos sobre o processo de evolução de um modelo político institucional de base.

Por exemplo alguns autores acusaram o Tribunal de Justiça de activismo judicial ao fazer da protecção dos direitos humanos um instrumento de limitação injustificada dos poderes dos Estados membros, com o objectivo de acelerar o processo de integração jurídica da Comunidade.

Toda esta dimensão política ganha novo alento com a instituição da União Europeia pelo Tratado de Maastricht, em que se acentua a necessidade de uma política sobre direitos fundamentais. Já não era suficiente incorporar os direitos no ordenamento jurídico e assegurar que os particulares os pudessem invocar, era importante transformar os direitos fundamentais num critério de conformação dos comportamentos políticos - da União Europeia e dos próprios Estados membros.

O Tratado de Maastricht vinculou a União Europeia ao respeito dos direitos fundamentais enquanto princípios gerais de direito comunitário. Mas o método político de protecção dos direitos do homem não se confina ao campo específico da actuação comunitária. Na matéria da cooperação para o desenvolvimento a Comunidade deve contribuir para o respeito dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. Estava assim lançada no antigo art.º 130 a base jurídica de uma política de dependência entre a ajuda económica e a aceitação pelos Estados em vias de desenvolvimento de uma cláusula sobre direitos do homem.

O Tratado de Amsterdão foi mais longe ao impor no seu art.º 49 que os candidatos à adesão respeitem os princípios enunciados no nº 1 do art.º 6, ou seja, a liberdade, a democracia, os direitos do homem, e as liberdades fundamentais. Por outro lado o novo art.º 7 institui um sistema inovador de controlo e sanções dos Estados membros que violem de modo grave e persistente os princípios atrás enunciados. Compete ao Conselho verificar a existência de tal violação, deliberando por unanimidade e após parecer favorável do Parlamento. Para além desta censura política, o Estado membro pode ainda vir a sofrer uma sanção relativa à suspensão dos seus direitos como membro da

União, incluindo o direito de voto no Conselho. Este mecanismo escapa ao controlo do Tribunal de Justiça o que quanto a nós não faz sentido, já que o Tribunal deveria apreciar o carácter adequado e proporcional da sanção imposta.

De todo o modo este art.º 7 demonstra a determinação política da União Europeia em ser mais do que um grande mercado.

O Tratado de Amsterdão inclui ainda, no que diz respeito aos direitos fundamentais, uma declaração sobre a abolição da pena de morte; insere um novo artigo relativo à protecção das pessoas singulares no respeitante ao tratamento e libre circulação de dados de natureza pessoal, e contem uma declaração sobre o estatuto das igrejas e das organizações filosóficas não confessionais.

Conclusão

Mesmo o Tratado de Amsterdão não foi suficiente para acalmar as vozes que há muito defendem uma transformação radical do actual modelo comunitário de defesa dos direitos do homem. Para esses autores a insuficiência do modelo diz respeito tanto à forma e ao âmbito de protecção dos direitos quanto ao aspecto relativo aos meios de garantia contenciosa.

Entre as muitas propostas defendidas destacam-se duas: a aprovação de um catálogo comunitário de direitos e liberdades fundamentais e ou a adesão formal à CEDH. Estas posições explicam-se com base numa certa ideia de Europa. Ou seja os direitos fundamentais são vistos como um instrumento, entre outros, de encaminhar a União Europeia na direcção idealizada de uma federação. Não se contesta a legitimidade política destas correntes filosóficas. O que nos merece reserva é o seu fundamento para alterar a política dos direitos humanos na Comunidade.

A proposta de uma adesão formal das Comunidades Europeias à CEDH parece-nos que envolve mais inconvenientes que vantagens. A título exemplificativo refira-se a extrema dificuldade de articulação entre a jurisdição do Tribunal de Justiça e a jurisdição do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, o que tem levado a que uma mesma disposição normativa seja interpretada de maneira distinta ou mesmo divergente por parte destes dois Tribunais.

Chamado a pronunciar-se sobre a compatibilidade da adesão à CEDH com o Tratado de Roma, o Tribunal de Justiça concluiu no seu parecer 2/94, de 28 de Março de 1996, que no Estado actual da evolução do Direito Comunitário, falta à Comunidade

a competência para o efeito. Para este Tribunal, fortemente criticado por este parecer, a adesão à CEDH exige uma revisão do Tratado, mas nada nesses sentido foi introduzido no Tratado de Amsterdão.

Julgo assim que se deve substituir o modelo actual de reconhecimento de direitos, por um modelo formal de catalogação de direitos.

II
O Direito de Asilo

O Tratado de Amsterdão expandiu o reconhecimento dos direitos humanos a certos direitos que tradicionalmente dependem da decisão soberana dos Estados. Entre eles destacam-se os relacionados com a matéria de vistos, asilo, imigração e outras políticas relativas à livre circulação de pessoas (art. 61º a 68º). De acordo com o artigo 61º do Tratado de Amsterdão o Conselho deve adoptar no espaço de cinco anos e por unanimidade, sob proposta da Comissão ou por iniciativa de um Estado membro e após consulta ao Parlamento Europeu, medidas destinadas a assegurar o asilo e a imigração de quantos o procuram.

As medidas em matéria de asilo devem e de acordo com o art.º 63º ser concordantes com a Convenção de Genebra de 1951 e com o Protocolo Adicional de 1967, relativos ao estatuto dos refugiados, bem como com outros Tratados pertinentes. Ao que se sabe a Comissão elaborou recentemente um documento de trabalho respeitante às normas comuns em matéria de processo de asilo. Um primeiro ponto importante diz respeito à escolha do processo para implementar as normas comuns em matéria de asilo. Ao que se sabe a Comissão prefere um sistema flexível, já que os Estados membros não serão obrigados a adoptar processos imperativos, idênticos entre todos eles, mas tem a faculdade de decidir se querem ou não recorrer a certas ferramentas processuais e de fixar eles mesmos disposições administrativas necessárias. Esta maleabilidade não deve, contudo, permitir inviabilizar os objectivos comuns, nem deixar de proteger os requerentes de asilo e evitar, no interesse dos Estados membros a migração secundária no seio da Comunidade.

Torna-se assim necessário fixar os critérios e os mecanismos que permitam determinar o Estado membro competente para examinar o pedido de asilo apresentado num dos Estados membros por um cidadão de um país terceiro.

Torna-se igualmente necessário estabelecer as normas mínimas a ter em conta para quem solicita o asilo, nomeadamente: alojamento, ensino, cuidados médicos, acesso a trabalho, etc.

A Comunidade deve fixar uma série de normas mínimas a respeito de vários outros tópicos, como sejam:

- o reconhecimento da qualidade de refugiado pertencente a um país terceiro;
- sobre o processo de outorga ou negação do estatuto de refugiado nos diversos Estados membros;
- sobre a protecção de pessoas não abrangidas pela Convenção de Genebra;
- sobre a protecção de pessoas deslocadas provenientes de terceiros países e que não podem voltar ao seu país de origem;
- sobre a repartição equilibrada dos esforços solicitados aos Estados membros com o acolhimento e suas consequências.

De igual forma julga-se importante estabelecer as regras respeitantes ao Eurodoc, ou seja um sistema de troca de impressões digitais.

Há assim questões cruciais em matéria de forma e de conteúdo que tem de ser resolvidas, como as que dizem respeito à prova dos requisitos, aos prazos, à noção de país terceiro, e mesmo quanto ao calendário de implementação de todas estas medidas.

Até à entrada em vigor das medidas comuns que o Tratado de Amsterdão veio impor será conveniente que se apresente o quadro normativo e fáctico sobre o direito de asilo em Portugal.

Em direito internacional, a norma de ius cogens em que se traduz o direito de asilo significa o direito de qualquer Estado, em relação a outro Estado, de conceder a qualquer indivíduo perseguido pelas autoridades deste último o direito a permanecer ou residir no seu território, ou nas suas extensões territoriais, a salvo desse Estado.

A Constituição da República Portuguesa veio consagrar o direito de asilo, reconhecido aos estrangeiros e apátridas ameaçados ou alvo de perseguição, em consequência da sua actividade em prol de valores fundamentais como a democracia, a libertação social e nacional, a paz entre os povos, a liberdade e os direitos da pessoa humana, remetendo para a lei a definição do estatuto de refugiado (art. 33º nº 6 e 7). Encontramos assim três dimensões do direito de asilo: a dimensão internacional, enquanto direito dos Estados a dar refúgio a quem seja perseguido por outro Estado; a dimensão pessoal, enquanto direito do perseguido a obter refúgio e protecção; e a dimensão constitucional objectiva, enquanto meio de defesa dos valores constitucionais da democra-

cia, da paz, da liberdade e dos direitos humanos.

Portugal aderiu aos dois instrumentos de direito internacional mais relevantes sobre o estatuto dos refugiados: a Convenção de Genebra, de 28 de Julho de 1951 e o Protocolo Adicional de Nova Iorque, de 31 de Janeiro de 1967.

A definição de refugiado consagrada abrange aqueles que receiam com razão a perseguição em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo ou das suas convicções políticas, não podendo ou não querendo, por força daquele receio, voltar ao Estado da sua nacionalidade, residência ou último domicílio.

Este sentido veio a ser acolhido nas sucessivas leis que regularam a concessão de asilo pelo Estado português.

Ao nível europeu, com a eliminação das fronteiras internas e a libre circulação de pessoas no espaço comunitário, os requerentes de asilo, que em número crescente, sobretudo a partir da década de 80, passaram a afluir à Europa Ocidental, não deixaram de procurar essa liberdade para procurarem instalar-se nos diferentes Estados membros, recorrendo para o efeito a pedidos sucessivos ou simultâneos. Por outro lado, o fluxo de candidatos a asilo foi registando um aumento crescente.

É neste contexto que surge a Convenção de Dublin de 15 de Junho de 1990. A filosofia da Convenção assenta na ideia da realização do mercado interno como um espaço no qual será assegurada a libre circulação de pessoas de harmonia com o disposto no Tratado da União Europeia. Partindo desse pressuposto, desenvolve-se um sistema que visa garantir a análise de qualquer pedido de asilo apresentado por um cidadão não comunitário na fronteira ou no território de um dos Estados membros. Essa análise cabe a um Estado membro, a determinar de harmonia com os critérios estabelecidos na Convenção.

