Provedor de Justiça

Relatório à Assembleia da República 2003

Lisboa
2004

Título - Relatório à Assembleia da República - 2003

Editor - Provedoria de Justiça – Divisão de Documentação
Composição - Provedoria de Justiça – Divisão de Informática
Impressão e acabamento – Tipografia Guerra
Tiragem – 300 exemplares
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
provedor@provedor-jus.pt
http://www.provedor-jus.pt

Em cumprimento do disposto no art.º 23.º, n.º 1, do Estatuto do Provedor de Justiça - Lei n.º 9/91, de 9 de Abril - tenho a honra de apresentar à Assembleia da República o Relatório Anual de Actividades, relativo ao ano de 2003.

O Provedor de Justiça,

H. Nascimento Rodrigues

ÍNDICE GERAL

INTRODUÇÃO

I. ACTIVIDADE PROCESSUAL

1. DADOS ESTATÍSTICOS

1.1. Quadros e gráficos. Comentário estatístico 33
1.2. Participação internacional. Reuniões. Deslocações internas 65

2. SITUAÇÕES RELEVANTES

2.1. Ambiente e recursos naturais, urbanismo e habitação, ordenamento do território e obras públicas, lazeres.
2.1.1. Introdução 71
2.1.2. Recomendações 90
2.1.3. Processos anotados 127
2.1.4. Pareceres 216
2.1.5. Censuras, reparos e sugestões à Administração Pública 269

2.2. Assuntos económicos e financeiros, fiscalidade, fundos europeus, responsabilidade civil, jogo, contratação pública e direitos dos consumidores.
2.2.1. Introdução 323

2.2.2. Recomendações 331
2.2.3. Processos anotados 337
2.2.4. Pareceres 372
2.2.5. Censuras, reparos e sugestões à Administração Pública..... 398

2.3. Assuntos sociais: trabalho, segurança social, saúde, habitação social, idosos, deficientes e menores
2.3.1. Introdução 457
2.3.2. Processos anotados 472
2.3.3. Pareceres 516
2.3.4. Censuras, reparos e sugestões à Administração Pública 522

2.4. Assuntos de organização administrativa e relação de emprego público, estatuto do pessoal das forças armadas e das forças de segurança.
2.4.1. Introdução 569
2.4.2. Recomendações 579
2.4.3. Processos anotados 605
2.4.4. Pareceres 628
2.4.5. Censuras, reparos e sugestões à Administração Pública 649

2.5. Assuntos judiciários; defesa nacional; segurança interna e trânsito; registos e notariado.
2.5.1. Introdução 749
2.5.2. Processos anotados 755
2.5.3. Censuras, reparos e sugestões à Administração Pública 762

2.6. Assuntos político-constitucionais; direitos, liberdades e garantias; assuntos penitenciários; estrangeiros e nacionalidade; educação, cultura e ciência; comunicação social e desporto.
2.6.1. Introdução 765

2.6.2. Recomendações 779
2.6.3. Processos anotados 829
2.6.4. Pareceres 857
2.6.5. Censuras, reparos e sugestões à Administração Pública..... 916

2.7. Extensão da Provedoria de Justiça na Região Autónoma dos Açores
2.7.1. Introdução 993
2.7.2. Recomendações 1003
2.7.3. Processos anotados 1067
2.7.4. Censuras, reparos e sugestões à Administração Pública..... 1072

2.8. Extensão da Provedoria de Justiça na Região Autónoma da Madeira
2.8.1. Introdução 1127
2.8.2. Censuras, reparos e sugestões à Administração Pública..... 1130

3. Pedidos de fiscalização da constitucionalidade
3.1. Pedidos de fiscalização da constitucionalidade e rejeição
de queixas sobre inconstitucionalidade 1151
3.2. Acórdãos do Tribunal Constitucional proferidos em resposta a iniciativas do Provedor de Justiça (mapa) 1240

II. OUTRAS ACTIVIDADES

1. Linha Verde "Recados da Criança"..... 1245
2. Linha do Cidadão Idoso 1261

III. GESTÃO E ATENDIMENTO (dados estatísticos)

1. Recursos financeiros..... 1277
2. Recursos humanos..... 1278
3. Atendimento 1282

IV. ÍNDICES DAS RECOMENDAÇOES

1. Sistemático..... 1287
2. Numérico..... 1289
3. Cronológico 1290
4. Por entidades visadas..... 1291

Introdução

1. *Catorze mil cento e quarenta pessoas singulares e colectivas* apresentaram queixas ao Provedor de Justiça em 2003. Este é o primeiro dado que gostaria de realçar, por se tratar da primeira vez que se entendeu necessário proceder à sua recolha e dá-lo a conhecer.

   Com efeito, em anos anteriores, os Relatórios do Provedor de Justiça à Assembleia da República assinalavam apenas o número de processos organizados no ano correspondente, bem como os dados conexos. Mas dele não era lícito extrair conclusões lineares sobre o número de reclamantes, uma vez que poderia ocorrer – e várias

vezes ocorreu, de facto – ser uma só queixa, dando lugar a um único processo, subscrita por centenas ou, até, milhares de cidadãos.

Deste modo, a partir de agora, a Assembleia da República e a opinião pública passam a saber quantas pessoas ou entidades se dirigem ao Provedor de Justiça, apresentando-lhe uma queixa. Questão diferente, da que falarei a seguir, é a da organização dos processos que a elas respeitam.

Dos 14.140 reclamantes, a esmagadora maioria é constituída por pessoas singulares (13.692), na linha do que sempre sucedeu, desde que o Provedor de Justiça foi instituído. Isto revela que são os direitos individuais alegadamente infrigidos pelos poderes públicos, mais do que os direitos de grupo ou os interesses gerais, aqueles que constituem o "miolo" do recurso ao Provedor de Justiça.

Dos reclamantes individuais, 34,5% pertencem ao sexo feminino e 65,5% ao masculino. Mantém-se praticamente inalterada, assim, ao longo dos anos, a menor representação das mulheres no recurso ao Provedor de Justiça.

Quanto aos reclamantes colectivos (448, representando 3,2% do total do ano), são as sociedades, as associações e as organizações sindicais as entidades que mais recorrem ao Provedor de Justiça, representando cerca de 73% deste grupo. As organizações sindicais incidem as suas queixas, como é natural, predominantemente em assuntos laborais, da função pública ou do sector privado, as sociedades em matéria fiscal, de fundos comunitários ou de concorrência, e as associações numa multiplicidade de questões.

2. A segunda grande diferença que este Relatório comporta por confronto com os de anos anteriores respeita ao critério de organização de processos.

Com efeito, pelo menos desde 1992, distinguiam-se os processos *principais* e os processos *apensos*, correspondendo aqueles a uma primeira queixa (que até poderia ser única) e estes a queixas sucessivas, ou "em cascata", *em tudo idênticas à primeira queixa recebida*. Em contrapartida, uma só queixa, ainda que subscrita por centenas de pessoas, dava lugar a um único processo.

Foi visível, em alguns anos pelo menos, o elevado número de processos *apensos* (veja-se, a título de exemplo, os Relatórios de 1999 e de 2001), o que, evidentemente, fazia aumentar o volume de processos que assim se organizavam nesses anos, fazendo também subir a pendência, ou mantendo-a alta em anos subsequentes, enquanto não se concluía o processo *principal* a que os *apensos* estavam indissoluvelmente ligados.

Ora, como nas estatísticas constantes dos Relatórios não se operava a necessária distinção entre aquelas duas categorias de processos, surgindo apenas o número global, este aumentava, sobretudo nos anos em que se registavam mais queixas sucessivas ou em "cascata" (cf. o gráfico intitulado "Processos organizados").

Para se deter uma visão mais transparente do trabalho da Provedoria de Justiça (uma vez que os processos *apensos* seguem a decisão do processo *principal*, suscitando mero mas pesado trabalho administrativo) e para evitar empolamentos circunstanciais no volume anual de queixas recebidas, sem correspondência com efectivo trabalho de instrução e decisão, decidi extinguir esta categoria de processos a partir de 1 de Janeiro de 2003. Por isso, na Ordem de Serviços

1/PJ/02, foi inserida disposição segundo a qual "Se for recebida queixa *com o mesmo objecto* de processo que esteja pendente, *não há lugar a abertura de novo processo, incorporando-se a queixa no mesmo e registando-se o signatário como reclamante neste*".

É uma solução que em nada prejudica, pois, o 2º, o 100º ou o 1.000º signatário de queixa idêntica à do 1º reclamante que deu lugar à abertura de um processo, pois a instrução e a decisão a todos envolvem por igual.

É solução, aliás, que se vê também contemplada no artigo 64.º da Lei nº 28/82, de 15 de Novembro (Lei do Tribunal Constitucional), que assim dispõe: "Admitido um pedido, quaisquer outros com objecto idêntico que venham igualmente a ser admitidos são incorporados no processo respeitante ao queixoso".

3. É neste contexto, pois, que se organizaram 5.113 processos em 2003, sendo 23 de iniciativa do Provedor de Justiça e 425 por reabertura de processos já arquivados. Dada a mudança de critérios acima apontada, *não é possível uma comparação directa com o volume de processos referenciado nos relatórios de anos anteriores, que incluíam, como se disse, os apensos*.

   Esta modificação de critério conduziria, até, a presumir que se iria verificar, inevitavelmente, uma forte ou sensível diminuição do número anual de processos entrados. Não se verificou tal, porém (cf. Quadro 2). E não se verificou devido, sobretudo, a duas circunstâncias inesperadas.

4. Deveu-se a primeira à recepção de 478 processos que, por força da extinção do cargo de *Defensor do Contribuinte*, operada pelo

Decreto-Lei nº 320-A/2002, de 30 de Dezembro, transitaram deste para o Provedor de Justiça.

A criação do cargo de *Defensor do Contribuinte* foi objecto de crítica por parte do meu ilustre antecessor e levou-me, em 2001, com o apoio da Assembleia da República, a organizar um Seminário com a intenção de se debater serenamente a repetente, mas mal estudada, questão da criação de "provedores sectoriais". O Seminário, em que diversos Deputados tiveram a oportunidade de intervir e em que foram prelectores, para além do Comissário dos Direitos do Homem do Conselho da Europa, Gil-Roles – ele também antigo *Defensor del Pueblo* de Espanha –, alguns dos nossos melhores constitucionalistas e administrativistas, concluiu ou pela inconstitucionalidade ou pela inconveniência da criação de instituições sectoriais com atribuições e competências paralelas às do Provedor de Justiça (cf. *O Cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes*, edição da Provedoria de Justiça, 2002).

Munido desta valiosa contribuição e beneficiando da vacatura do inerente cargo, entretanto ocorrida, requeri ao Governo a extinção do *Defensor do Contribuinte*, que este efectivou, como se disse, através do diploma legal atrás citado, fazendo transitar para o Provedor de Justiça os 478 processos que, em Janeiro de 2003, se encontravam por decidir naquela entidade.

Tratou-se de uma decisão acertada e quero realçá-la. Acertada, porque os pressupostos teóricos ou conceptuais da criação de "provedores sectoriais" se revelam totalmente errados. Acertada também porque, 13 meses após a recepção daqueles 478 processos, *90% dos mesmos estavam concluídos* na Área 2 da minha

Assessoria, *sem prejuízo da normal instrução e decisão das queixas directamente dirigidas ao Provedor de Justiça sobre matérias económico-financeiras e sem aumento dos recursos humanos a ela afectos*.

A conclusão que daqui legitimamente se extrai, por comprovada que foi, é a de que a Provedoria de Justiça foi eficiente *e o Estado soube poupar dinheiro dos contribuintes sem prejudicar os cidadãos*.

5. É evidente, pois, que estes 478 processos provenientes do ex-*Defensor do Contribuinte* pesaram anomalamente no volume de queixas recebidas em 2003. Em 2004, se circunstâncias incomuns não surgirem, a Área 2 da Provedoria de Justiça retomará o seu peso de trabalho normal. Entretanto, aqui fica uma palavra de grande apreço ao Coordenador e Assessores daquela Área pelo magnífico desempenho revelado com o inusitado excesso de trabalho a que foram submetidos. Souberam revelar que, ao contrário do que tantas vezes se proclama no nosso País, nem sempre são necessários mais recursos humanos para resolver problemas – o que é necessário, sim, é competência técnica, dedicação ao serviço público e, no caso da Provedoria de Justiça, uma atenção particular aos direitos dos cidadãos.

6. A segunda circunstância invulgar que avoluma o número de processos organizados em 2003 diz respeito a queixas relacionadas com atrasos na concessão de pedidos de nacionalidade portuguesa, sobretudo oriundas de cidadãos do ex-Estado da Índia. Esta questão já se notava em 2002 (cf. respectivo Relatório à Assembleia da República, pág. 673), mas agravou-se neste ano, de tal forma que mais de 40% dos processos organizados na Área 5 da Assessoria respeitam, agora, a este tipo de queixas, sobretudo, como referi, de

cidadãos nascidos no ex-Estado da Índia ("grosso modo", 360 processos).

São do conhecimento público as inúmeras situações de fraude que ocorrem em pedidos de nacionalidade portuguesa por parte de cidadãos do ex-Estado da Índia, o que determinou o Governo – e bem – a instaurar mecanismos de rigorosa fiscalização. Neste contexto, penso que, em 2004, se colocará termo também ao excessivo volume de queixas referentes a este assunto, propiciando à Área 5 da Assessoria um volume de processos mais consentâneo com o de anos anteriores.

7. Por força das duas circunstâncias acima referidas, as Áreas 2 e 5 da Provedoria de Justiça, com, respectivamente, 23,5% e 18% do total de processos de 2003, foram as que acusaram maior número de processos, relegando as Áreas 3 e 4 (assuntos sociais e relações de emprego público, respectivamente) para 3º e 4º lugares temáticos, com, respectivamente, 16,5% e 14,4% do volume de processos distribuídos às Áreas, quando é certo que, tradicionalmente, estas eram as Áreas temáticas com maior volume de queixas.

8. Defini para o meu mandato três objectivos internos essenciais, a saber:

   - Diminuição do número de processos pendentes;
   - Diminuição da duração da instrução e conclusão dos processos de cada ano;
   - Diminuição dos processos de longa pendência.

9. Quanto ao primeiro objectivo, que demarquei como primeira prioridade, tendo recebido 7.135 processos pendentes em 2000,

logrou-se baixá-los para 3.396 em finais de 2003, *incluindo neste número 896 apensos de anos anteriores*.

Como já referi atrás, e também no Relatório/02 (págs. 12-13), o que importa verdadeiramente apurar é o volume de processos *principais*. São estes os que devem preocupar o Provedor de Justiça pelo trabalho e atenção que suscitam a respectiva instrução e decisão e foi isso o que tive em mente ao assumir o meu mandato e ao deparar-me com um total de mais de 7.000 processos pendentes, vários com "longevidade" anormal (10 e mais anos de pendência, por exemplo).

Não é possível saber, por ausência de informação estatística pertinente (e também, como acima expliquei, porque processos *principais* e processos *apensos* entravam para o mesmo cômputo) qual seria, exactamente, o volume de apensos com repercussão na pendência registada até 2000. Admito que poderia ser algo sensível.

De qualquer modo, foi possível registar uma grande quebra da pendência em 1 de Janeiro de 2001 (cf. Gráfico "Evolução do Número Total de Processos Pendentes").

Atendendo apenas aos *processos principais*, o volume de pendência anual foi o seguinte:

- Final de 2000 – 2.758 processos (vd. Relatório/02, pág. 13)
- Final de 2001 – 2.303 processos (vd. Relatório/02, pág. 13)
- Final de 2002 – 2.144 processos (vd. Relatório/02, pág. 13)
- Final de 2003 – 2.500 processos.

Como acentuei no Relatório/02, atingiu-se um patamar de processos pendentes estabilizado, muito dificilmente comprimível e, porven-

tura, não desejavelmente, passando a prioridade máxima a centrar-se em dois vectores: *melhor qualidade da instrução processual e mais abertura ao exterior, nomeadamente por realização de inspecções e inquéritos*.

Foi sempre minha convicção a de que o Provedor de Justiça tem de conseguir um difícil equilíbrio, a saber: resolver em tempo útil ou razoável as queixas que recebe dos cidadãos (e cujo volume ele não domina, senão por uma não mensurável influência mediática ou de visibilidade pública) e empreender iniciativas de inspecção e análise de situações, compreendidas no seu âmbito de actuação, de notório interesse geral (estabelecimentos prisionais, lares de idosos, hospitais psiquiátricos, atendimento nos hospitais, por exemplo).

Se decidir enveredar predominantemente por esta última opção (que, repito, é de relevante interesse), pode cair no "fracasso" da elevação das queixas pendentes, a que não conseguirá dar resposta satisfatória em tempo. Então, o cidadão que se lhe dirige pode legitimamente perguntar: "para que me serve o Provedor de Justiça"?

Se, ao contrário, decidir empenhar-se em resolver as queixas dos cidadãos, diminuindo a sua elevada pendência, ver-se-á confrontado com a questão de não poder realizar ou tomar iniciativas de envergadura, de que atrás dei alguns exemplos.

A minha opção, transmitida expressamente aos meus colaboradores foi esta: "responder, em primeiro lugar, ao cidadão que se nos queixa". Para mim, ele deveria ser o alvo de toda a atenção, enquanto o volume de processos pendentes não me permitisse um reequilíbrio de caminhos. Entendi não fazer mais do que cumprir o imperativo do artigo 23º, n.º1 da Constituição da República.

Lograda, assim, a prioridade de diminuição do número anual de processos pendentes, empreendi, em 2002, a inspecção aos 55 estabelecimentos prisionais do País (cujo relatório remeti ao Governo em 2003 e dele dei conta à opinião pública), desencadeei, em 2003, uma inspecção a todos os lares de idosos da Região Autónoma dos Açores e abri vários inquéritos, de que destaco o destinado a averiguar do cumprimento do Decreto-Lei n.º123/97, de 22 de Maio, sobre acessibilidades arquitectónicas a deficientes.

Cumpri, pois, o primeiro objectivo do meu mandato e abri caminho para mais ampla, e necessária, intervenção nos domínios da inspecção a sectores mais sensíveis, por abrangentes de cidadãos mais potencialmente afectados nos seus direitos fundamentais.

10. Quanto ao segundo objectivo: *86% dos processos arquivados em 2003 duraram menos de um ano* (82% em 2002, cf. Respectivo Relatório, pág. 50), como se atesta no "Comentário Estatístico", que acompanha, mais à frente, os "Quadros e Gráficos".

Sabendo-se que é totalmente impossível lograr um objectivo de cerca de 100% (recorde-se as queixas entradas nos últimos meses do ano), o patamar atingido é muito bom. Revela maior celeridade na instrução e decisão dos processos, objectivo que só não seria correcto se afectasse a taxa de sucesso. Não afectou, situando-se na linha da de anos anteriores (cf. Quadro 9).

Cumpri, pois, o segundo objectivo do meu mandato.

11. No que respeita ao terceiro objectivo, relembro o que escrevi no Relatório/02, pág. 16.

Escrevi então: "Tomando como ponto de referência as queixas recebidas em 1999 e em anos mais recuados, pode observar-se o

seguinte: para 2000, tinham transitado 7.125 destes processos; para 2001, transitaram apenas 1.819; destes, passaram só 800 para 2002; e destes, tendo sido arquivados neste ano 374, *transitaram para 2003 apenas 426 processos de longa duração*".

Ora, se olharmos para o Quadro 5 ("Número de processos pendentes em 31 de Dezembro de 2003"), verificamos que transitam para 2004:

- 42 processos de 1990 a 1997
- 15 processos de 1998
- 43 processos de 1999

Total: *100 processos*.

Como expliquei no Relatório/02, é de todo inviável concluir determinado tipo de processos com origem em queixas cuja razão de ser é muito dificilmente controlável pelo Provedor de Justiça (ex.: queixa de trabalhadores sobre morosidade de processo judicial de falência da sua empresa para cobrança dos inerentes créditos). Mesmo admitindo que se possa reduzir, ainda, um pouco este tipo de processos de "longa duração", não se me recusará que foi atingido um limiar (100 processos) que não deslustra o esforço realizado no sentido de o lograr, antes o comprova.

Considero, pois, que cumpri o terceiro objectivo que fixei para o meu mandato.

12. Para outros aspectos remeto para o respectivo "Comentário estatístico", bem como para os "Quadros e Gráficos" que o antecedem.

13. Relativamente à apreciação das matérias que são objecto de queixa ao Provedor de Justiça, diferenciadas consoante as 6 Áreas da Assessoria, as Extensões dos Açores e da Madeira, e as Linhas "Recados da Criança" e do "Cidadão Idoso", remeto também para as Introduções correspondentes.

    Notoriamente, elas estão sendo aperfeiçoadas, de acordo com o que tenho solicitado aos respectivos responsáveis. Para além da avaliação que cada um procura fazer do conjunto de queixas que lhe são distribuídas, começou a abrir-se caminho para uma classificação interna por grandes subtemas (neste sentido, ver Áreas 1, 2, 3, 5 e Região Autónoma dos Açores), o que permitirá quantificar o "peso" por tipologia de queixas e proceder a uma avaliação do modo como as correspondentes entidades visadas as tratam. Como já referi no Relatório/02, há aqui um caminho ainda longo a percorrer, e que não é fácil, mas é necessário para que o Provedor de Justiça possa responder à Assembleia da República, com melhor conhecimento de causa, a esta simples e todavia complexa e difícil pergunta: *como se comportam perante o cidadão as Administrações?*

14. É bem perceptível que várias têm um incorrecto, quando não reprovável e censurável comportamento para o cidadão. O Relatório comporta exemplos, sobretudo no item "*Censuras, Reparos e Sugestões à Administração Pública*", por Área ou Extensão da Provedoria de Justiça, que constitui inovação introduzida a partir do Relatório/01.

    No futuro, o Provedor de Justiça deverá procurar, se for possível e pertinente, encontrar *grelhas classificativas* para aquilo que considere "*má administração*" face às queixas que os cidadãos e

entidades lhe dirigem e acaba por resolver, dando ou não satisfação ao reclamante.

É que, mesmo quando um queixoso não tem razão, pode detectar-se, eventualmente, um mau procedimento administrativo, por exemplo, porque a Administração não lhe respondeu, ou não o informou devidamente.

Por outro lado, quando se finaliza um processo de queixa (ou de queixas sucessivas idênticas), poderíamos sempre tentar inquirir: a Administração procedeu com *ilegalidade* (o que parece mais corrente)?; com *iniquidade*?; com *atraso desrazoável*?; com *descortesia* por parte dos seus agentes?; com *desarticulação* entre departamentos de vários Ministérios?; por *omissão* de conduta exigível (o que é algo frequente nas Câmaras Municipais)? Etc..