Tais critérios visam desencorajar os pedidos de asilo múltiplos (sucessivos ou simultâneos) e solucionar conflitos negativos de competência, decorrentes da invocação da regra do país do primeiro acolhimento e geradores de situações como as dos chamados requerentes de asilo em órbita. Pretende-se assim evitar a apresentação de vários pedidos pelo mesmo interessado e tornar mais rápido e eficiente o sistema de recepção e tratamento das petições, sem afectar as garantias dos requerentes.

Relativamente aos Acordos de Schengen, o direito de asilo está igualmente previsto na Convenção de Aplicação de 1990. Tal como na Convenção de Dublin, o regime definido reflecte os mesmos princípios e objectivos para a determinação do Esta-

do responsável para examinar um pedido de asilo.

Um problema que carece de resolução urgente é o que se prende com o envio de requerentes que viram o seu pedido indeferido para um Estado terceiro. Nem a Convenção de Dublin, nem o Acordo de Schengen, permitindo o reenvio de requerentes de asilo, exigem uma análise preliminar sobre as garantias que esse país terceiro oferece, não cuidando de aferir se o mesmo pode garantir uma protecção efectiva. Este ponto tem de ser agora resolvido, pois os Estados e a União Europeia não podem demitir-se das suas obrigações de salvaguarda dos valores fundamentais da vida e da dignidade humanas. Deve ser exigida, sempre que um Estado não conceda o asilo e proceda, consequentemente, ao reenvio do interessado para outro país, uma averiguação preliminar do regime a que essa pessoa estará sujeita, em face do ordenamento jurídico desse Estado.

E esse reenvio só poderá operar-se se se encontrar garantida a liberdade pessoal e a não sujeição a sanções físicas, tortura e outros tratamentos inumanos e degradantes, para além de se concluir, com certeza, que esse Estado não procederá ao posterior reenvio para o País de origem do requerente do asilo.

Em Portugal desde a instauração da democracia que se sucederam três regimes legais sobre o asilo. A Lei de 1980, a de 1983 e a Lei 15/98, de 26 de Março.

O primeiro diploma legal sobre o direito de asilo consagrou além do clássico asilo político o chamado asilo humanitário, admitindo a sua concessão aos que não possam ou não queiram voltar ao seu Estado ou região por motivos de insegurança devida a conflitos armados ou de sistemática violação de direitos humanos, ou seja, às vítimas da guerra, da perseguição e da tortura. Esta figura do asilo humanitário não viria a ser retomada nas leis posteriores, tendo sido substituída por um regime especial de permanência em território nacional, que prevê a faculdade de outorga de uma autorização de residência por razões humanitárias àqueles que não se enquadram nos pressupostos da concessão do asilo.

Os dados estatísticos disponíveis permitem afirmar que o número de pedidos de asilo formulados às autoridades portuguesas é diminuto, quando comparado com o número de requerimentos feitos aos outros países europeus. Refira-se ainda que os pedidos de asilo formulados ao Estado português, e tendo por referência o ano de 1997, provêm maioritariamente de africanos, embora poucos dos países africanos lusófonos. Seguem-se os pedidos formulados por cidadãos dos países de leste. Da União Europeia contaram-se dois pedidos (um da Alemanha outro da Hungria). Registaram-se ainda

pedidos formulados por nacionais do Irão, Iraque, Líbano, China, Cuba, Paquistão, Bangladesh e por um apátrida.

Por fim aponta-se um caso que embora não possa qualificar-se como pedido de asilo ao Estado Português, apresenta contornos muito aproximados e tem feito intervir o Provedor de Justiça. Refiro-me ao caso dos timorenses que pedem asilo às missões diplomáticas acreditadas em Jacarta, já que Portugal não mantém relações diplomáticas com Portugal. Estes timorenses não são em Portugal asilados, pois é-lhes concedido passaporte nacional. No entanto são verdadeiros refugiados e só lhes é possível entrar em Portugal depois de obterem este estatuto reconhecido por outro País a quem pedem asilo.

Penso assim ter contribuído para melhor se analisar e implementar um regime comunitário em matéria de asilo conforme imposição do Tratado de Amsterdão, havendo que reconhecer o papel importante que nesta tarefa desempenham os diversos Provedores nacionais e o Provedor de Justiça Europeu, quer ao nível da apreciação e discussão das propostas da Comissão, quer propondo alterações e sugestões a esse documento de trabalho, quer ainda tendo um papel pedagógico ao explicar aos interessados o processo de asilo e os direitos que lhes assistem.

2.13. INTERVENÇÃO DO PROVEDOR DE JUSTIÇA A PROPÓSITO DE TIMOR LESTE

Apresentam-se as intervenções produzidas a propósito dos trágicos acontecimentos ocorridos posteriormente à divulgação dos resultados do referendo legítimo e democraticamente realizado em Timor Leste em 30 de Agosto de 1999, sob a supervisão das Nações Unidas.

1. Introdução do Dossier apresentado ao Presidente da Comissão Nacional da Resistência Timorense, comandante Xanana Gusmão, em Setembro de 1999

O Provedor de Justiça, órgão que nos termos do seu Estatuto tem por função principal a defesa e promoção dos direitos, liberdades, garantias e interesses legítimos dos cidadãos, não podia deixar de manifestar o seu apoio activo à causa do Povo Timo-

rense e tentar pelos meios disponíveis pressionar as instituições internacionais, concretamente o Conselho de Segurança das Nações Unidas, com o objectivo de que fosse urgentemente garantida a Paz e a Ordem naquela Nação.

Ao nível internacional formulei um Apelo aos meus homólogos nacionais, regionais e locais de todo o mundo e a diversas Instituições internacionais com deveres especiais no âmbito dos Direitos do Homem, como o Secretário-Geral das Nações Unidas e a Alta Comissária desta organização para os Direitos Humanos.

Em Paris, numa reunião de Provedores nacionais da União Europeia (8-9 de Setembro), abordei a situação dramática de Timor e a premência de uma intervenção internacional, fazendo aprovar, com o apoio do Médiateur de la République Française e do Provedor Europeu uma Declaração política nesse sentido. Também no IV Congresso Anual da Federação Iberoamericana de Ombudsman, realizada nas Honduras (27-29 de Setembro), colaboradores meus apresentaram e fizeram incluir uma posição sobre Timor Leste no texto final do congresso.

A reacção internacional agora em curso que provocou a interrupção das atrocidades e do genocídio que ficarão na memória de todos, é a prova de que valores como a Vida, a Justiça, a Democracia, a Paz e a Liberdade são inalienáveis. Foi esse o móbil do meu contributo.

2. Mensagem do Provedor de Justiça aos seus Homólogos Estrangeiros e outras Instituições Internacionais

Caros Colegas

O Provedor de Justiça de Portugal, observando a situação de calamidade e horror que se vive em Timor Lorosae, entende dirigir-se a todos vós para pedir o vosso contributo para a Paz e a reposição da Ordem e Legalidade naquele território.

A vontade de um povo, claramente demonstrada em referendo patrocinado pela ONU, no qual a independência obteve uma vitória esmagadora, está a ser aniquilada pelos actos criminosos das milícias que teimam em não aceitar os resultados legítimos do escrutínio e que, impunemente, espalha a morte e o terror.

A comunidade internacional não pode assistir passivamente ao genocídio do povo de Timor Leste, aguardando que a Indonésia cumpra o acordado em Nova Iorque, respeitando o resultado do referendo e garantindo a paz. O exército indonésio parece

estar longe de o conseguir e os últimos acontecimentos demonstram claramente que a Indonésia não está a desempenhar, como lhe compete, uma eficiente acção de policiamento e de manutenção da segurança.

Apelo para todos vós, dirigentes de instituições com responsabilidades e especiais deveres na promoção e defesa dos direitos do homens, para que pressionem, directa ou através dos governos, a comunidade internacional a intervir efectiva e urgentemente em defesa da nova Nação de Timor Lorosae, em especial junto do Secretário-Geral da ONU, Sr. Kofi Annan, e dos membros permanentes do Conselho de Segurança das Nações Unidas.

Lisboa, 6 de Setembro de 1999

3. Declaração de Paris, aprovada por unanimidade, no seminário "Os provedores, o Tratado de Amsterdão e a integração europeia"

"Declaração sobre Timor Oriental

Os Provedores nacionais e Ombudsmen da União Europeia e o Provedor Europeu, reunidos em Paris, nos dias 9 e 10 de Setembro de 1999, sobre o tema 'Os provedores, o Tratado de Amsterdão e a integração europeia', exprimem as suas mais vivas preocupações relativamente às violações flagrantes e repetidas dos Direitos do Homem em Timor oriental.

Os Provedores, particularmente vinculados nas suas funções pelo respeito dos Direitos do Homem, solicitam a intervenção do Secretário-Geral das Nações Unidas para restabelecer a paz no território, afim de evitar um genocídio e assegurar o respeito dos Direitos do Homem.

Os Provedores apoiam os seus governos nacionais e a União Europeia nos seus esforços para encontrar todos os meios de natureza a encontrar uma solução do conflito em Timor oriental."

Paris, 9 de Setembro de 1999

4. Mensagem sobre a situação em Timor-Leste ao IV Congresso da FIO, reunido em Tegucigalpa entre 25 e 27 de Setembro de 1999

O sentido da Justiça, a defesa dos mais fracos e oprimidos, o clamor das atrocidades cometidas contra vidas inocentes, reclama desta Assembleia a mais viva indignação e protesto. A universalidade do Ombudsman, sem embargo das especificidades de cada país onde se encontra instituído, não pode deixar-nos sem exprimir o mais vivo repúdio quando o genocídio de um povo é indesmentivelmente transmitido a todos nós pela imprensa, pela rádio e pela televisão.

Refiro-me ao povo de Timor-Leste, cuja matriz cultural de inspiração ibérica nos aproxima de modo muito particular. Refiro-me a um povo que murmura a esperança na sua realização colectiva, na libertação de um cativeiro cruel e despótico que não respeita os vivos nem a dignidade dos mortos, que não se demove perante as lágrimas de crianças arrancadas às suas famílias, nem cede diante da cumplicidade de alguns militares apostados em deixar um rasto de destruição pior que o das forças da natureza . Refiro-me a um povo para quem cada um dos direitos consagrados na Declaração Universal - e cujos 50 anos acabámos de celebrar - perderam todo e qualquer sentido. Igrejas profanadas, deportações massivas, agressões gratuitas e despudoradas contra sacerdotes e jornalistas, fuzilamentos indescritíveis de mulheres, velhos e crianças. Um cenário de horror a que a Comunidade Internacional, não sem a hesitação de alguns interesses económicos inconfessados, conseguiu conter por via da interposição de uma força de paz liderada pela Austrália, mas integrada também pelo Brasil que aproveito para saudar no continente americano.