Paralelamente, ao finalizar cada processo, deveríamos também apreciar a *conduta dos poderes públicos face à instrução desencadeada pelo Provedor de Justiça*, para tentar saber, por exemplo: qual o prazo de resposta ao Provedor de Justiça, foi razoável, moroso ou excessivo?; a resposta foi devidamente fundamentada (mesmo que os seus argumentos não sejam aceites pelo Provedor), ou traduziu-se, antes, em mera desvirtuação intencional às questões colocadas? Etc..

Como se vê, também sob estes aspectos há muito a inovar e a caminhar, sem nunca prejudicar, porém, o que de muito e bom foi alcançado ao longo de muitos anos pelos meus ilustres antecessores e que apenas procurei melhorar como soube e pude nestes três anos e meio do meu mandato. O caminho faz-se caminhando...

15. Não posso deixar de destacar a visita oficial que realizei à Região Autónoma da Madeira (em 2001 tinha-me deslocado à Região Autónoma dos Açores) para contacto directo com a Extensão da Provedoria de Justiça naquela Região Autónoma, bem como para conversações com entidades oficiais. Tive a honra de ser recebido pelo Senhor Ministro da República, pelo Senhor Presidente da Assembleia Legislativa Regional e pelo Senhor Presidente do Governo Regional. Foi-me muito grato também realizar uma reunião com os representantes de todos os grupos parlamentares com assento na Assembleia Legislativa Regional e deles escutar palavras de apoio à presença do Provedor de Justiça na Região Autónoma.

A Extensão foi criada em inícios de 2000 e por isso não beneficia ainda, como ocorre na dos Açores, instituída há mais anos, do mesmo grau de conhecimento por parte dos cidadãos nela residentes.

Devo acentuar que não ocorrem problemas especiais com a Administração Regional da Madeira, tal como nos Açores, mas, ao contrário do que aqui se passa (devido, em certa medida, aos "protocolos de colaboração" estabelecidos com algumas das mais importantes autarquias), várias Câmaras Municipais da Região Autónoma da Madeira não terão, ainda, entendido bem o papel do Provedor de Justiça, pelo que processos abertos com base em queixas de munícipes contra elas se revelam de difícil e pouca expedita resolução.

Em ambos os casos – Açores e Madeira – é o próprio Provedor de Justiça que analisa e decide o desfecho dos processos das duas Regiões Autónomas, atitude com que pretendo significar a atenção que pessoalmente dedico às Extensões nas nossas Regiões Autónomas.

16. No plano internacional (cf. o Quadro 1.2.A "Participação Internacional"), para além da assistência às reuniões dos *Ombudsmen* europeus com o Provedor de Justiça Europeu (Atenas) e com o Comissário dos Direitos do Homem do Conselho Europeu (Oslo), que anualmente têm lugar, recebi em Lisboa representantes de comissões do Conselho da Europa e o Comissário dos Direitos do Homem, Gil-Robles, no contexto da visita oficial ao nosso País para preparação do seu relatório sobre a situação dos direitos humanos em Portugal.

    A Provedoria de Justiça incrementou a sua participação nos trabalhos da Federação Iberoamericana de Ombudsman (FIO), tendo elaborado um relatório sobre a problemática dos imigrantes em Portugal, inserto no livro que a FIO editou (I *Informe sobre Derechos Humanos, Migraciones*).

    No VIII Congresso da FIO fui reeleito como Vice-Presidente desta Federação para a Região Europa. É a primeira vez que o Provedor de Justiça de Portugal é não só eleito (VI Congresso, 2001) como reeleito para tão honroso cargo.

17. Não posso encerrar este Relatório – que é o último que apresento à Assembleia da República antes do termo do meu mandato – sem uma especial e sincera palavra de agradecimento ao então Presidente, Dr. Almeida Santos, e ao actual Presidente, Dr. Mota Amaral, pelo inestimável e amigo apoio que sempre me concederam.

    Igual agradecimento é devido ao anterior presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, Dr. Jorge Lacão, e à actual presidente da mesma Comissão, Dra. Assunção Esteves, bem como aos Deputados que na anterior e na actual legislatura a integraram, pelo excelente relacionamento

revelado nas audiências a que fui chamado para debater os Relatórios anuais e o Relatório **"As Nossas Prisões**".

À Assembleia da República, no seu todo, o meu reconhecimento por nunca ter posto objecções aos pedidos de orçamento anual para a Provedoria de Justiça. Os orçamentos, reforçados, de 2001 e 2002 permitiram a renovação total e a modernização do parque informático, novos equipamentos em mobiliário para todos os colaboradores da Provedoria de Justiça e algumas obras de restauro em edifício que, por velho, provoca frequentes necessidades de reparações.

18. A política interna de recursos humanos que fixei ao Secretário-Geral foi orientada em dois sentidos: em primeiro lugar, o incremento de acções de formação, nomeadamente informática. Em segundo lugar, o desbloqueamento de concursos para os colaboradores administrativos, reclamação que, justificada ou não, me foi apresentada insistentemente.

Em 2000 (recorde-se que assumi o mandato em meados deste ano) tinham sido desenvolvidas acções de formação que abrangeram 21 colaboradores; este número aumentou significativamente em 2002, ano em que foram envolvidos em acções de formação 87 colaboradores e, em 2003, 95, com natural incremento de horas de formação e de naturais custos. É uma linha de rumo que não se deve perder.

Quanto a concursos: no período 1996/2000, abriram-se 9, deles beneficiando 12 funcionários; no período 2001/2003, foram abertos 10 concursos, com benefício para 22 funcionários do âmbito da Secretaria-Geral.

Não esquecendo que estes passaram a usufruir, em meados de 2001, de um acréscimo remuneratório de 12,5% do respectivo índice sala-

rial, com descontos que repercutem no seu direito à aposentação, se optarem por um regime de tempo completo prolongado (40H/semanais) – o que comportou sensíveis custos acrescidos para a Provedoria de Justiça em termos de encargos orçamentais, mas também um horário mais prolongado de funcionamento, que não pode deixar de ser exigível a um órgão do Estado com características de acessibilidade ao cidadão –, julgo que me esforcei por dedicar a minha atenção não só à Assessoria, mas, também, aos meus colaboradores administrativos e técnicos inseridos na Direcção de Serviços de Apoio Técnico e Administrativo. Uns e outros são indispensáveis ao bom funcionamento da Provedoria de Justiça.

19. A todos deixo uma palavra final de agradecimento, que abrange, em primeira linha, os dois Provedores-Adjuntos que comigo formaram uma equipa sempre coesa, leal e amiga e que estendo a todos, incluindo os colaboradores do meu Gabinete.

Obrigado a todos.

H. Nascimento Rodrigues

I.

ACTIVIDADE PROCESSUAL

1.

DADOS ESTATÍSTICOS

1.1. Quadros e gráficos

A - Quadros

Quadro 1

Reclamantes em 2003

Pessoas singulares	13692
Pessoas colectivas	448
Total de Reclamantes	**14140**

Quadro 2

Número de processos organizados

Por queixa escrita	3957
Por queixa verbal	288
Por queixa por via electrónica	420
Por iniciativa do Provedor	23
Total de processos abertos	**4688**
Processos reabertos	425
Total de processos organizados	**5113**

Quadro 3

Número de processos em instrução

Processos principais que transitaram de 1990 a 1997	69
Processos principais que transitaram de 1998	44
Processos principais que transitaram de 1999	94
Processos principais que transitaram de 2000	150
Processos principais que transitaram de 2001	382
Processos principais que transitaram de 2002	1453
Processos apensos anteriores a 2003	1767
Soma dos processos anteriores a 2003	**3959**
Processos reabertos em 2003	425
Processos organizados em 2003	4688
Total de processos em instrução	**9072**

Quadro 4

Número de processos arquivados

Processos principais transitados de 1990 a 1997	27
Processos principais transitados de 1998	29
Processos principais transitados de 1999	51
Processos principais transitados de 2000	74
Processos principais transitados de 2001	219
Processos principais transitados de 2002	1027
Processos apensos anteriores a 2003	871
Soma dos processos anteriores a 2003	**2298**
Processos reabertos em 2003	354
Organizados em 2003	3024
Total de processos arquivados	**5676**

Quadro 5

Número de processos pendentes em 31 de Dezembro

Processos principais transitados de 1990 a 1997	42
Processos principais transitados de 1998	15
Processos principais transitados de 1999	43
Processos principais transitados de 2000	76
Processos principais transitados de 2001	163
Processos principais transitados de 2002	426
Processos apensos anteriores a 2003	896
Soma dos processos anteriores a 2003	**1661**
Processos reabertos em 2003	71
Organizados em 2003	1664
Total de processos pendentes	**3396**

Quadro 6

Resumo do movimento de processos

Total de processos organizados	5113
Total de processos em instrução	9072
Total de processos arquivados	5676
Processos organizados e arquivados em 2003	*3378
Processos pendentes em 31 de Dezembro	3396
Processos principais pendentes em 31 de Dezembro	**2500**

** Representando 59,5% do total de processos organizados*

Quadro 7

Recomendações e pedidos de declaração de inconstitucionalidade

Recomendações	*27
Pedidos de declaração de inconstitucionalidade	2

**Sendo 9 normativas/genéricas*

Quadro 8
Motivos de arquivamento

A	Arquivamento liminar		633	**11,2%**
B	Falta de fundamento		2326	**41,0%**
C	Encaminhamento		504	**8,9%**
D	Resolvido com intervenção essencial do Provedor	Com recomendação (acatada)	26	**0,5%**
E		Sem recomendação	1324	**23,3%**
F	Resolvido sem intervenção essencial do Provedor		383	**6,7%**
G	Não resolvido	Com recomendação (não acatada)	54	**1,0%**
H		Sem recomendação	140	**2,5%**
I		Desistência da queixa	166	**2,9%**
J	Arquivamento por formulação de pedido de DI/VI		35	**0,6%**
K	Arquivamento por motivos administrativos		85	**1,5%**

Quadro 9
Rácios de eficácia da intervenção do Provedor

Taxa de estudo	(TP*Organizados – A – K) / TP*Organizados	**86%**
Taxa de resolução	(D+E+F+J) / [Total – (A+B+C+K)]	**83%**
Taxa de sucesso	(D+E+J) / [Total – (A+B+C+F+K)]	**79%**

**TP – Total de processos*

Evolução entre 1999 e 2003

	1999	2000	2001	2002	2003
Taxa de estudo	97,6%	88,7%	88,1%	82,1%	86,0%
Taxa de resolução	87,6%	80,6%	79,7%	83,9%	83,1%
Taxa de sucesso	79,1%	75,5%	71,2%	81,0%	79,4%

Quadro 10

Distribuição dos processos

ÁREA 1 Ambiente e recursos naturais; urbanismo e habitação, ordenamento do território e obras públicas; lazeres.	**590**	**13,0%**
ÁREA 2 Assuntos económicos e financeiros, fiscalidade, fundos europeus, responsabilidade civil, jogo, contratação pública e direitos dos consumidores.	**1070**	**23,5%**
ÁREA 3 Assuntos sociais: trabalho, segurança social, saúde, habitação social, idosos, deficientes e menores.	**750**	**16,5%**
ÁREA 4 Assuntos de organização administrativa e relação de emprego público, estatuto do pessoal das forças armadas e das forças de segurança.	**656**	**14,4%**
ÁREA 5 Assuntos judiciários; defesa nacional, segurança interna e trânsito; registos e notariado.	**818**	**18,0%**
ÁREA 6 Assuntos político-constitucionais; direitos, liberdades e garantias; assuntos penitenciários; estrangeiros e nacionalidade; educação, cultura e ciência; comunicação social e desporto.	**485**	**10,7%**
Açores	**99**	**2,2%**
Madeira	**73**	**1,6%**
Linha Verde Recados da Criança*	**4**	**0,1%**