No meu País, vestiram-se as pessoas de branco em esperança de paz e de negro se cobriram estátuas e monumentos na dor e no luto partilhados. Vigílias, protestos e manifestações tiveram lugar de sul a norte. Fábricas e escolas pararam em silêncio de consternação. Os sinos dobraram e os barcos entoaram um coro de lamento e frustração incontida. O povo de Timor-Leste, nosso irmão na História e na cultura, era esmagado aos olhos de todos, logo após ter afirmado a sua vontade, sob os auspícios das Nações Unidas, o seu desejo de liberdade e auto-determinação do seu destino. Perto de 99% dos recenseados votaram, e destes mais de ¾ se pronunciaram pacifica e democraticamente pela independência, mal sabendo que a urna do sufrágio seria o prenúncio da urna do seu martírio.

Apesar dos ventos da esperança que sopram da interposição de uma força mandatada pelas Nações Unidas e da acção de tantas organizações humanitárias que acorrem às terras de Timor-Leste, não há razões para tranquilizarmos as nossas consciências. A violência persiste e desconhece-se como, quando e em que condições poderão os timorenses construir o seu futuro, a começar pelos milhares de pessoas arrastadas para o território indonésio, para bem longe das suas casas e dos seus campos.

Que podemos nós fazer ? Como podemos erguer a nossa voz a tantos milhares de quilómetros que nos separam ? Que sentido pode ter a nossa revolta ? São questões pertinentes a que respondo ao afirmar que, decididamente, o silêncio não é a arma do Ombudsman. É antes a palavra, o gesto, a confiança de quem possui a liberdade e a tolerância como certezas, de quem não baixa os braços diante da opressão e do atentado aos mais elementares direitos.

Peço-vos, pois, Defensores, Procuradores, Comisionados e Presidentes de Comissões Públicas de Direitos do Humanos, que em sentido convergente com a Declaração conjunta dos Ombudsmen europeus adoptada em Paris, em 10 de Setembro, e num gesto de esperança fundado no alto sentido de defesa das liberdades fundamentais, de todos nós, representando povos e nações que na História conhecemos o medo e o terror de regimes autoritários, aprovemos uma moção:

(a) encorajando os esforços da Alta Comissária das Nações Unidas para os Refugiados e da Alta Comissária para os Direitos do Homem com vista à criação de condições que permitam o rápido repatriamento das centenas de milhar de timorenses brutalmente deportados para território indonésio;

(b) exortando os Ombudsman da Ásia e Oceânia, através da estrutura organizativa própria, a tudo fazerem junto dos seus Governos em prol do restabelecimento da ordem e da paz em Timor-Leste, o que passa inexoravelmente pela rápida transição para a fase ulterior definida no Acordo de Nova Iorque firmado em Maio entre Portugal, a Indonésia e as Nações Unidas;

(c) exprimindo a nossa mais profunda comunhão com o povo de Timor Oriental junto dos laureados com o Prémio Nobel da Paz, em 1997, D. Carlos Ximenes Belo, Bispo de Díli, e José Ramos-Horta, representante no exterior da Resistência Timorense.

Associo-me, de imediato, à iniciativa espanhola que saúdo na pessoa do Senhor D. Fernando Alvaréz de Miranda, de fazer constar na Declaração de Tegucigalpa a nossa comum indignação e o desejo de um rápido triunfo da lei e dos direitos do ho-

mem no território não-autónomo de Timor Oriental.

a) José Menéres Pimentel,
Provedor de Justiça

2.14. CONFERÊNCIA "A PREVENÇÃO DA TORTURA NA ALVORADA DO NOVO MILÉNIO"

Conselho da Europa, Estrasburgo, 19 de Novembro de 1999

Embora o Provedor de Justiça se tenha feito representar por um adjunto do seu gabinete nesta conferência promovida pelo Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e do Tratamento Desumano ou Degradante, enviou um contributo escrito que integrou o dossier de trabalho do encontro.

As Condições Subjectivas de Reclusão

Na impossibilidade de participar pessoalmente nesta conferência promovida pelo European Commitee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, não quero deixar passar, contudo, esta oportunidade para apresentar, embora muito sinteticamente, algumas ideias que entendo merecerem a reflexão dos participantes nesse encontro, tendo ainda em consideração que o sistema penitenciário português foi alvo recentemente de uma inspecção global por esta Provedoria de Justiça, pelo que entendi contribuir com esta comunicação.

Nas democracias modernas, perante um quadro legislativo imbuído de valores humanistas, a problemática do sistema penitenciário ganhou particular ênfase. As condições de cumprimento da pena de prisão são hoje motivo de preocupação para os governos e, acima de tudo, para todas as entidades com especiais preocupações no domínio dos Direitos do Homem.

Quando me refiro às condições de cumprimento da pena, devo esclarecer que englobo não só as condições físicas – celas, instalações sanitárias, refeitórios, enfermarias e gabinetes médicos, escolas, recreios, ginásios, oficinas e outras estruturas de apoio – mas também aquelas condições subjectivas que promovem a reinserção social do recluso – ensino, formação profissional e para a sociedade, ocupação dos tempos livres, desporto e saúde. Entendo deste modo que o conceito de pena criminal deve com-

portar no seu núcleo não apenas vertentes retributivas sancionatórios, mas principalmente uma dimensão de prevenção especial que se traduza numa efectiva reinserção social do delinquente. O cumprimento de pena de prisão não pode ser sinónimo de mera reclusão ou de isolamento da população livre.

Foi movido com este ânimo que desenvolvi no ano passado, à semelhança do que foi feito em 1996, uma vasta acção de inspecção dos estabelecimentos prisionais portugueses. Tal como nesse ano, as visitas, muitas das quais prolongadas ao longo de vários dias, foram efectuadas num período de tempo relativamente curto para observar os 54 estabelecimentos prisionais existentes em Portugal.

Nas deslocações aos estabelecimentos, para além da insubstituível verificação da estrutura física do estabelecimento e respectivas condições de funcionamento, com contacto pessoal com os reclusos, foi seguido um questionário base, contendo o essencial que se queria ver averiguado em cada estabelecimento e, concomitantemente, avaliar para o conjunto do sistema. Fez-se uma sistematização em torno de grandes temas, a saber: caracterização dos reclusos, acolhimento e regulação interna, alojamento, alimentação, saúde, ocupação, tempos livres e convívio, relações com o exterior, segurança e disciplina e administração penitenciária.

Na apreciação global que fiz em 1996, três conclusões sobressaíram das demais e que estavam relacionadas com a insuficiência da prestação de cuidados de saúde à população prisional, agravada pela proliferação de doenças infecciosas em meio prisional, bem como com a insuficiência do alojamento, em quantidade e qualidade e, finalmente, com a deficiência verificada ao nível da garantia de ocupação de todos os reclusos durante o tempo de permanência na prisão que permitisse cumprir o propósito da sua reinserção social.

Como ideia forte que tentei transmitir nessa data, ficou ainda a desvalorização relativa da importância da sobrelotação no quadro dos problemas do sistema. Sendo um óbvio mal e afectando, por vezes gravemente, a dignidade da pessoa humana, sem contestar a necessidade de ser combatida através da construção e remodelação de espaços, entendi e continuo a entender que o sucesso ou insucesso de um sistema penitenciário não passa essencialmente pelas condições de alojamento, inúteis por si mesmas caso não sirvam de suporte a uma política de reinserção social devidamente estruturada.

Sem embargo do que de negativo foi constatado na inspecção realizada em 1998 e que motivou um largo número de recomendações, é justo reconhecer uma me-

lhoria nas condições observadas na generalidade dos estabelecimentos. Foi aliás com satisfação que vi terem sido levadas em consideração as minhas observações e recomendações, sobre variados aspectos de estrutura e funcionamento.

Ao nível da saúde, verifiquei, nomeadamente, a construção de novas e modernas unidades de saúde, a melhoria das condições do hospital prisional e da clínica psiquiátrica deste, o grande aumento ao nível do pessoal médico e de enfermagem e o incremento de programas de apoio a toxicodependentes - tal como em 1996, o número de toxicodependentes declarado pelos vários estabelecimentos ronda os 60 a 70% -, designadamente pela construção de "unidades livres de droga" (espaços prisionais destinados em exclusivo a programas de apoio e recuperação de reclusos toxicodependentes). Contudo, no que às doenças infecciosas diz respeito, é muito preocupante a análise dos dados declarados pelos vários estabelecimentos, os quais referenciam que um quarto da população prisional estava infectada pelas hepatites víricas (B e C), acusando um acréscimo global de 2323 casos relativamente aos declarados desde 1996 e uma percentagem de 11% de seropositivos, valor este que assume uma tendência de tipo ascendente face aos 9% de 1996.

Ao nível do alojamento verifiquei importantes melhorias na maior parte dos estabelecimentos, nomeadamente através da construção de instalações sanitárias nas celas, sem prejuízo de estas melhorias se terem sentido mais nos estabelecimentos regionais do que nos centrais, apesar de o "balde higiénico" ter sido ainda referenciado total ou parcialmente em 9 estabelecimentos centrais e especiais e em 21 estabelecimentos regionais. Também a sobrelotação não foi atenuada, pois tomando como parâmetro os espaços de alojamento efectivamente à disposição e em utilização a taxa de ocupação foi sensivelmente idêntica à realmente vivida em 1996, situando-se nos 142% (caso se considerem as camas que estavam em obras de remodelação, disponíveis a curto prazo, a taxa desceria para 134%). A estrutura ao nível dos refeitórios pareceu continuar igualmente insuficiente, facto a que também não é alheio a sobrelotação.

Ao nível da ocupação, se níveis mais elevados foram agora encontrados, com particular realce no ensino, persiste a necessidade de se encontrar um novo paradigma da realidade laboral prisional, assente menos na ergoterapia e mais na preparação adequada e eficiente para o (re)ingresso no mundo activo.

Em matéria laboral, de ensino e formação profissional, é necessário adequar a diversidade e qualificação à realidade existente fora de muros, não esquecendo a necessidade de, além do mais, se incrementar o sentido de justiça dos reclusos ao aproximar

as suas remunerações das dos trabalhadores livres, tendo como meta a equiparação possível. A actividade de faxinagem, por outro lado, apresenta um peso desproporcionado no trabalho prisional, pouco diferenciado e pouco voltado para a preparação para a vida em liberdade.