**Independentemente das reclamações recebidas directamente na Linha (vide capítulo próprio do relatório)*

Resumo		
Distribuídos pelas áreas funcionais	**4545**	**88,9%**

Não distribuídos às áreas (por arquivamento liminar e outros motivos)	**568**	**11,1 %**
Total	**5113**	**-**

Quadro 11
Entidades visadas nos processos

I – Administração Central	
Governo	17
Presidência do Conselho de Ministros*	13
Ministério das Finanças	942
Ministério da Defesa Nacional	75
Ministério dos Negócios Estrangeiros e Comunidades Portuguesas	41
Ministério da Administração Interna	265
Ministério da Justiça	525
Ministério da Economia	46
Ministério da Agricultura, Desenvolvimento Rural e Pescas	30
Ministério da Educação	238
Ministério da Ciência e do Ensino Superior	19
Ministério da Cultura	7
Ministério da Saúde	199
Ministério da Segurança Social e do Trabalho	60
Ministério das Obras Públicas, Transportes e Habitação	7
Ministério das Cidades, Ordenamento do Território e Ambiente	59
Total	**2543**

* *Na Presidência do Conselho de Ministros incluem-se as estruturas dependentes dos Ministros da Presidência e dos Assuntos Parlamentares e do Ministro-Adjunto.*

II – Administração Indirecta e Autónoma	
Institutos públicos*	413
Sector empresarial do Estado	72
Associações públicas	38
Universidades	49
Institutos politécnicos	25
Concessionários	103
Outras entidades	0
Total	**700**

** Excluindo escolas e hospitais*

III- Administração Regional		
Açores	Administração directa	51
	Administração indirecta	2
Madeira	Administração directa	37
	Administração indirecta	3
Total		**93**

IV – Administração Local	
Governos civis	26
Juntas distritais	0
Assembleias distritais	0
Federações de municípios	0
Municípios	666
Empresas municipais e serviços municipalizados	47
Freguesias	45
Total	**784**

V – Entidades independentes e outras	
Presidência da República	2
Assembleia da República	12
Provedoria de Justiça	0
Conselhos Superiores de Magistratura	11
Tribunais	333
Ministério Público	58
Comissão Nacional de Eleições	0
Partidos políticos	0
Outras entidades independentes	11
Outras entidades públicas	0
Total	**427**

VI- Entidades particulares e estrangeiras	
Sindicatos	2
Bancos	52
Seguradoras	49
Estabelecimentos de ensino	9
Estabelecimentos de saúde	1
Outras sociedades comerciais	92
Outras entidades particulares	92
Entidades estrangeiras	7
Total	**304**

Quadro 12
Características das queixas

A) Caracterização dos reclamantes

I - Pessoas singulares por género	
Sexo feminino	1696
Sexo masculino	3220
Sem recolha de informação individualizada	8776
Total	**13692**

II – Queixas colectivas	
Associações	98
Associações profissionais	32
Comissões de residentes	30
Comissões de trabalhadores	12
Entidades públicas	32
Partidos políticos	14
Sindicatos e Associações sindicais	94
Sociedades	134
Outros	2
Total	**448**

B) Origem geográfica das queixas

I - Distritos	
Aveiro	142
Beja	41
Braga	177
Bragança	44
Castelo Branco	60
Coimbra	197
Évora	45
Faro	141
Guarda	37
Leiria	117
Lisboa	1614
Portalegre	23
Porto	677
Santarém	175
Setúbal	347
Viana do Castelo	79
Vila Real	58
Viseu	88
Total	**4062**

II – Regiões Autónomas	
Açores	109
Madeira	89
Total	**198**

III – Estrangeiro e origem não identificada	
União Europeia	71
Estados lusófonos, Macau e ex-Estado da Índia	207
Outros países estrangeiros	35
Total com origem no estrangeiro	313
Origem não identificada	115
Total	**428**

Quadro 13

Queixas por habitante

Origem geográfica dos cinco maiores valores

	1999	**2000**	**2001**	**2002**	**2003**
1.º	Açores	Açores	***Lisboa***	***Lisboa***	*Lisboa*
2.º	Lisboa	Lisboa	Açores	Açores	**Açores**
3.º	Coimbra	Santarém	Coimbra	Évora	**Coimbra**
4.º	Setúbal	Madeira	Portalegre	Coimbra	**Setúbal**
5.º	Faro	Setúbal	Castelo Branco	Porto	**Santarém**

B - Gráficos

Processos organizados

Os dados sobre processos reabertos são apenas apresentados a partir de 2002

Evolução do número total de processos pendentes

Recomendações e pedidos de fiscalização da constitucionalidade formulados

Motivos de arquivamento

Evolução dos rácios

Processos entrados e findos

Os totais de processos entrados em 2002 e 2003 incluem os processos reabertos em cada ano

Processos transitados de ano por prazo de pendência

Duração dos processos principais entrados e arquivados em 2003

Duração dos processos principais abertos antes de 2003 com primeiro arquivamento neste ano

1427 Processos

Duração dos processos principais reabertos em 2003 ou antes e rearquivados em 2003

354 Processos

Duração dos processos principais arquivados em 2003 (acumulado)

Distribuição de processos por área temática

Área 1: Ambiente e recursos naturais, urbanismo e habitação, ordenamento do território e obras públicas, lazeres.
Área 2: Assuntos económicos e financeiros, fiscalidade, fundos europeus, responsabilidade civil, jogo, contratação pública e direito dos consumidores.
Área 3: Assuntos sociais: trabalho e segurança social, saúde, habitação social, idosos, deficientes e menores.
Área 4: Assuntos de organização administrativa e relação de emprego público, estatuto do pessoal das forças armadas e das forças de segurança.
Área 5: Assuntos judiciários, defesa nacional, segurança interna e trânsito; registos e notariado.
Área 6: Assuntos político-constitucionais; direitos, liberdades e garantias; assuntos penitenciários; estrangeiros e nacionalidade; educação, cultura e ciência; comunicação social e desporto.

(*) *Independentemente das reclamações recebidas directamente na Linha (vide capítulo próprio do relatório)*

Entidades visadas nas queixas

Distribuição das queixas por ministério

Peso das queixas sobre matéria de regime da função pública

Distribuição das queixas por ministério
(excluindo as queixas sobre regime da função pública)

Distribuição das queixas por município

Queixas contra entidades particulares e estrangeiras

Natureza dos reclamantes

Natureza dos primeiros subscritores de queixa em processos abertos

Reclamantes individuais por género

Tipo de pessoa colectiva reclamante

N.º de reclamações por distritos do continente

N.º de reclamações nas regiões autónomas e estrangeiro

Queixas por 10 000 habitantes: distritos e regiões autónomas

C - Comentário estatístico

1. Cumpre, primeiramente, fazer notar duas grandes alterações introduzidas no início de 2003, com o propósito explícito de tornar mais transparente a informação estatística face à realidade vivida, da mesma forma possibilitando uma comparação mais correcta ao longo do tempo, minimizando os efeitos de circunstâncias meramente conjunturais.

Assim, em primeiro lugar, eliminou-se, para o futuro, o conceito de "processo apenso". Na verdade, até agora, através das queixas "em cascata", era possível que a uma única questão correspondessem várias dezenas, por vezes centenas, de processos, afinal todos seguindo a sorte da instrução decidida no processo "principal". Desde logo, o número de processos entrados em determinado ano estava muito dependente, não do efectivo número de questões colocado à consideração do Provedor de Justiça, mas da existência ou não de movimentações deste tipo. Principalmente, contudo, sentia-se este problema ao nível da efectiva carga de trabalho existente.

Para obviar a estes problemas, começou-se por tornar operativo o conceito de processo principal, alargando-se agora este movimento no sentido de considerar como correspondendo *a um único processo* uma questão que, na sua resolução, possa abranger qualquer número de reclamantes ou interessados.

Em segundo lugar, encontrar-se-á agora *notícia do número de reclamantes* que se dirigiu ao Provedor de Justiça, pela primeira vez se contabilizando este dado. Dando como exemplo os abaixo-assinados, dando origem a um só processo, era irrelevante que fossem assinados por uma dezena ou por um milhar de cidadãos. Dá-se agora relevância a este facto, mostrando-o ao leitor e possibilitando que sobre este dado sejam feitas as leituras pertinentes.

Como vantagem face ao método até agora seguido, em conjugação com a extinção dos processos apensos, aponto o facto

de, presentemente, não estar a contagem do número de pessoas que recorreram ao Provedor de Justiça dependente de uma decisão arbitrária, qual seja a de entender um certo número subscrever um abaixo-assinado, ou optarem pelo envio de cartas separadas. É que, no primeiro caso, apenas era contado um processo, sendo abertos, no segundo caso, tantos processos como as comunicações recebidas.

Neste momento, distingue-se claramente entre processos, correspondendo a determinado objecto de estudo e tratamento, e reclamantes, como número efectivo de pessoas, singulares ou colectivas, que em determinado ano recorreram ao Provedor de Justiça, subscrevendo uma ou mais queixas. As queixas subsequentes à primeira sobre a mesma questão são incorporadas no processo pendente, em qualquer caso sem a mínima lesão para a situação dos interessados nas mesmas.

2. Neste quadro, foi possível contabilizar em 2003 um total de 14 140 reclamantes, na sua esmagadora maioria pessoas singulares (97%).

Se considerarmos, contudo, critério análogo ao vigente em anos precedentes, por recolha dos dados respeitantes apenas ao primeiro subscritor de cada queixa, encontra-se uma proporção de pessoas colectivas a meio caminho entre os valores alcançados em 2002 e 2001, isto é, de cerca de 8%, corrigindo-se assim a subida verificada naquele ano.

Com inversão, embora, das respectivas posições relativas, as sociedades, associações e sindicatos representam cerca de 70% do total de reclamações apresentadas por pessoas colectivas.

Assim, as sociedades representaram, por si só, 30% das queixas em causa (20% em 2002), os sindicatos praticamente mantêm o valor de 2002 (cerca de 21%), descendo as associações cerca de sete pontos percentuais (agora de 22%).

Continua, assim, a desenhar-se o progressivo recurso ao Provedor de Justiça de pessoas colectivas de base empresarial, já notado no Relatório de 2002.

No que toca aos reclamantes individuais, mais uma vez restringidos ao universo de primeiros subscritores das queixas recebidas em 2003, persiste a exacta divisão já notada nos anteriores Relatórios, com cerca de dois terços a caber ao sexo masculino.

3. Em termos de distribuição geográfica, em número absoluto de queixas, mantendo-se os três primeiros lugares para os distritos de Lisboa (1614 queixas em 2003, 1439 em 2002), Porto (677 e 608) e Setúbal (347 e 227), voltam a surgir os distritos de Coimbra (197 e 157) e Braga (177 e 191), em posição similar à de 2001, mas invertida face a 2002. Completando os sete valores mais altos, surgem nesta tabela os distritos de Santarém (175 e 119) e de Aveiro (142 e 104), expulsando o distrito de Leiria e a Região Autónoma dos Açores (esta com 109 queixas, numa contínua quebra).