No tratamento da problemática da reclusão, deverá pontificar, portanto, uma análise conjunta das vertentes objectiva e subjectiva do cumprimento da pena criminal. Penso mesmo que o grande desafio da política criminal para o século XXI será o de colocar o sistema penitenciário como um instrumento associado a uma política de reinserção social devidamente estruturada.

Nessa medida, a acção do Comité pode ser extremamente eficiente, quer para promover uma tomada de consciência dos Estados para a necessidade da adopção de sistemas penitenciários voltados para um objectivo de reinserção social do delinquente, quer para uma actividade concreta de inspecção que não fique "prisioneira" da análise das condições objectivas de detenção ou reclusão dos cidadãos.

A educação para a saúde e para a vida em sociedade, numa premência justificada pelo fenómeno da toxicodependência e desvios comportamentais associados e pelo flagelo da sida e de outras patologias do foro infeccioso (como é actualmente exemplo o crescimento de casos de tuberculose em meio prisional), são realidades que cada vez mais carecem de desenvolvimento na política penitenciária.

Com esta minha comunicação pretendo despertar, portanto, a preocupação do Comité para realidades que embora não se identificando imediatamente com conceitos como os definidos no art. 1º da Convenção Europeia para a Prevenção da Tortura e Tratamento ou Punição Desumano ou Degradante, ainda assim devem fazer parte integrante da política penitenciária dos Estados e como tal sujeitos à jurisdição do Comité.

Posso exemplificar facilmente o que venho dizendo com situações ligadas à área da saúde e do trabalho. Efectivamente, quando não se consegue garantir aos reclusos a assistência e os cuidados essenciais de saúde, descurando aspectos de providência médica que potencializam ou não reduzem o contágio de certas doenças, a dignidade humana não é respeitada. Do mesmo modo acontece quando o salário pago ao recluso pelo seu trabalho não é remunerado em circunstâncias equiparáveis às do mundo livre, aproximando a mão-de-obra prisional de uma disponibilidade quase gratuita para o trabalho, ela própria viciadora inclusive das regras da concorrência.

As condições objectivas - materiais, físicas - de reclusão não esgotam o uni-

verso do sistema prisional. O presente e o futuro do recluso – que mantém os mesmos direitos enquanto cidadão, excepcionando a liberdade – deve constituir para o Estado moderno uma obrigação com reflexos nas funções prosseguidas com a execução da pena criminal. É sem dúvida importante saber se na prisão as dimensões das celas respeitam a cubicagem adequada, mas é sobremaneira importante apreciar as condições existentes nessa prisão para reinserir o recluso no mundo do trabalho e na sociedade, bem como saber se esse recluso continua a ter acesso a um serviço de saúde digno e a um sistema de educação adequado.

São estes os temas para os quais entendo chamar a atenção de todos vós e que me parecem que devem estar hoje no centro das preocupações da comunidade internacional, no domínio do sistema penitenciário. No novo milénio poderia ensaiar-se um "salto" no espectro da actividade do Comité, o qual passaria por uma perspectiva de actuação ampliada pelas vertentes subjectivas das condições de reclusão. Em suma, ultrapassar-se a categoria dos Direitos Fundamentais de primeira geração e absorver a novel categoria dos Direitos de Prestação por parte do Estado.

4.

Actividade da linha verde "Recados da Criança"

Linha Verde "Recados da Criança"

I – Movimento.
II – Situações Tratadas.
III – Cooperação.
IV – Participação em Actividades.
V – Publicações e Divulgação.
VI – Concurso.

I – Movimento

No quinto ano de actividade, após apresentação oficial em 22 de Setembro de 1994, a Linha Verde "Recados de Criança" continua a receber queixas, tanto dos menores, como dos adultos agindo em seu nome, relativas a acções ou omissões dos poderes públicos. Mas não só. Muitas vezes as crianças, ou adultos apelando em seu nome, recorrem aos "Recados da Criança " por não terem a menor ideia dos direitos que lhes assistem ou dos deveres a cumprir. Assim, tem havido situações apreciadas em conjunto permitindo o esclarecimento de cada caso concreto, deixando ao cidadão a possibilidade de reflectir e optar livre e responsavelmente.

É garantido o sigilo quanto à identidade dos utilizadores desta Linha Verde.

No período da tarde o atendimento é directo e personalizado, sendo nos outros períodos as chamadas registadas em gravador.

Durante o ano de 1999 foram registadas 3038 chamadas telefónicas.

As que são resolvidas ou encaminhadas por comunicação telefónica correspondem ao primeiro objectivo dos "Recados da Criança": captar a mensagem em toda a dimensão; proporcionar a análise clara do problema, ouvindo com atenção e equacionando os termos; permitir a formulação de hipóteses e a opção pessoal. Destes casos, embora não constituindo processo, ficou registada a sequência pormenorizada das comunicações relativas a 42 reclamantes, por exigirem um estudo específico.

Destas chamadas foram registadas 904, correspondentes a 29,7%.

Surgem, por outro lado, situações que exigem organização de processo formal nos serviços da Provedoria de Justiça. As chamadas relativas a estes processos foram registadas num total de 714, correspondente a 23,5%. Alguns destes processos foram

organizados com base em queixas apresentadas por escrito.

Finalmente uma percentagem significativa refere-se a chamadas de brincadeira: ou porque as crianças não têm problemas mas querem ser ouvidas por alguém; ou porque querem opinar, gracejando, sobre o que se passa à sua volta; ou porque querem dizer tolices. Há uma ou outra que pretende ser ofensiva. Algumas são montagens de casos que se verifica não serem verdadeiros.

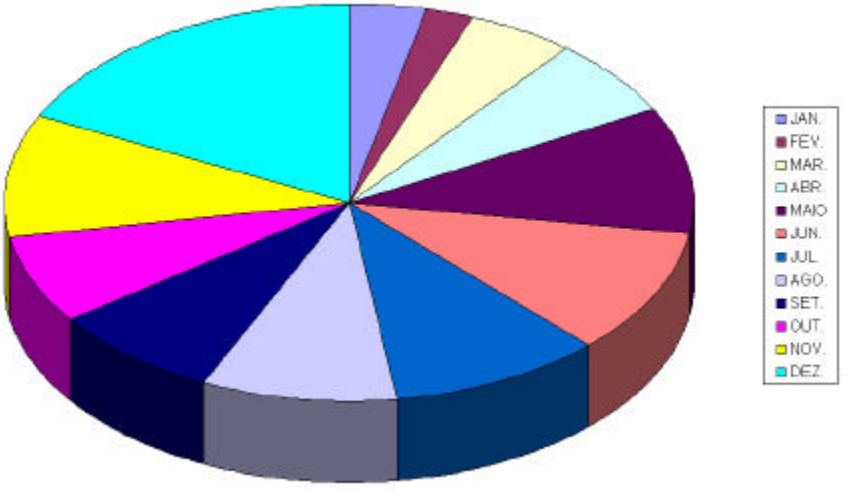
Há também situações em que as pessoas não deixam referência alguma na gravação, impossibilitando a sequência da comunicação. A maioria deste tipo de chamadas corresponde a gravações. Ainda assim, quando é deixado o contacto procuramos comunicar e se encontramos o/a interlocutor/a procuramos explicar os objectivos da Linha Verde "Recados da Criança". Destas chamadas foram registadas 1420, correspondentes a 46,7%.

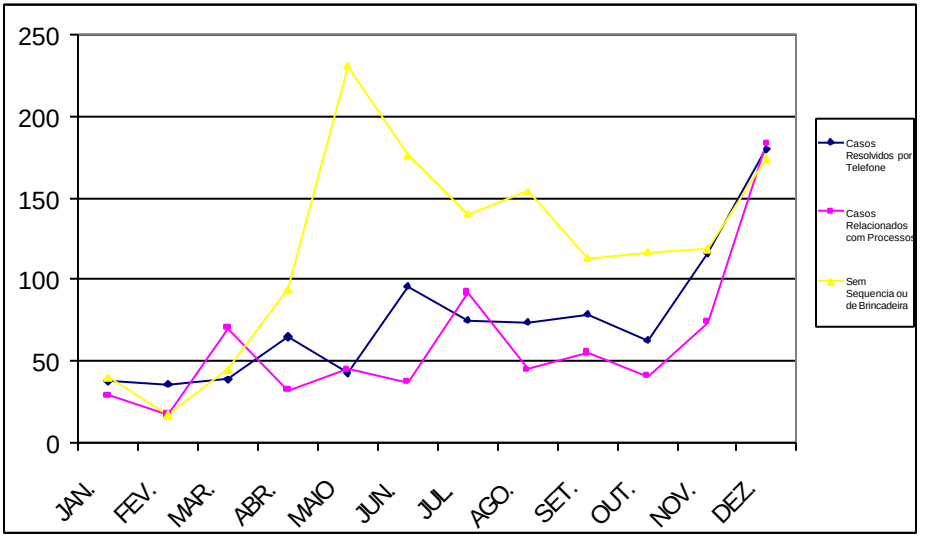
Assim, em síntese:

- Assuntos resolvidos pelo telefone: - 29,7%
- Processos organizados na Provedoria de Justiça: - 23,5%
- Chamadas sem sequência ou de brincadeira: - 46,7%

Em relação ao ano transacto registou-se um acréscimo de 1819 chamadas. Parece significativo assinalar que ao longo do ano de 1999 foram arquivados 101 processos. Por outro lado foi registada a entrada de 85 novos processos.

	Casos Resolvidos por Telefone	Casos Relacionados com Processos	Sem Sequência ou de Brincadeira	Total	%
JAN.	38	29	40	107	3,52
FEV.	36	17	17	70	2,30
MAR.	39	70	45	154	5,06
ABR.	65	32	94	191	6,27
MAIO	43	45	231	319	10,48
JUN.	96	37	176	309	10,15
JUL.	75	92	140	307	10,09
AGO.	74	45	154	273	8,97
SET.	79	55	113	247	8,11
OUT.	63	41	117	221	7,26
NOV.	116	74	119	309	10,15
DEZ.	180	183	174	537	17,64
TOTAL	**904**	**720**	**1420**	**3044**	
%	29,70	23,65	46,65		


JAN.
FEV.
MAR.
ABR.
MAIO
JUN.
JUL.
AGO.
SET.
OUT.
NOV.
DEZ.


250
200
150
100
50
0
JAN.
FEV.
MAR.
ABR.
MAIO
JUN.
JUL.
AGO.
SET.
OUT.
NOV.
DEZ.
Casos Resolvidos por Telefone
Casos Relacionados com Processos
Sem Sequencia ou de Brincadeira

II - Situações Tratadas

Os casos apresentados mais frequentemente foram: maus tratos, negligência, abandono, regulação do poder paternal, incumprimento das visitas e da prestação de alimentos, absentismo escolar, trabalho infantil, adopção, colocação em instituição, abuso sexual, gravidez de menores, toxicodependência, anorexia, rapto, protecção da maternidade e da paternidade, ausência de registo de nascimento, dificuldades de relacionamento dos menores com os pais e vice-versa e dificuldades de integração dos menores no meio escolar.

As situações denunciadas à Linha Verde "Recados da Criança" permitiram em certos casos, tomar conhecimento de irregularidades que justificaram uma intervenção, tendo em vista a sua correcção. Por exemplo, a propósito de uma denúncia, apurou-se ter havido um extravio da notificação ao I.R.S. do despacho que solicitava o envio mensal de Relatório Social, para avaliação da situação do Agregado familiar do menor em causa. Detectada a situação, foi possível estabelecer os contactos e corrigir a situação.

Um outro caso foi o de um pedido de informação relativo ao registo de nascimento de menores, que permitiu detectar um erro na contagem do prazo legalmente estabelecido para a presunção de paternidade, o que possibilitou, depois de contactada a entidade responsável, concluir o processo do registo com respeito pelo princípio da veracidade.

III - Cooperação

O estudo e encaminhamento de casos apresentados na Linha Verde "Recados da Criança" suscitou a cooperação de muitas Instituições: Instituto de Apoio à Criança (I.A.C.), Projecto de Apoio à Família e à Criança (P.A.F.A.C.), Comissões de Protecção de Menores (C.P.M.), Centros Regionais de Segurança Social (C.R.S.S.), Instituto de Reinserção Social (I.R.S.), Santa Casa da Misericórdia (S.C.M.), Polícia de Segurança Pública (P.S.P), Guarda Nacional Republicana (G.N.R.), Conservatórias de Registo Civil, além dos Tribunais.

IV – Participação em Actividades:

Durante o ano de 1999 a Linha Verde "Recados da Criança" teve a oportunidade de participar em diversas actividades, colóquios, seminários, e conferencias. Salienta-se:

- Na sequência das actividades iniciadas pela "Comissão Nacional de Protecção das Crianças e Jovens em Risco", em 1998, o Provedor de Justiça fez-se representar durante o ano de 1999, em todas as reuniões.
- Apresentação dos resultados do Estudo, sobre a caracterização e quantificação do Trabalho Infantil em Portugal, realizado pelo Ministério do Trabalho e da Solidariedade, através do Departamento de Estatística do Trabalho, Emprego e Formação Profissional, em Janeiro de 1999.
- Colóquio Internacional sobre Exclusão Social, organizado pelo Gabinete de Estudos Olisiponenses da C.M.L. e pelo I.S.C.T.E. realizadas em Março de 1999
- Seminário sobre os Tempos Livres, "A Criança, o Espaço e a Ideia", organizado pela Equipa de Apoio à Infância da Direcção de Acção Social da C.M.L. realizadas em Maio de 1999.
- Workshop sobre Abuso Sexual de Menores, organizado pela Associação de Mulheres Contra a Violência, realizadas em Outubro de 1999.
- Comemoração dos 10 anos, da Convenção dos Direitos da Criança, organizado pelo I.D.S, tendo sido a sessão presidida por Suas Excelências o Ministro do Trabalho e da Solidariedade e o Ministro da Justiça, com a participação do Dr. Vera Jardim, ex-Ministro da Justiça, que teve lugar no Parque das Nações, a 20 de Novembro de 1999.
- Workshop sobre a experiência da Reorganização dos Serviços de Protecção e apoio a menores, organizado pelo I.D.S. e realizado em Novembro de 1999.

Foram, também, efectuadas deslocações ao estrangeiro, para participação em encontros internacionais:

- Guatemala (Antígua) – de 25 de Setembro a 8 de Outubro de 1999.

Tratou-se de um segundo curso para assessores dos *Ombudsman.* Estiveram

presentes representantes da Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Costa Rica, El Salvador, Equador, Espanha, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Peru, Porto Rico e Venezuela.

Foram tratados temas de formação no âmbito dos procedimentos de gestão de queixas, sendo consideradas, em especial, as técnicas de protecção dos Direitos da Criança.

- Espanha (Madrid) – Encontro anual da ENOC (*The European Network of Ombudsmen for Children*).

O *Chairman* em exercício e organizador deste Encontro foi o *Ombudsman for Children* de Madrid.

Estiveram presentes representantes da Áustria, Bélgica (Comunidade Francesa e Comunidade Flamenga), Dinamarca, Espanha (Madrid e Região da Catalunha), Hungria, Islândia, Noruega, Rússia (Região de Kaluga) e Suécia.

Numa primeira parte dos trabalhos foi apresentada uma breve síntese, por parte do representante de cada país, acerca das actividades desenvolvidas, desde o último Encontro em Gentofte – Dinamarca, em Setembro de 1998.

Na abertura da sessão falou o Director do Departamento Regional da UNICEF para a Europa, após as boas vindas por parte do *Ombudsman for Children* de Madrid.

A problemática apresentada em relação aos diversos países participantes permitiu constatar a existência comum de uma série de situações, embora com diferentes gradações: maus tratos, falta de segurança, situações de trauma resultante da separação dos pais, questões de adopção, abuso sexual, absentismo escolar, violência, abandono, negligência, publicidade atentatória da dignidade da criança, saúde física e saúde mental, dificuldades com a ocupação dos tempos livres.

A Islândia sugeriu a formulação de recomendações no que respeita à violência veiculada pela televisão e, ainda, a necessidade de impor princípios éticos no acesso a uma base de dados para a investigação genética.

A Noruega sublinhou o interesse de uma análise dos benefícios e riscos proporcionados pelos "media" na actualidade. Lembrou as vantagens de serem aproveitadas as possibilidades de informação e diálogo facilitados pela "Internet".

Pela parte de Portugal foi colocada a questão de averiguar as causas dos problemas mais graves, comuns aos diversos países, de modo a poderem ser prevenidos

casos a curto e médio prazo e, desde já, tratar de remediar, na medida do possível, a partir de um diagnóstico competente, as situações de risco ou de perigo. Foi sublinhado um factor observável, mas não suficientemente esclarecido: a falta de tempo para o convívio familiar e a limitação de perspectivas na gestão do espaço disponível. Foi solicitada aos presentes uma breve nota, por escrito, acerca da existência na actualidade, de um, dois ou três valores considerados universais e permanentes, dando sentido a uma valorização e reconsideração do aproveitamento do espaço e do tempo. As notas foram entregues à Secretária da UNICEF e farão parte das conclusões do Encontro. Foram comentados, por exemplo, valores como a Justiça, a Prudência, a Lealdade, a Compreensão e a Tolerância.

Ainda no dia 28.11.99 dia foram apresentados os diversos Projectos, para a comemoração do X Aniversário da Convenção dos Direitos da Criança, nos diferentes países.

Foram, na penúltima sessão, discutidas as estratégias de cooperação com o Conselho da Europa, a União Europeia e outros organismos europeus.

O próximo Encontro ficou marcado para a Bélgica, a ser organizado pela Comunidade Francófona.

Muito interessante foi a participação numa sessão do Parlamento de Madrid, com intervenção de crianças, em 29 de Outubro de 1999.

- Espanha (Madrid) - De 11 a 12 de Novembro de 1999. A jurista em apoio aos "Recados da Criança" participou nas "II Jornadas de Protección al menor y su proyección hacia Iberoamérica".

Foram tratados temas como: "A Falta de Protecção e as Perturbações Psíquicas", "O Menor e o seu Mundo Circundante", "Os Diferentes Cenários das Crianças de Rua", e "O Princípio da Culpabilidade: considerações sobre o Comportamento Criminal e a Herança Genética"; "Problemática Actual na União Europeia", "Protecção do Menor face ao Direito e à Família: O Menor e a Constituição Espanhola; A Dimensão Jurídica do Menor; O Menor como Sujeito de Direito e Avaliação e características da Família estruturalmente normal"; "Os Meninos sem Lar: Problemas e Necessidades".

Portugal propôs – tal como fez em relação às Escolas do nosso país – o estudo do tema: " O Espaço e o Tempo disponíveis para o convívio familiar no final do século XX."

- Espanha (Madrid) – 19 e 20 de Novembro de 1999.A assessora que se deslocou à Guatemala nos finais de Setembro, princípio de Outubro, a convite do *Defensor del Pueblo* de Madrid, assistiu às Jornadas Comemorativas do X Aniversário da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança".

- Suécia (Oslo) – 19 e 20 de Novembro de 1999. A convite de Suas Excelências os Ministros noruegueses para os Assuntos das Crianças e da Família e do Desenvolvimento Internacional e Direitos Humanos, deslocou-se a Oslo, para assistir às Comemorações do X aniversário da Convenção dos Direitos da Criança, a responsável pela Linha Verde "Recados da Criança".

Estiveram presentes Suas Majestades as Rainhas da Noruega e da Suécia. O Embaixador da UNICEF para os Direitos da Criança, Harry Belafonte, teve uma intervenção do maior interesse. Ficou bem demonstrado o valor do empenhamento de pessoas como esta na defesa dos Direitos da Criança.

Impressionante foi o depoimento dos ministros de doze países sobre a acuidade dos problemas da infância e da juventude: do Bangladesh, da Irlanda, da Mauritânia, da Nigéria, do Panamá, da Serra Leoa, da Tanzânia, do Uganda, do Vietname, da Zâmbia e do Zimbabwe.

V - Publicações e Divulgação

- No Boletim nº 2/3 de Abril/Junho de 1999, da Comissão Nacional de Protecção das Crianças e Jovens em Risco foi publicado um artigo da autoria da responsável da Linha Verde "Recados da Criança", entre os "Contributos Sectoriais no âmbito da Problemática das Crianças e Jovens em Risco".
- "Uma Plataforma de Diálogo", foi publicado pela Revista da Segurança Social, de Julho/ Setembro, pág.26.
- Para a Revista " Infância e Juventude", editada pelo I.R.S., foi enviado um estudo sobre a evolução da Linha Verde "Recados da Criança" desde a sua fundação.