Os três últimos lugares continuam a ser ocupados pelos mesmos três distritos, com inversão da posição relativa de dois deles. Assim, os antepenúltimo e penúltimo lugares são ocupados pelos distritos de Beja (41 queixas em 2003 face a 38 em 2002) e da Guarda (27 e 39), continuando Portalegre no último lugar (23 e 30).

A Região Autónoma da Madeira registou 89 queixas, num claro aumento face às 72 registadas em 2002.

Registou-se também um fortíssimo aumento das queixas provenientes do estrangeiro, de cerca de 140%. Assim, face ao valor de 130 registado em 2002, receberam-se, em 2003, 313 queixas provenientes do estrangeiro, devendo explicar-se a este respeito a importante proporção de queixas relativas à nacionalidade portuguesa, oriundas do ex-Estado da Índia.

Avaliados estes números absolutos face à população residente, persistem os maiores valores atribuídos ao distrito de Lisboa (7,56 em 2003, face a 7,00 em 2002) e à Região Autónoma dos Açores (4,59 e 5,79, respectivamente), com subida de um lugar

para Coimbra (4,46 e 3,73) e a entrada nos 4.º e 5.º lugares dos distritos de Setúbal (4,42 e 2,89) e de Santarém (3,86 e 2,63).

Nos três últimos lugares situam-se os distritos da Guarda (2,06 em 2003, 2,17 em 2002), Aveiro (2,00 e 1,45) e Portalegre (1,84 e 2,40).

A Região Autónoma da Madeira regista um incremento, passando de 2,94 em 2002 para 3,64, subindo, em termos relativos, do 10.º para o 7.º lugar.

4. Olhando agora ao número de processos abertos, verifica-se terem sido organizados 4688 processos, sendo 23 por iniciativa do Provedor.

Conforme acima mencionado, este número não indica já o número de queixas, mas sim o de questões diversas colocadas à consideração do Provedor de Justiça. *Não é possível, pois, compará-lo directamente com os números colhidos nos anos transactos, em que surgem os chamados processos apensos*.

Se o facto de não terem sido abertos em 2003 processos apensos significaria sempre um aumento face ao valor registado em 2002, convém frisar que estão no presente ano contabilizados 478 processos que, em cumprimento da legislação que extinguiu o Defensor do Contribuinte, foram entregues ao Provedor de Justiça para apreciação. Decididos na sua quase totalidade durante 2003, não deixam de constituir um aporte extraordinário face ao demais volume de reclamações. Mesmo assim, descontando este número, teríamos 4187 processos abertos por queixa, face aos 4166 registados em 2002, o que, considerando a referida extinção dos apensos, *representará um aumento de várias centenas de processos em relação a este último ano*.

Muito embora estes dados apenas se reportem à queixa que iniciou um processo determinado, e não às subsequentes, é de realçar a contínua subida do valor respeitante às queixas por via electrónica, agora em 9%, num aumento de 50% face a 2002.

5. Mais uma vez desceu o número total de processos movimentados, fruto da redução das pendências, mas também do facto de terem sido abertos menos processos, pela exclusão dos apensos.

Assim, o total de processos movimentados foi de 8845 (9495 em 2002, 10403 processos em 2001, 12418 em 2000 e 14408 em 1999).

O número de processos transitados para 2003 foi de 3959, sendo 2192 processos principais. Olhando apenas a estes processos principais, 1453, isto é, *dois terços, tinham sido abertos ou reabertos em 2002, ou seja, nos doze meses precedentes*.

Transitaram, para 2004, 3396 processos, isto é, menos 563 unidades. Convém notar, contudo, que essa diminuição alcançou-se nos processos mais antigos, com progressiva diminuição (e futura extinção) dos processos apensos (1767 transitados para 2003 e apenas 896 para 2004). Apesar disso, cerca de 60% dos processos abertos em 2003 foram arquivados nesse ano, num valor similar ao de 2002, mas realçado positivamente pela ausência de apensos e pelo aumento, ainda assim, do número em causa.

6. A análise da evolução das pendências mostra-se dúbia. Se, a seguir-se critério idêntico ao dos anos anteriores, se atentar apenas à evolução do número total de processos, ter-se-ia uma quebra de 14%.

Contudo, importa, no seguimento da extinção progressiva da figura dos processos apensos, comparar também a realidade ao nível dos processos principais pendentes, no início e no fim de 2003. Ora, a este nível, regista-se uma subida de 313 unidades, correspondendo a 14,3%.

Para este crescimento, importa ter especialmente em conta o número de situações respeitantes a nacionalidade de residentes no ex-Estado da Índia, que, só por si, ultrapassam este número. Sendo, naturalmente, questões diversas, por atendíveis as especificidades de cada caso concreto, nas razões substantivas e adjectivas face à nacionalidade portuguesa, a dependência de uma

decisão de fundo sobre esta matéria torna bastante contigente a apreciação deste aspecto e condiciona a leitura dos números. *Na verdade, não fora esta problemática, a pendência teria registado um decréscimo na linha verificada uniformemente nos anos anteriores*.

Mais uma vez lembro, porém, que as possibilidades de evolução futura no desempenho do Provedor de Justiça assentam mais na qualidade do serviço do que na quantidade, isto é, com ênfase especial na celeridade dos processos em detrimento de uma maior redução de pendências, por natureza impossível e talvez indesejável.

7. Quanto à duração dos processos, no universo de processos entrados e arquivados em 2003, verifica-se que quase metade, isto é, 49% (42% em 2002) durou menos de 30 dias, com manutenção dos 75% verificados no ano anterior, ao tomar-se como limite um prazo de 90 dias. Este facto é especialmente relevante se se atentar, como adiante mais bem se explicitará, que a percentagem de arquivamento liminar baixou 5%.

Dos processos que transitaram de anos anteriores para 2003 e que foram neste ano arquivados pela primeira vez, num total de 1204 processos, cerca de 60% conheceram decisão num prazo inferior a doze meses (70% em 2002), aumentando para 17% a percentagem dos que careceram de prazo superior a dois anos. Esta evolução aparentemente negativa é todavia contrariada pela grande quebra no valor absoluto desta categoria de processos, passando de 2482 unidades em 2002 para apenas 1204 em 2003 (quebra superior a 50%).

Noutra categoria, a daqueles processos que conheceram já uma decisão mas que, em 2003 ou antes, foram reabertos, a pedido do interessado ou oficiosamente, tendo sido rearquivados em 2003, em decisão firme até final deste ano, num universo de 345 processos, ligeiramente inferior ao de 2002 (380), observa-se uma maior rapidez na decisão, registando-se em 2003 uma

percentagem de 70% com duração inferior a um ano, valor esse que era de 46% em 2002.

Numa agregação comparável à que se fez pela primeira vez no ano anterior, vê-se que, em 2003, *86% dos processos arquivados duraram menos de um ano, percentagem que se reduz a 72% se o termo utilizado for o dos seis meses* (82% e 77% em 2002, respectivamente).

8. Foram arquivados 5444 processos, número ligeiramente mais baixo do que registado em 2002. Há que notar que a ausência de processos apensos em 2003 sempre induziria, por si só, alguma quebra. Persiste, como já se disse e agora em cenário inteiramente clarificado, a grande percentagem de arquivamentos no mesmo ano.

Foram formuladas 27 recomendações, um terço das quais normativas/genéricas. Tal representa, face ao ano anterior, um claro aumento da utilização deste meio formal de intervenção do Provedor de Justiça, em especial na categoria acima explicitada.

É também de notar que, muitas vezes, prefere-se a via da recomendação legislativa como mecanismo alternativo ou prévio à iniciativa de fiscalização da constitucionalidade. Assim, o aumento de recomendações deste tipo também explica o número relativamente escasso (2) de iniciativas junto do Tribunal Constitucional.

Sem necessidade de recomendação, obteve-se solução favorável ao reclamante em 1269 processos, ou seja em 23,31% dos processos arquivados em 2003.[1] Somando a estes os 26 processos (0,48%) em que, por recomendação, se obteve idêntico desenlace, continua a registar-se o incremento já indicado no Relatório de 2002[2]. Assim, de um universo de processos similar nos últimos 3 anos, a percentagem de processos resolvidos por

---

[1] 369 processos em que se concluiu pela bondade das pretensões do queixoso foram resolvidos sem intervenção relevante do Provedor de Justiça, oficiosamente ou não.

[2] Cf. p. 51.

intervenção do Provedor de Justiça passou de 15% do total para 25%.[3]

Importa notar que, conforme tradicionalmente verificado, em cerca de metade dos processos conclui-se pela sua improcedência, liminar ou não (em 2003, 52%; em 2002, 45%).

Correspondendo a uma descida clara no número de arquivamentos liminares, a taxa de estudo subiu de 82% para 86%. O número de casos em que, dando-se razão ao reclamante, não se obteve ganho de causa, subiu ligeiramente, não ultrapassando, contudo as 350 unidades.

Assim, a taxa de resolução, que exclui do universo atendível os casos de improcedência, arquivamento liminar e mero encaminhamento, foi menos de um ponto percentual inferior à de 2002 (83,9% em 2002, 83,0% em 2003). A taxa de sucesso, isto é, contando apenas com as situações resolvidas por intervenção do Provedor de Justiça, foi agora de 79,3%, ligeiramente abaixo do valor de 2002 (81,0%), mas mesmo assim acima dos outros valores registados desde 1999, inclusivé.

A progressiva eliminação dos processos apensos permitirá melhorar a leitura futura destes números, tornando-os menos dependentes da boa resolução de uma única situação, pecha que afectará, ainda assim, os valores de anos anteriores ao presente com maior acuidade.

9. Ao nível da distribuição dos processos por área temática, descontando o efeito extraordinário gerado pela recepção do acervo de pendentes do Defensor do Contribuinte, há a registar um decréscimo significativo, em termos percentuais (menos 23,4%) como absolutos, nos processos incidentes sobre regime jurídico da função pública. Com comportamento contrário, mercê em especial dos já mencionados casos oriundos do ex-Estado da

[3] Sendo certo que a diminuição do número de processos apensos ao longo deste período, em especial em 2003, dá mais importância ao valor agora registado.

Índia, a área respectiva subiu em cerca de um terço o número registado em 2002.

10. Persiste a tendência de queda para os processos que têm como entidade visada a Administração Central. Na verdade, se os números apresentados suscitariam à partida conclusão diversa (49% em 2002 para 52% em 2003), há que contar com o empolamento artificial provocado pelos processos oriundos do Defensor do Contribuinte, por si só devendo originar uma correcção de cinco pontos percentuais.

Atendendo-se a esta correcção, os valores podem ser encontrados no lugar próprio deste Relatório. Todavia, abstraindo dessa realidade excepcional, dir-se-á aqui que se registou uma quebra na proporção de queixas dirigidas contra a Administração Indirecta e Autónoma (-6%), com subida mais acentuada no que diz respeito à Administração Local (+9%), no seguimento do já verificado em anos precedentes.

No âmbito da Administração Central, o trio de Ministérios mais citados continua a integrar os Ministérios das Finanças e da Justiça, devendo apenas registar-se a ultrapassagem do Ministério da Educação pelo da Administração Interna. O conjunto dos três ministérios em causa, em 2003, representa 68% do total nesta categoria.