- Para a mesma revista, bem como para o Boletim da C.N.P.C.J.R. foi remetido um artigo subordinado ao tema "O Tempo disponível para o convívio familiar no final do século XX".
- A convite da RDP-1, foi realizada uma entrevista com a Responsável pela Linha Verde "Recados da Criança".

VI - Concurso

Foi enviado às Coordenações de Área Educativa e directamente a algumas Escolas que nos têm contactado, uma proposta de concurso, subordinada ao tema: "O ESPAÇO E O TEMPO DISPONÍVEIS PARA O CONVIVÍO FAMILIAR NO FINAL DO SÉCULO XX".

A selecção e classificação será realizada na própria Escola. Não havendo prémio formal sugeriu-se que os trabalhos mais significativos fossem expostos em Jornal de Parede ou enviados a Boletins ou Jornais locais.

Foi solicitado, no caso de a Escola ter possibilidade, o envio de algum ou alguns desses exemplares, para a Linha Verde "Recados da Criança".

Se forem sistematizados dados significativos poderá vir a ser contactada uma Universidade, no sentido de ser considerada uma base para investigação neste domínio.

5.

Actividade da da linha do Cidadão Idoso

Introdução

A Assembleia Geral das Nações Unidas, decidiu proclamar o ano de 1999 como *Ano Internacional das Pessoas Idosas* sob o lema *"Por Uma Sociedade para Todas as Idades"*.

O tema adoptado implica uma sociedade baseada no respeito pelos direitos humanos, pelas liberdades fundamentais e pela diversidade cultural e religiosa, na justiça social, na participação democrática e no cumprimento da Lei. Promove o investimento recíproco das gerações, com a partilha dos frutos desse investimento, no respeito pelos princípios da reciprocidade e da equidade.

O ano de 1999 lançou, assim, novos desafios aos organismos com responsabilidade na área da defesa dos direitos dos cidadãos, chamando a sua atenção para um dos mais importantes grupos de risco - a população idosa.

Actualmente, os actos de violação dos mais elementares direitos dos idosos atingem números muito elevados. Pensar que as agressões têm origem unicamente na própria família é perigoso equívoco. As entidades que prestam apoio à população idosa não estão igualmente isentas de responsabilidades.

A abusiva apropriação e gestão dos bens dos idosos, a omissão das obrigações familiares, a privação da liberdade são apenas alguns dos exemplos que devem merecer a preocupação de todos. A sociedade no seu conjunto manifesta-se pouco sensível às necessidades, anseios e perspectivas de vida dos cidadãos idosos.

A concorrência sem limites que caracteriza a sociedade dos nossos dias estimula essencialmente os jovens e reclama performances físicas a um nível de exigência que só aqueles são capazes de satisfazer. A população idosa assiste, assim, às transformações meteóricas da sociedade e á consequente fragilização da sua condição sem ter como se defender ou como se afirmar.

Os idosos representam cerca de 15% da população portuguesa, o que deve merecer não apenas a atenção dos governantes como justifica a preocupação da população

em geral, nomeadamente daqueles que de alguma forma podem ter intervenção directa na melhoria das suas condições de vida.

A criação de condições para a plena participação social de todas as faixas etárias, o fácil acesso das pessoas idosas aos benefícios que lhes são concedidos, bem como o simples exercício dos seus direitos enquanto cidadãos, são algumas das questões que levaram à criação da *Linha do Cidadão Idoso* no ano de 1999.

A criação de uma linha telefónica destinada à população idosa torna-se assim um veículo de inestimável valor e versatilidade. Além da facilidade de acesso, a Linha do Cidadão Idoso abrange uma área de intervenção que cobre todo o território nacional e permite sigilo na sua utilização. Acresce o facto de se tratar de um recurso de custos reduzidos face às vantagens que comporta na justa medida da sua utilidade.

Entre os principais objectivos da Linha destacam-se os seguintes:

- Divulgar junto dos idosos informação sobre os seus direitos/deveres e benefícios.
- Contribuir para a acessibilidade da informação;
- Garantir um atendimento personalizado, atento e eficaz;
- Contribuir para uma mais activa participação dos idosos na vida da sociedade, habilitando-os para o exercício dos seus direitos;
- Promover a utilização racional dos recursos ao dispor dos cidadãos idosos com vista a uma efectiva melhoria das suas condições de vida;
- Prevenir as situações de violação dos direitos dos idosos fortalecendo o seu poder de intervenção;
- Proceder, quando necessário, ao encaminhamento das situações para as entidades competentes;

Para o ano de 1999, houve necessidade de recorrer a um financiamento externo, na medida em que a aprovação do projecto foi posterior à aprovação do orçamento da Provedoria de Justiça para o ano em causa. Assim, foram financiadores a Caixa Geral de Depósitos, a Comissão para o Ano Internacional das Pessoas Idosas e a Fundação Cartão do Idoso, sendo que a partir do ano 2000 o projecto continuará exclusivamente por conta da Provedoria de Justiça.

1. Fase Preparatória

Após o projecto ter sido aprovado e o respectivo financiamento garantido, desenvolveu-se uma actividade tendente à recolha de informação, sensibilização de pessoas ou entidades para o futuro funcionamento da Linha do Cidadão Idoso, tratamento dos dados recolhidos nos meios informáticos disponíveis, divulgação do projecto e recrutamento e formação dos recursos humanos.

1.1. Reuniões com Pessoas e Entidades com Intervenção Directa ou Indirecta nas Questões Relacionadas com a População Idosa

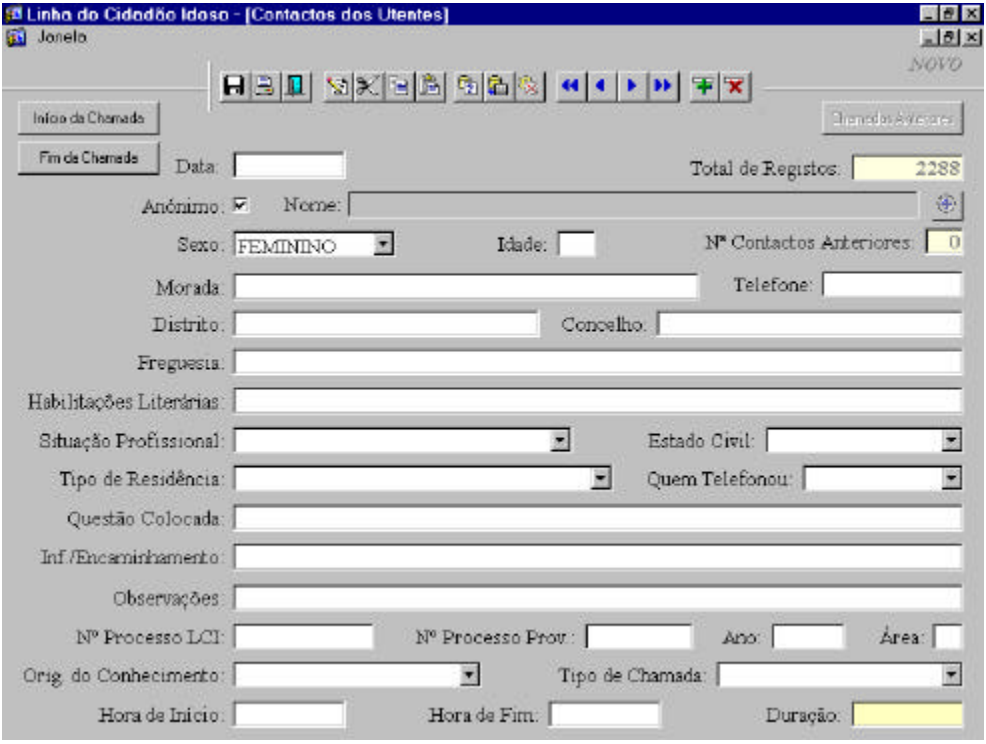
Foram realizadas mais de três dezenas de reuniões com pessoas e entidades com responsabilidade nas questões relativas às pessoas idosas. O objectivo fundamental foi o de divulgar o projecto de forma pessoal e directa, sensibilizando-as para o futuro funcionamento da Linha do Cidadão Idoso, cuja eficácia depende, em grande medida, também da colaboração e articulação com essas mesmas pessoas e entidades.

Nesse sentido solicitou-se toda a informação que cada pessoa ou entidade podia disponibilizar no momento, bem como a sua progressiva actualização.

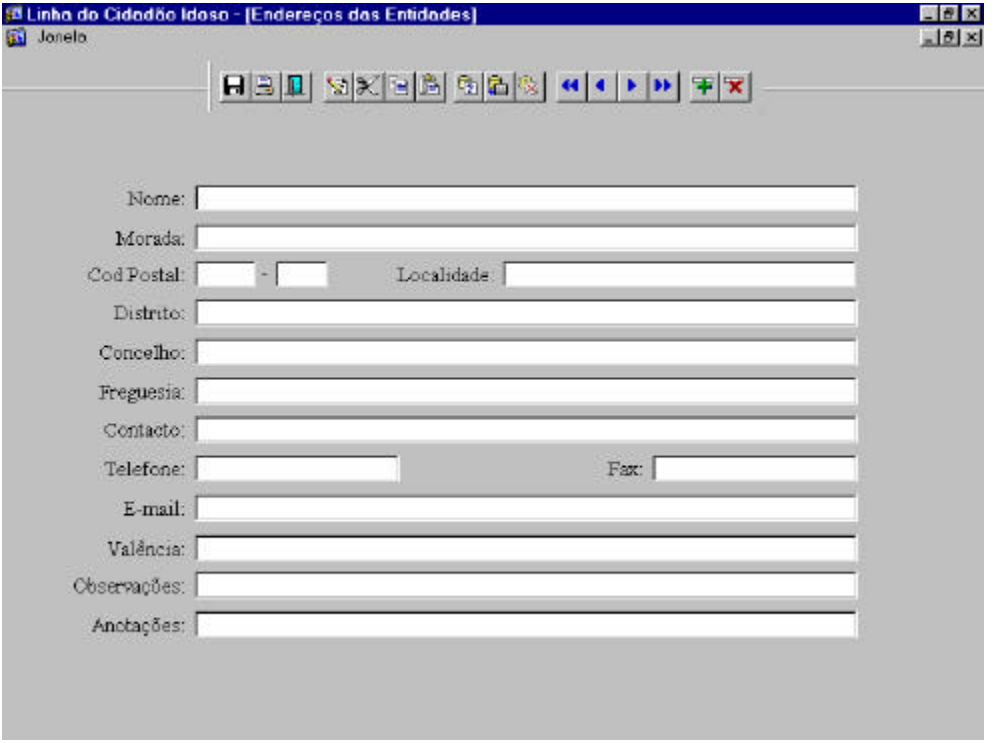
Foram igualmente estabelecidos protocolos informais de colaboração, designadamente através da nomeação de interlocutores privilegiados, com os quais os serviços da Linha do Cidadão Idoso poderiam vir a trabalhar com vista à resolução mais célere dos problemas apresentados pelos utilizadores da Linha.

1.2. Construção das bases de dados que servem de suporte à actividade da Linha

As actividades desenvolvidas e os objectivos a que se propõe a Linha do Cidadão Idoso exigem um adequado suporte informático, cujas virtualidades não podem ser ignoradas.



Para o efeito, foram criadas duas bases de dados a funcionar em rede, cujos interfaces gráficos apresentam a seguinte estrutura. A primeira figura representa a ficha do utilizador preenchida em cada chamada (e ainda que seja reclamado o anonimato, há dados fornecidos que podem vir a ser utilizados para fins estatísticos). A segunda figura reporta-se à base que contém os dados das entidades com conteúdo de informação útil para os utilizadores



1.3. Definição da Estratégia para a Campanha Publicitária

Atendendo ao orçamento disponível a opção foi divulgar a Linha do Cidadão Idoso através de um folheto informativo e de um cartaz. Nesse sentido foram impressos duzentos mil folhetos e mil cartazes que no âmbito de um protocolo informal estabelecido com a Direcção Geral de Saúde foram distribuídos nos centros de saúde de Lisboa e Porto (noventa e dois locais).

E porque já nesta fase preparatória os meios de comunicação social tomaram conhecimento do projecto, tornou-se possível promovê-lo através da informação divulgada ao público.

1.4. Recursos Humanos e Formação

Nesta fase preparatória procedeu-se também ao recrutamento e selecção dos colaboradores da Linha.

Atentas as funções da linha informação, encaminhamento e aceitação de reclamações ao Provedor de Justiça, considerou-se adequado que esses colaboradores tivessem formação jurídica, sem prejuízo de uma acção de formação específica, vocacionada para as questões suscitadas pelo grupo etário a que se dirige a Linha. Daí a realização de um curso de formação, na vigência de um protocolo estabelecido com a União das Mutualidades Portuguesas, que obedeceu ao seguinte plano:

Curso de Formação:

1º Dia (7 horas): "O Envelhecimento, Impacto Social, Políticas" e "O Ano Internacional das Pessoas Idosas", formadora: Dra. Maria de Lurdes Quaresma (Directora de Serviço da Direcção Geral da Acção Social);

2º Dia (6 horas): "O Envelhecimento e a Saúde", formadora: Dra. Maria João Quintela (Instituto de Desenvolvimento Social);

3º Dia (7 horas): "A Estrutura, Objectivos e Funcionamento dos Serviços de Informação e Encaminhamento Técnico/Jurídico", formadora: Dra. Graça Pombeiro (Sub Directora do Secretariado para a Modernização Administrativa).

"Aspectos Psicológicos do Envelhecimento", "Relacionamento com as Pessoas Idosas", formadora: Dra. Eugénia Duarte Silva (Professora de psicologia na Faculdade de Psicologia e de Ciências da Educação);

4º Dia (7 horas): "Equipamentos e Serviços Sociais, Características, Gestão e serviços Prestados", formadora: Dra. Rita Marques (Técnica de Política Social da Santa Casa de Misericórdia de Lisboa).

"Direitos das Pessoas Idosas, Legislação de Enquadramento das Respostas Sociais", formadora: Dra. Paula Guimarães (Jurista do Montepio Geral);

5º Dia: Visitas a serviços e equipamentos.

2. Início da Actividade

A Linha do Cidadão Idoso iniciou a sua actividade a 15 de Julho de 1999. Os três primeiros meses de funcionamento corresponderam a uma fase de adaptação e orientação estratégica. Entendidos como experimentais serviram para que os serviços da Linha pudessem tomar contacto com as questões mais colocadas pelos utilizadores e, nesse sentido, adequar a informação existente às suas necessidades.

2.1. Conceito, Funcionamento e Modelo Organizacional da Linha do Cidadão Idoso

É um serviço telefónico gratuito (linha 800) de carácter essencialmente informativo, dirigido aos cidadãos com mais de 65 anos, seus familiares ou outras pessoas e entidades que intervenham junto da população mais idosa. Funciona todos os dias úteis entre as 9h. e as 17h., através do número 800 20 35 31; após esse horário é possível deixar mensagens num gravador de chamadas para posterior contacto pelos serviços da Linha.

A Linha do Cidadão Idoso informa, encaminha e pode aceitar reclamações, podendo os seus utilizadores, também, dispor dos serviços da Linha através da Internet ao aceder à página da Provedoria de Justiça (http:\\www.provedor-jus.pt), enviando mensagem para o correio electrónico da Linha (linha.idoso@provedor-jus.pt).

A informação disponibilizada abrange áreas tão diversas como a saúde, segurança social, acção social, habitação, obrigações familiares, acesso ao direito e aos tribunais, fiscalidade, equipamentos e serviços, educação, lazer, entre outras.

Sempre que necessário o utilizador é encaminhado para os serviços vocacionados para a resolução do problema apresentado. No entanto, pretende-se que esse encaminhamento seja feito da forma mais personalizada possível, esclarecendo, por exemplo, o utilizador sobre os seus direitos e deveres, sobre os recursos que tem ao seu dispor e sobre o funcionamento do serviço para o qual é encaminhado.

Quando se procede a um encaminhamento, solicita-se habitualmente ao utilizador que volte a contactar a Linha do Cidadão Idoso para informar se resolveu ou não o seu problema. Quando necessário e possível, os serviços da Linha tentam estabelecer uma ponte de encontro entre o utilizador e esses serviços, podendo inclusivamente haver um acompanhamento de todo o processo, quando tal se justifique.

Porque a Linha do Cidadão Idoso é um projecto desenvolvido pelo Provedor de Justiça, é ainda possível a aceitação de reclamações dos actos ou omissões injustas ou ilegais dos poderes públicos (bem como dos decorrentes das relações entre particulares que impliquem uma especial relação de domínio, no âmbito da protecção de direitos, liberdades e garantias), traduzindo-se numa verdadeira efectivação dos direitos das pessoas idosas.

No que se refere ao modelo organizacional, a linha é composta por três juristas. O atendimento telefónico e o acompanhamento dos processos é efectuado por duas

colaboradoras, cabendo à responsável pela Linha orientar a equipa, estabelecer contactos com interlocutores externos, colaborar nas acções de divulgação da Linha e fazer a recolha e tratamento da informação e documentação.

2.2. Divulgação nos Meios de Comunicação Social – Televisão, Rádio e Jornais

Paralelamente à estratégia de campanha publicitária definida na fase preparatória, o projecto foi divulgado nos principais órgãos de comunicação social.

A circunstância de estarmos na presença de uma iniciativa inédita no nosso país, levou a comunicação social a mostrar-se interessada em obter informação e divulgar o projecto.

2.3. Participação em Seminários (Formação e Divulgação)

O ano de 1999 foi particularmente rico em iniciativas que privilegiaram o debate dos temas relativos às pessoas idosas, nomeadamente seminários.

A participação da Linha do Cidadão Idoso nestes encontros permitiu não só a divulgação do próprio projecto, como também possibilitou um acréscimo de conhecimentos e informação.

A presença da Linha nestes seminários teve igualmente uma vertente de carácter formativo, uma vez que a apresentação do projecto, na maioria das vezes, foi acompanhada por esclarecimentos sobre os direitos e deveres das pessoas idosas.

Seminários:

- "Envelhecer um Direito em Construção", (dias 1 e 2 de Fevereiro de 1999, Centro Cultural de Belém, organizado pelo Centro de Estudos para a Intervenção Social).
- "Agir e Reagir – Prevenir a Violência contra Pessoas Idosas", (dias 8 e 9 de Março de 1999, Auditório do Montepio Geral, organizado pela União das Mutualidades Portuguesas e Ano Internacional das Pessoas Idosas.
- "O Idoso e a Violência – Conhecer para Prevenir", (dia 22 de Outubro de 1999, Auditório do Hospital Geral C.H.C., organizado pelo Serviço Social do Centro Hospitalar de Coimbra).
- "Dia do Idoso...Pensando Numa Sociedade Para Todos", (dia 28 de Outubro de 1999, Ateneu Artístico Vilafranquense, organizado pela Câmara Municipal de Vila Franca de Xira).

- "Família e Envelhecimento", (dias 15 e 16 de Novembro de 1999, Centro Escolar Turístico e Hoteleiro do Estoril, organizado pela Câmara Municipal de Cascais).
- "A Pessoa Idosa e a Sociedade – Perspectiva Ética", VI Seminário do CNECV – Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (dias 22 e 23 Novembro de 1999, Auditório Principal dos Hospitais da Universidade de Coimbra).
- "Encontro Internacional de Gerontologia – Viver com Autonomia – Da Solidão à Descoberta do Outro", (dias 22 e 23 de Novembro de 1999, Auditório da Caixa Geral de Depósitos, organizado pelo Centro Comunitário da Paróquia de Carcavelos e Comissão Nacional Justiça e Paz).

2.4. Cerimónia de Inauguração da Linha do Cidadão Idoso

Embora em funcionamento desde 15 de Julho de 1999, a Linha do Cidadão Idoso marcou o início da sua existência com a realização de uma pequena cerimónia nos jardins do Palácio Porto Covo da Bandeira (Companhia de Seguros Lusitânia), no dia 14 de Outubro do mesmo ano.

Para além das intervenções do Provedor de Justiça e do actor Ruy de Carvalho, na qualidade de Presidente do Conselho Nacional da Política para a Terceira Idade, participaram conhecidas personalidades do meio artístico, para além de Ruy de Carvalho, tais como Carmen Dolores e Maria Alberta Menéres.

Do programa constou ainda a actuação do grupo de fados Porta Férrea e de Nuno da Câmara Pereira. A apresentação esteve a cargo de São José Lapa e Francisco Garcia.