Convirá, contudo, efectuar aqui a mesma filtragem que se tem feito a respeito dos processos oriundos do Defensor do Contribuinte. Assim sendo, é de notar a subida significativa, de cerca de 30%, sofrida pelos Ministérios da Justiça e da Administração Interna, com descida mais marcante no caso do Ministério da Segurança Social e do Trabalho (de cerca de 50%).

Como é natural, o peso dos processos oriundos do Defensor do Contribuinte perturba mais a leitura da distribuição entre Ministérios, excluindo as queixas sobre o regime ou situação concreta dos respectivos funcionários, de alguma forma também explicando a descida, ao nível da Administração Central, do peso destas matérias, para 17%.

Seguindo este critério, há a notar a permanência nos lugares cimeiros dos Ministérios das Finanças, Justiça e Administração Interna, totalizando 70% dos processos, registando-se a passagem do da Justiça ao primeiro lugar, com um aumento de 29% face a 2002. Forte aumento, de 36%, é também registado pelo Ministério da Administração Interna. Pelo contrário, quebra significativa, mais acentuada do que na totalidade dos processos, de cerca de 60%, é registada pelo Ministério da Segurança Social e do Trabalho. Regista-se também uma descida no Ministério da Educação.

11. Na Administração Local, verifica-se, em termos idênticos a 2002, a percentagem de cerca de 80% respeitante aos municípios, sendo certo que as matérias de função pública têm aqui um significado muito menor, não ultrapassando os 8%. Os municípios mais visados foram os de Lisboa, Cascais, Porto e Almada, no total representando um quinto do total de processos desta categoria. Em termos proporcionais, estes 4 municípios viram subir este valor em comparação com o verificado em 2002.

1.2. A. Participação Internacional

• Provedor de Justiça, H. Nascimento Rodrigues • Provedor-Adjunto, Conselheiro António Manuel Macedo de Almeida	Atenas 7/8 de Abril	*4º Seminário dos Ombudsmen Nacionais dos Estados -membros da União Europeia*
• Provedor de Justiça, H. Nascimento Rodrigues	Copenhaga 18/19 de Junho	*1ª Reunião do "Board" do Fundo Especial para Ombudsmen e Instituições Nacionais de Direitos Humanos*
• Coordenador, Dr. Nuno Simões	Atenas 20/21 de Junho	*Conferência "Livre Circulação de Trabalhadores e Coordenação dos Sistemas de Segurança Social"*
• Assessora, *Dra. Elsa Dias*	Roma 9 de Julho	*Encontro Internacional "Instituições para a Protecção das Crianças"*
• Provedor de Justiça, H. Nascimento Rodrigues • Assessora, Dra. Elsa Dias	Funchal 14/19 Outubro	*Visita à Extensão da Provedoria de Justiça na Região Autónoma da Madeira*
• Responsável pela *Linha Recados da Criança*, *Dra. Vera Burnay Batalha*	Estocolmo 15/17 Outubro	*Reunião Anual da ENOC – European Network of Ombudsmen for Children*
• Coordenador, *Dr. João Portugal*	Oslo 3/5 Novembro	*8ª Mesa Redonda dos Ombudsmen Europeus*
• Coordenador, *Dr. José Miguel Pereira dos Santos*	Copenhaga 13/14 Novembro	*Workshop "Administração da Justiça"*
• Provedor de Justiça, H. Nascimento Rodrigues • Provedor-Adjunto, *Dr. José Luís Pereira Coutinho* • Coordenador, *Dr. João Gonçalves* • Adjunta, *Dra. Catarina Ventura*	Panamá 18/21 de Novembro	VIII Congresso Anual da *FIO – Federação Ibero-americana de Ombudsman*

• Coordenador, *Dr. João Portugal*	Copenhaga 3/4 de Dezembro	*2ª Reunião do "Board" do Fundo Especial para Ombudsmen e Instituições Nacionais de Direitos Humanos*

B. Total de reuniões internas/externas/outras diligências externas com reclamantes e entidades reclamadas

2.

SITUAÇÕES RELEVANTES

2.1.

Ambiente e recursos naturais, urbanismo e habitação, ordenamento do território e obras públicas, lazeres

Provedor-Adjunto de Justiça:

Conselheiro Macedo de Almeida

Coordenador:

André Folque

Assessores:

Maria Ravara
Isabel Canto
Manuela Barreto
Miguel Feldmann
José Luís Cunha
Carla Vicente
António Passos Leite[4]
Cristina Sá Costa[5]

Consultor de arquitectura:

Olavo Benedito Dias

---

[4] Após período de actividade suspensa por requisição pelo Centro de Estudos Judiciários, cessou funções, em Setembro.
[5] Iniciou funções em Novembro.

2.1.1. Introdução

(A)
Considerações gerais

1. Durante o ano de 2003 assistiu-se a um significativo acréscimo do número de pedidos de intervenção dirigidos ao Provedor de Justiça em matérias respeitantes a esta Área da Assessoria. Com efeito, o volume de processos organizados para instrução cresceu 18,2 % sem que se encontre um motivo especialmente determinante.

2. Este **aumento**, embora mais acentuado em questões de natureza urbanística (42,3%) e do ordenamento do território (40,6%), não deixa de registar-se também no sector do ambiente (13,5%).

3. Ainda assim, foi possível não deixar subir – senão muito ligeiramente – a pendência de processos em instrução (0,53%), uma vez que o número de processos concluídos praticamente igualou o de processos novos e reabertos.

4. Em continuidade com o programa de objectivos do ano anterior, foi concedida particular atenção aos processos organizados ou reabertos há mais de três anos e incrementou-se a frequência de **deslocações** aos serviços públicos visados nas queixas e ao local das operações urbanísticas ou fontes de poluição reclamadas.

5. A **mediação** entre os particulares e a Administração Pública, nas questões onde a margem de autonomia pública o consente aos órgãos competentes, conheceu progressos. Deve observar-se porém que quase tão importante se vem a revelar a articulação entre diferentes organismos públicos que as acções mediadoras da Provedoria de Justiça propiciam.

6. Assim, tiveram lugar reuniões com diversos responsáveis por departamentos de administração urbanística e ambiental na Câmara Municipal do Porto (Abril), na Câmara Municipal de Lisboa (Maio), na Câmara Municipal de Vila Franca de Xira (Maio) na Câmara Municipal do Seixal (Julho) e foram levadas a cabo acções de mediação entre a Administração e os particulares, em Tomar (Fevereiro), com a Câmara Municipal e com o Instituto das Estradas de Portugal, em Lisboa e no Porto, com o Instituto da Água, a BRISA, SA, o IEP e a Direcção Regional do Ambiente e Ordenamento do Território-Norte, e em Vila Velha de Ródão (Dezembro) com a REFER.

7. Registe-se ainda a reunião com a DECO-Associação Portuguesa para a Defesa dos Consumidores que teve lugar em Outubro, dedicada a questões de ruído e de segurança nas discotecas de Lisboa, assunto que, de há muito, vem sendo objecto de preocupação por parte do Provedor de Justiça.

8. As reclamações continuam a reportar-se, em larga maioria, a situações caracterizadas pelos queixosos como de inércia administrativa, de **omissão** no exercício de poderes funcionais por parte dos órgãos e serviços públicos visados (59%). Por outras palavras, a Administração urbanística, ambiental e do ordenamento do território é apontada pelos reclamantes como demasiado permissiva em face de comportamentos lesivos do interesse público imputados a outros particulares.

9. Com efeito, não raras vezes, as normas jurídicas para protecção dos interesses públicos urbanísticos e de preservação dos recursos naturais concedem também garantia a interesses de outros particulares. Por exemplo, as regras sobre afastamentos entre as edificações urbanas não esgotam o seu alcance na protecção do interesse público em matéria de salubridade, estética e segurança urbanas. Conferem verdadeiros direitos aos moradores em edificações vizinhas e que mais de perto sentem a lesão praticada por terceiro.

10. Direitos esses que, por sua vez, constituem direitos fundamentais: o direito à reserva da intimidade da vida privada e

familiar, o direito à integridade física e moral, o direito à segurança, o direito a uma habitação com condições de higiene e conforto, o direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado, o direito à fruição e valorização do património cultural.

11. Em muitos outros casos, assiste-se à colisão de diferentes interesses públicos entre si – a defesa do património arquitectónico e a execução do plano nacional rodoviário, a salvaguarda dos solos mais férteis contra o seu uso não agrícola e o combate ao êxodo rural, as limitações à poluição industrial das águas e o crescimento do emprego e da economia.

12. O perfil poligonal das relações administrativas que se criam, tal como se anotou já em anteriores relatórios, constitui natural impedimento a uma mais pronta resolução dos processos, ao que acresce a dificuldade técnica na avaliação das questões de facto e a crescente complexidade do direito aplicável, em particular, por força dos planos urbanísticos, das suas frequentes alterações, revisões e suspensões.

13. Por seu turno, também do lado dos reclamados particulares se encontra a protecção de direitos fundamentais, bem visível, por exemplo, em casos de ruído imputado a locais de culto religioso instalados em edifícios de habitação, em situações de encerramento de unidades industriais poluentes como causa de desemprego ou em restrições ao uso de recursos naturais que limitam o direito de propriedade privada.

14. A Provedoria de Justiça depara-se ao nível concreto com questões de conflitos entre direitos que se encontram na ordem do dia do direito constitucional e do direito administrativo. A informalidade dos seus meios e a intervenção não mais do que persuasiva do Provedor de Justiça permitem-lhe ensaiar respostas cuja razoabilidade é muitas vezes confirmada ulteriormente pela jurisprudência e pelo legislador.

15. É que este órgão do Estado dispõe da singular oportunidade de poder também contribuir para o aperfeiçoamento

das práticas administrativas e das leis, a partir do horizonte de observação, muito próximo, que lhe chega diariamente.

16. Neste sentido, importaria registar a recomendação que o Provedor de Justiça formulou a Sua Excelência o Ministro das Cidades, sob proposta desta Área da Assessoria, sugerindo uma modificação pontual da lei para melhorar a avaliação de impactes ambientais cumulativos, e o relatório que foi dedicado a um anteprojecto legislativo de medidas excepcionais de reabilitação urbana, a publicar brevemente, transmitido a Sua Excelência a Secretária de Estado da Habitação, a seu pedido.

17. Mais do que arquitectar concretos enunciados normativos, estas intervenções pretenderam apontar tópicos para a ponderação dos órgãos competentes, contribuir civicamente para o aperfeiçoamento do Estado e fazer chegar aos poderes públicos as fragilidades observadas, as lacunas não supridas e as inquietações compreendidas nas entrelinhas de centenas de reclamações apreciadas.

18. O facto de o Provedor de Justiça se encontrar entre os órgãos do Estado, mas exercer a sua missão sobre os municípios, sobre as freguesias, sobre as empresas públicas municipais e serviços municipalizados confere-lhe um posto de observação privilegiado. Com efeito, permite-lhe resguardar a sua objectividade perante os centros autónomos de decisão local e adquirir uma visão de conjunto da Administração Autárquica e, ao mesmo tempo, manter-se em estreita proximidade com o cidadão, na sua qualidade de munícipe que lhe apresenta as suas queixas, directa e informalmente.

19. Esta Área da Assessoria, em domínios da actividade administrativa cada vez mais descentralizados, muito ganha no contacto diário com a generalidade das autarquias continentais, seja para descortinar problemas que se repetem em vários municípios, seja para chamar a atenção para questões de articulação entre o centro e a periferia, seja ainda para sugerir o emprego de soluções encontradas por uma câmara municipal como hipótese viável de resolver problemas de uma outra.