No espaço onde se realizou a cerimónia esteve patente uma exposição de desenhos dos alunos do Colégio Eduardo Laperede sob o tema "Os Avós".

A cerimónia teve o apoio do Montepio Geral, da Lusitânia-Companhia de Seguros S.A. e da Câmara Municipal de Lisboa.

O evento foi divulgado nos serviços noticiosos da RTP, SIC e CNL, o que, em termos práticos, teve como consequência um aumento significativo do número de chamadas diárias recebidas pela Linha do Cidadão Idoso.

3. Apresentação dos Dados Estatísticos

Os interfaces gráficos apresentados no ponto 1.2 da 1ª parte foram concebidos tendo em consideração dois aspectos fundamentais: a recolha de dados dos utilizadores da Linha para o preenchimento de uma ficha pessoal (com carácter opcional) e a possibilidade de análise estatística desses dados, com vista à construção de um quadro elucidativo sobre o perfil do utilizador, constituindo nesse sentido a Linha do Cidadão Idoso um observatório social.

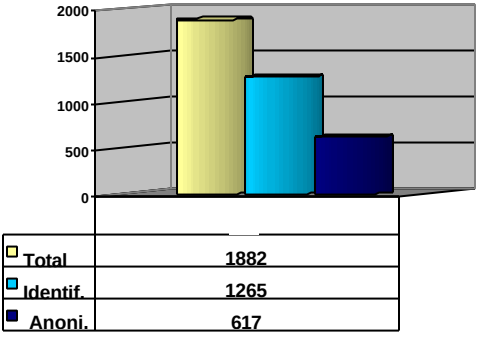
Com o evoluir do número de chamadas e com a divulgação da Linha nas regiões do país com menor número de utilizadores, será possível tirar conclusões sobre as condições de vida da população idosa, sobre os problemas mais relevantes ou mais reincidentes e sobre as necessidades mais urgentes, contribuindo para o conhecimento mais profundo da forma com se envelhece em Portugal.

Os dados apresentados dizem respeito à actividade da Linha do Cidadão Idoso no ano de 1999, ou seja, desde o início do seu funcionamento (15 de Julho) até 31 de Dezembro.

a) No ano de 1999, a Linha do Cidadão Idoso recebeu um total de 1882 chamadas. Em 1265 dessas chamadas o utilizador identificou-se e em 617 preferiu manter o anonimato.

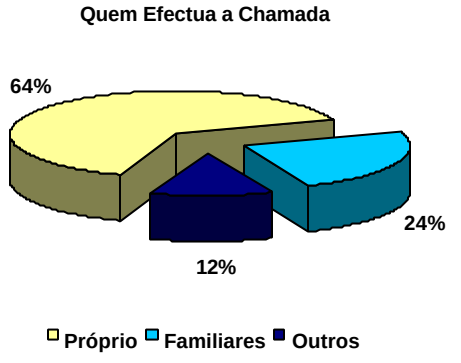
No entanto, importa notar que o anonimato diz exclusivamente respeito à identificação do nome do utilizador, porquanto os restantes dados contidos na ficha do utilizador são habitualmente fornecidos. Nota-se que apenas 70 chamadas num total de 1882, não integraram o universo da análise estatística na medida em que para além do utilizador não se identificar, não forneceu também os restantes dados.

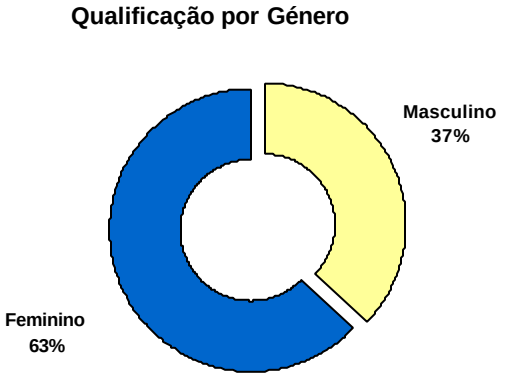
Número de Chamadas em 1999

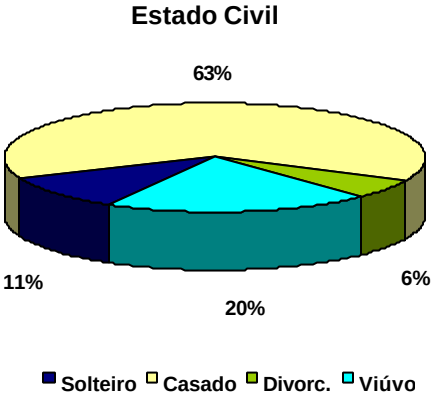


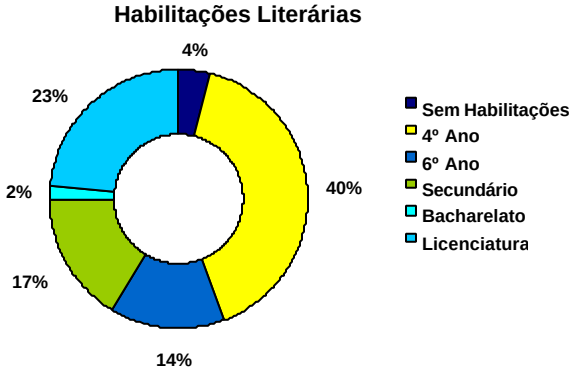
b) No que respeita ao utilizador da Linha do Cidadão Idoso a recolha dos dados teve em consideração os seguintes elementos:

- Quem efectua a chamada ("outros" são, por exemplo, vizinhos, amigos, instituições de acolhimento); Qualificação por Género; Estado Civil; Habilitações Literárias; Escalões Etários.

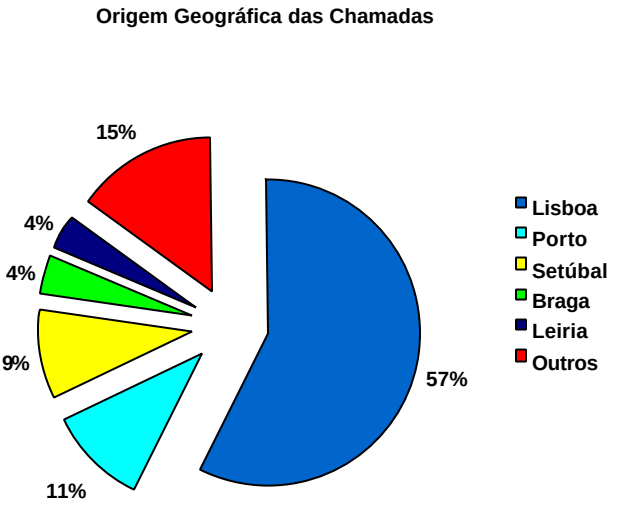

Quem Efectua a Chamada
64%
24%
12%
Próprio
Familiares
Outros


Qualificação por Género
Masculino
37%
Feminino
63%

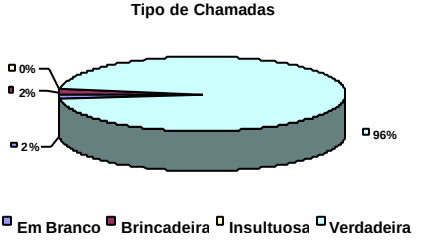

Estado Civil
63%
11%
6%
20%
Solteiro
Casado
Divorc.
Viúvo


Habilitações Literárias
4%
23%
2%
40%
17%
14%
Sem Habilitações
4º Ano
6º Ano
Secundário
Bacharelato
Licenciatura

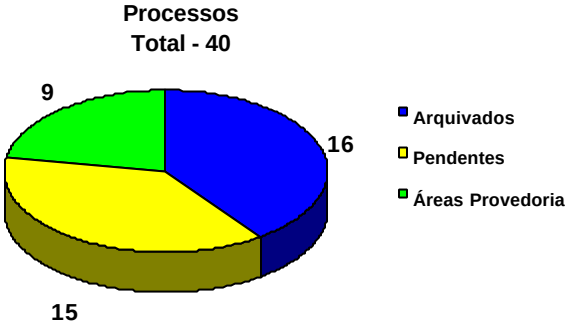
c) Quanto à origem geográfica das chamadas, Lisboa lidera (676 chamadas), seguida do Porto (126), Setúbal (111), Braga (49) e Leiria (42).



a) Da leitura do gráfico de o tipo de chamada, conclui-se que a Linha é utilizada com fins sérios.



e) O número total de processos no ano de 1999 foi de 40, sendo que 9 transitaram para a área temática competente da assessoria e 15 encontram-se pendentes nos serviços da Linha do Cidadão Idoso.



d) No que respeita às informações solicitadas à Linha o quadro que se apresenta é apenas representativo dos temas relativamente aos quais os utilizadores colocaram mais questões.

Questões mais colocadas	
Segurança Social	467
Apoio Domiciliário	245
Informação Jurídica	224
Contactos Telefónicos	210
Saúde	78
Lares	71
Informações sobre a Linha	60

Conclusões

Com pouco mais de meio ano de existência, a Linha do Cidadão Idoso ainda se encontra numa fase de solidificação, tendo já definidas um conjunto de medidas para o seu desenvolvimento.

Desde que entrou em funcionamento e até ao final de 1999, a Linha registou

1882 chamadas, confirmando a utilidade da sua existência e significativa adesão dos cidadãos a este projecto.

Assim, importa melhorar cada vez mais o serviço prestado e divulgar a Linha nas regiões do país onde neste momento ainda é menos conhecida. Na sua promoção procurar-se-á dar continuidade à estratégia de campanha publicitária com a distribuição de folhetos e cartazes nessas regiões.

Os serviços da Linha alcançaram resultados positivos através do uso de meios meramente informais no âmbito da resolução dos problemas colocados pelos utilizadores. Para tal também muito contribuíram as entidades competentes através de uma colaboração que se pretende que continue a ser profícua.

O trabalho desenvolvido não pretende substituir outras formas de apoio à população idosa e deverá ser entendido como um ponto de encontro de toda a informação disponível para melhor esclarecer e encaminhar o utente da Linha. Nessa perspectiva seria desejável reforçar o número de colaboradores da Linha, tornando a equipa multidisciplinar o que permitiria respostas de carácter mais abrangente.

A Linha do Cidadão Idoso apresenta-se, pois, como um projecto pioneiro no enquadramento das várias iniciativas para as pessoas idosas, mas não é mais do que a concretização de uma das funções do Provedor de Justiça: informar e divulgar os direitos dos cidadãos e a forma adequada de os exercer.