20. Um exemplo bem ilustrativo desta mais-valia institucional pode encontrar-se nas seis recomendações sobre o agravamento de taxas urbanísticas usado indevidamente a título sancionatório, formuladas às câmaras municipais de Alenquer, Cascais, Gondomar, Loures, Silves e Vila Franca de Xira.

21. Sem prejuízo das particularidades de cada um dos regulamentos municipais reclamados e das especificidades da argumentação deduzida em sua defesa por cada um dos municípios, o Provedor de Justiça pôde aqui tirar partido da sua acção, relativamente a todas e a cada uma destas autarquias.

22. Ao concluir-se que uma questão relativa a vários centros municipais pode dispensar uma intervenção legislativa nacional, mediante a recomendação ou a simples chamada de atenção, não será excessivo admitir que o Provedor de Justiça contribui singularmente para a consolidação da autonomia local e da subsidariedade.

23. Foram três as situações que justificaram a organização de processos, por iniciativa do Provedor de Justiça. Em qualquer um, estão em causa problemas identificados na análise de reclamações, mas cujo tratamento se julgou dever extrapolar do caso individual e concreto.

a. a concessão de parecer favorável para uso não agrícola de solos classificados na Reserva Agrícola Nacional, em especial, para conhecer os meios de salvaguarda contra possíveis fraudes e outros pedidos abusivos;

b. a disciplina do estacionamento tarifado à superfície, em particular, a proporcionalidade de algumas restrições à isenção de tarifa por via dos pressupostos da qualificação de residência efectiva;

c. a omissão de medidas legislativas e regulamentares, para desenvolvimento da Lei de Bases da Protecção e Valorização do Património Histórico e Cultural, no que toca à subvenção de despesas com a conservação e beneficiação de imóveis que, embora classificados, permanecem sob propriedade privada.

24. Vejamos seguidamente cada um dos núcleos mais relevantes da actividade desenvolvida.

(B)
Urbanismo

25. As reclamações sobre assuntos urbanísticos recuperaram o primeiro lugar, em 2003, depois de no ano anterior terem sido ultrapassadas pelas questões ambientais.

26. Atingiram este ano valores próximos de 38% do total dos processos organizados para instrução.

i) Urbanização e edificação

27. Por comparação com anos anteriores, observou-se um acréscimo do volume de reclamações apresentadas pelos promotores de operações urbanísticas (+73%): dificuldades no licenciamento ou autorização de obras e de operações de loteamento urbano, questões relativas à liquidação de taxas urbanísticas, intimações municipais para embargo de trabalhos de construção ou para demolição de obras executadas.

28. Seria prematuro, todavia, concluir que as autoridades municipais se encontram a exercer de modo mais incisivo e expedito os seus poderes de polícia urbanística contra a passividade que, em geral, os queixosos lhes apontam. Mas é uma tendência que, sem dúvida, valerá a pena acompanhar em relatórios de anos futuros.

29. De todo o modo, a **oposição a obras particulares de terceiros** continua a justificar 47,4% das 212 reclamações urbanísticas apresentadas no território continental. A sua análise e as averiguações a que dão lugar atingem, por conseguinte, 1/5 da actividade dos assessores desta Área.

30. A oposição a obras de terceiros revela-se procedente, na maior parte dos casos, mas nem sempre diz respeito a questões

relevantes que possam constituir uma importante lesão de interesses públicos ou de direitos e interesses particulares.

31. Por outro lado, em muitos casos, a queixa surge dirigida a licenças municipais que, apesar de ilegais, já se convalidaram pelo decurso do tempo, motivo por que já não podem ser revogadas nem modificadas pelas câmaras municipais.

32. O incumprimento das distâncias entre edificações urbanas, calculadas com base nos artigos 58º e seguintes do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, de 7 de Agosto de 1951, e a aplicação do artigo 73º do mesmo diploma (protecção de janelas contra obstáculos à iluminação natural e à ventilação) ocupam lugar de destaque. A relativa ambiguidade destas prescrições, ou melhor, dos conceitos que contêm (v.g. fachada, vão) e alguma instabilidade da jurisprudência administrativa contribuem decisivamente para esta situação. Não será exagerado afirmar que a aplicação destas normas conhece variações muito significativas de município para município.

33. No mais, a oposição de vizinhança urbanística invoca a ultrapassagem das cérceas máximas admitidas no plano, o erro de implantação das construções no lote ou na parcela de terreno, a inobservância do projecto de arquitectura, a preterição dos índices de utilização ou a desconformidade com certas condições estipuladas no alvará de loteamento.

34. Por sua vez, no domínio da **utilização** das edificações ou de algumas das suas fracções autónomas (6,6% das reclamações deste subsector) continuam a manifestar-se dois tipos de casos, como dominantes.

35. O primeiro, e sem dúvida, o mais frequente, prende-se com a articulação entre o destino previsto no título constitutivo da propriedade horizontal e o uso definido pela câmara municipal como admissível. Pode uma loja destinada a comércio vir a albergar um estabelecimento de restauração e bebidas ? Pode uma arrecadação ser usada como alfaiataria ou uma garagem como lavandaria ?

36. É certo que o licenciamento municipal da utilização não impede os condóminos de reagirem contra o vizinho, argumentando com a falta de autorização para efeitos civis, mas seria avisado que um controlo mínimo da legitimidade efectuado no licenciamento abarcasse as relações de propriedade horizontal. O Provedor de Justiça tem incessantemente chamado a atenção das câmaras municipais para a prevenção que deve ser feita neste campo.

37. Se do lado do direito civil foi encontrada uma resposta, ao cominar com a nulidade as alterações ao título constitutivo que contrariem a licença municipal[6], já pela banda do direito administrativo a solução é menos líquida. Por vezes, o licenciamento municipal ignora simplesmente o interesse colectivo do condomínio, deferindo utilizações que a maioria dos proprietários não consentiu, receando justamente os inconvenientes para a comodidade e salubridade. Os chamados *cibercafés* e os pequenos bares que funcionam como discotecas, em edifícios residenciais, são um exemplo dos recorrentes conflitos desta espécie.

38. O segundo tipo de casos é reflexo da aplicação do Decreto-Lei n.º 281/99, de 26 de Julho. Trata-se de medida legislativa que, em boa hora, veio condicionar a transmissão de imóveis edificados ou suas fracções à exibição da licença municipal de utilização, confirmando a conclusão da obra em observância da licença de construção.

39. Contudo, muitas vezes, o proprietário adquiriu o andar que possui ainda em construção ou em fase de acabamentos, não se apercebendo de que a obra jamais obteve a licença de utilização devida – ou porque sofreu desvios de implantação ou porque, à revelia do projecto inicial, conheceu o acréscimo de um piso a mais.

---

[6] Primeiro com o Assento do Supremo Tribunal de Justiça, de 10 de Maio de 1989, depois com o n.º 3, aditado ao artigo 1418º, do Código Civil, pelo Decreto-Lei n.º 267/94, de 25 de Outubro.

40. Só um dia, mais tarde, quando pretende vender a fracção a terceiro, é confrontado com a recusa do notário em permitir a escritura pública e com a irredutibilidade das autoridades municipais em deferir a licença de utilização.

41. Aqui, a actividade do Provedor de Justiça procura, acima de tudo, criar condições para que a legalização das alterações tenha lugar, quando possível, ou quando assim não aconteça, para que o lesado obtenha judicialmente a reparação dos prejuízos imputados ao construtor/vendedor que culposamente infringiu os deveres de lealdade e de informação a que se encontrava obrigado.

42. As **áreas urbanas de génese ilegal** continuam a representar um traço negro na paisagem municipal. Os processos de reconversão, envolvendo um esforço financeiro considerável, quer dos particulares quer dos poderes públicos, têm contudo um efeito multiplicador de litígios, opondo os proprietários «em avos» às comissões de representantes ou estas às câmaras municipais.

43. São ainda os loteamentos clandestinos de Palmela, do Seixal, de Sesimbra, de Cascais, Loures e Vila Franca de Xira, aqueles de onde surgem pedidos de intervenção ao Provedor de Justiça.

ii) Conservação e reabilitação das edificações urbanas

44. Se neste segmento se assistiu a uma subida de 33% no número de processos iniciados, o certo é que as reclamações que estão na sua base começam a encontrar uma nova caracterização.

45. Porventura como sinal de algum impulso à **reabilitação urbana**, as novas queixas começam a respeitar, cada vez mais aos próprios procedimentos em curso (alojamento temporário dos moradores dos prédios em beneficiação, aplicação de programas de apoio financeiro, execução coerciva de obras) e, cada vez menos, a situações de ruína iminente ou de degradação das condições de salubridade das edificações.

46. Diga-se porém que muitos dos processos reabertos a pedido dos queixosos surgem por motivo de os moradores verem frustradas expectativas de obras de reabilitação com fundamento nas quais também o Provedor de Justiça determinara o arquivamento e o termo da sua intervenção no caso, em concreto.

47. No já referido relatório sobre o anteprojecto legislativo de medidas excepcionais de reabilitação urbana teve a Provedoria de Justiça oportunidade de transmitir ao Governo, na sequência de anteriores intervenções[7], o que considera serem as principais dificuldades legislativas e administrativas à conservação extraordinária das edificações urbanas e, por falta desta, à necessidade de reabilitação.

48. Ali se renova o entendimento de que as consequências do actual estado de degradação das edificações não se compadece com o consenso em torno da depreciação do valor das rendas auferidas pelos senhorios. É a dignidade humana que surge gravemente atingida pelo estado de ruína das habitações e que reclama do Estado um esforço semelhante ao que foi e é despendido para a erradicação das barracas.

(C)
Ambiente

49. O **ruído** imputado a cafés, bares, restaurantes e salas de dança, mas também a espectáculos na via pública, a unidades industriais e a animais de companhia continua a liderar a preocupação dos reclamantes nas queixas ambientais que chegam a esta Área (59,05%), preenchendo perto de 19% de toda a actividade instrutória desenvolvida pelos sete assessores e pelo coordenador.

50. Das várias formas de poluição, o ruído é provavelmente a que de modo mais intenso é sentida pelas pessoas incomodadas,

---

[7] Relatório à Assembleia da República (1997), pp. 326 e segs., Relatório à Assembleia da República (2002), pp. 188 e segs.

até pela proximidade da sua fonte de emissão, pelo modo intermitente com que por vezes se manifesta e pelos efeitos imediatos que produz na qualidade de vida, no repouso e na capacidade de concentração para o trabalho.

51. É sobretudo a convivência entre actividades ruidosas e espaços residenciais, no mesmo edifício ou nas suas imediações, que dá origem à maior parte dos litígios.

52. Se bem que algumas câmaras municipais, como a de Santo Tirso e a de Albufeira, continuem a não dispor de meios técnicos nem de pessoal qualificado para executar medições de ruído – apesar de já terem sido adoptadas as medidas de apoio reclamadas pelos municípios ao Governo (Despacho MCOTA n.º 10.856/2003, de 13 Março) – o certo é que, em geral, verifica-se uma melhoria no exercício da fiscalização. Os ensaios de medição são mais prontamente realizados e, nos casos em que é reconhecida a procedência das queixas, surge mais frequente a adopção de medidas, não apenas sancionatórias, como também de polícia administrativa (restrições de horário, encerramento, estipulação de condições de funcionamento ou laboração).

53. Nem sempre porém a licença de ruído se tem mostrado eficaz para o fim visado, porquanto se encontram casos em que, pura e simplesmente, na licença são omitidas pelas autoridades municipais quaisquer condições.

54. O automatismo no deferimento da licença pode deitar por terra o espírito da norma que a instituiu, qual seja o de confiar à discrionariedade prudente dos órgãos competentes o tratamento individual das situações de ruído, do seu contexto e das contingências do controlo.

55. Este problema é sentido particularmente nas licenças para recintos improvisados ou para espectáculos ao ar livre, inseridos, ou não, em festejos tradicionais (por exemplo, semana académica, queima das fitas, feiras e arraiais populares).

56. O ruído imputado ao tráfego é também motivo de algumas queixas. Teve o Provedor de Justiça oportunidade de chamar a atenção do Instituto das Estradas de Portugal e do

Senhor Presidente da Câmara Municipal do Porto para o problema dos bairros limítrofes à VCI desta cidade e que se arrasta, há largos anos, sem solução à vista.

57. Substancial redução conheceu a frequência das queixas contra a proximidade de campos electromagnéticos (linhas de alta tensão, antenas das operadoras de telemóveis) e o receio dos efeitos das **radiações**. Os resultados das medições solicitadas pela Provedoria de Justiça e que começaram a ser efectuadas, ora pela Autoridade Nacional das Comunicações, ora pela concessionária da distribuição de energia eléctrica (EDP, SA) vêm revelando resultados satisfatórios que, nem de perto, se aproximam dos limiares apontados pela Organização Mundial de Saúde e pela Comunidade Europeia como perigosos para a saúde.

58. Todavia, o menor conhecimento científico dos efeitos específicos em certas populações, como é o caso das crianças, justifica alguns cuidados acrescidos.

59. Continua a insistir-se junto do Ministério da Saúde por que seja publicado o regulamento que dará plena exequibilidade às medidas legislativas tomadas com o Decreto-Lei n.º 151-A/2000, de 20 de Julho, e com o Decreto-Lei n.º 11/2003, de 18 de Janeiro (estações de radiocomunicações).

60. A segurança contra os riscos associados a **estabelecimentos de pirotecnia e a paióis de explosivos** - riscos para os seus trabalhadores e para os vizinhos – é outro ponto que continuou a ser objecto de especial intervenção, uma vez que continua por cumprir a finalidade do Decreto-Lei n.º 139/2002, de 17 de Maio.

61. Pretendia-se, na verdade, ver renovados todos os alvarás de licença de exploração, de modo a que esta actividade, de elevada sinistralidade no nosso País, fosse sujeita aos novos requisitos de localização e funcionamento.

62. No entanto, decorrido pouco mais de um ano, viria a ser publicado o Decreto-Lei n.º 139/2003, de 2 de Julho, que prorrogaria por mais dois anos (retroagindo a 17.05.2003) o prazo

de um ano originariamente previsto como transitório, para a validade dos antigos alvarás.

63. De certo modo nesta linha de notas, também a exploração de inertes, em especial as **pedreiras**, viu prorrogado por duas vezes, em 2003, o prazo para adaptação a novas exigências ambientais, previsto no Decreto-Lei n.º 270/2001, de 6 de Outubro.

64. Importa dar conta de que tem vindo a registar-se uma melhoria nas acções de fiscalização da **qualidade do ar**, assunto que justificara anteriores diligências do Provedor de Justiça junto da Ministra do Ambiente e do Ordenamento do Território do XIII Governo.

65. Já, ao invés, a fiscalização do **domínio hídrico**, em especial, da disciplina das margens de cursos de água mostra-se incipiente, revelando-se notória a escassez dos guarda-rios.

66. Num ano, como o de 2003, particularmente marcado pela vaga de fogos florestais, o volume de reclamações sobre administração e polícia das **florestas** mostrou-se muito reduzido (apenas 2,27% das queixas ambientais).

(D)
Ordenamento territorial

67. Trata-se, sob esta designação, dos processos organizados sobre aspectos da intervenção pública directa na conformação do território, seja ao nível da concepção, por via do planeamento e da protecção qualificada de certos espaços (áreas protegidas, reservas nacionais, agrícola e ecológica), seja ao nível da execução, designadamente, por meio de expropriação por utilidade pública ou pela constituição das mais variadas servidões administrativas.

68. Referem-se ainda, nesta categoria, as múltiplas queixas relativas à gestão dos imóveis do domínio público que, na sua larga maioria, dizem respeito ao uso privativo (esplanadas, quiosques, apoios de praia) de par com a usurpação por

particulares de estradas e caminhos rurais sob domínio municipal ou das freguesias.

i) Planos

69. O planeamento territorial, se bem que tenha suscitado um número de queixas muito inferior ao de anos anteriores, vem revelar, pela primeira vez, os efeitos do regime de **perequação.**

70. A perequação, como sistema que procura promover uma mais justa distribuição de proveitos retirados da aptidão edificatória, cingida aos terrenos não destinados a zonas verdes nem ao uso comum ou colectivo, não deixa de apresentar imperfeições, embora signifique um notável avanço na conciliação do princípio da igualdade com o plano urbanístico.

71. A instituição de mecanismos que pretendem compensar os proprietários não beneficiados é uma novidade para a maior parte dos municípios, à medida em que os planos directores da primeira geração vão dando lugar a novos instrumentos.

72. Neste campo, aproxima-se das suas conclusões um estudo iniciado em anos anteriores relativo à privação, no todo ou em parte, de usos edificatórios do solo por força das mais variadas restrições de interesse público.

ii) Obras públicas

73. Já no capítulo das obras públicas, as queixas atinentes à sua localização ou a outros aspectos de concepção e execução com expressão territorial, respeitaram, na maior parte, a estradas e auto-estradas.

74. No mais, salientam-se as redes de metropolitano de superfície, no Porto (METRO DO PORTO) e em Almada (METRO SUL DO TEJO) e o transporte colectivo por monocarril em Oeiras (SATU).

75. Embora o Provedor de Justiça seja chamado a pronunciar-se acerca da conveniência e oportunidade das escolhas

de traçado, entendidas pelos cidadãos como questões de justiça, o certo é que a sua intervenção não pode extravasar do controlo externo.

76. Ainda que venha sindicando alguns aspectos do mérito dos projectos, tal operação não pode deixar de radicar na aplicação de princípios gerais de direito, o que, de algum modo, suscita objecções dos reclamantes que pretendiam obter um juízo técnico, económico ou mesmo político, acerca da ponderação entre vantagens e inconvenientes.

77. O novo largo de portagem da A-1, em Grijó, Vila Nova de Gaia, justificou uma acção particularmente intensa de mediação e de concertação entre proprietários vizinhos, a BRISA, O IEP, o Instituto do Ambiente, o Instituto da Água e a Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional do Norte. O elevado número e heterogeneidade dos impactes associados a esta obra, em particular, as complexas questões levantadas no domínio hídrico, têm vindo a dar lugar a frequentes reuniões.

78. O ponto de partida desta intervenção, cujo resultado final se espera poder desenvolver em 2004, foi a estipulação de uma agenda, visando definir prioridades e as tarefas de cada um dos diferentes intervenientes, bem como os objectivos a alcançar.

iii) Regimes territoriais especiais

79. Neste sector, começou, em 2003, a ser preparada a inspecção que virá a ter lugar, em 2004, aos órgãos da Reserva Agrícola Nacional (Conselho Nacional e comissões regionais de Entre-Douro e Minho, de Trás-os-Montes, da Beira Litoral, da Beira Interior, do Ribatejo e Oeste, do Alentejo e do Algarve).

80. Pretende-se avaliar, a título principal, o modo como os solos classificados estão a ser preservados da utilização não agrícola, ao abrigo de algumas das excepções previstas no art. 9º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 196/89, de 14 de Junho.

81. As queixas referentes a áreas protegidas (sob administração do Instituto da Conservação da Natureza) foram

em menor número, assim como as reclamações concernentes a espaços da Reserva Ecológica Nacional.

iv) Expropriações por utilidade pública e servidões administrativas

82. As expropriações por utilidade pública e as servidões administrativas motivaram 7,51% das reclamações chegadas a esta Área, com largo domínio das primeiras (6,21%).

83. Apesar das garantias de defesa dos proprietários se encontrarem largamente jurisdicionalizadas, nomeadamente, na fase de arbitragem para cálculo da indemnização, o certo é que o Provedor de Justiça continua a encontrar neste campo larga margem para a sua missão.

84. Refiram-se os direitos dos administrados antes da posse administrativa e, bem assim, as questões emergentes do cumprimento de acordos de aquisição por meios de direito privado.

85. Ainda que breves, algumas palavras devem ser dedicadas a duas questões que, no próximo ano, se espera venham a obter tratamento mais desenvolvido.

86. A primeira reporta-se ao **direito à expropriação**. Embora a expropriação por utilidade pública constitua um acto ablativo do direito de propriedade privada, esta figura pode porém ser vista como objecto de um direito de alguns proprietários.

87. Se a lei já admite o direito à expropriação com base em pressupostos de natureza económica, por exemplo, para parcelas sobrantes privadas de utilidade[8], começam a surgir casos onde imperativos de justiça reclamam a expropriação total por motivos de ordem ambiental.

88. A elevada proximidade a que pode sujeitar-se uma casa de habitação, depois de o seu pequeno logradouro ter ficado afecto

[8] V. art. 3º, n.º 2, do Código das Expropriações, aprovado pela Lei n.º 168/99, de 18 de Setembro.

à construção de uma estrada, mal se compadece com as emissões de ruído, trepidações e gases poluentes a que os moradores se verão submetidos, por mais medidas mitigadoras que se executem. Está em causa o sacrifício de direitos de personalidade, como tal irrenunciáveis, e que a indemnização expropriatória não pode reparar *ad futurum*.

89. No mais, suscita-se o que poderíamos designar como **servidões às avessas**. Trata-se de interpelar os poderes públicos quanto à bilateralidade das servidões administrativas a que obrigam os proprietários confinantes de certos equipamentos.

90. O mesmo sentido ético suscitado pelo fenómeno anteriormente descrito leva a perguntar pela razoabilidade em impedir qualquer aproveitamento urbanístico de um terreno em zona de protecção a uma estrada, fora dos aglomerados, quando se permite que a estrada não guarde as mesmas distâncias de protecção às edificações.

v) Domínio público

91. No tocante à administração dos bens imóveis do domínio público, ocorre um número muito expressivo de queixas concernentes à isenção da tarifa de **estacionamento à superfície**, dentro das áreas delimitadas pelas autoridades municipais. Os requisitos para ser concedido o título ou dístico do automóvel e outras restrições à circulação continuam a motivar queixas que se estendem de Lisboa a Évora, Amadora, Olhão, Oeiras, Guimarães e Santarém, entre muitas outras localidades.

92. Também a execução dos planos de ordenamento da orla costeira tem suscitado alguns problemas relativos ao uso privativo para **equipamentos de praia** e outras instalações para recreio de banhistas, em especial, pela convicção generalizada, mas errónea, de constituírem direitos adquiridos e, por isso, intangíveis.

(E)
Património arquitectónico e arqueológico

93. É muito diminuto o número de queixas apresentadas onde, a título principal, a defesa do património arquitectónico ou arqueológico seja invocada ou a aplicação de leis e regulamentos próprios deste sector da actividade administrativa.

94. Diga-se porém que em várias reclamações motivadas por oposição a obras públicas (ordenamento do território) e até em algumas de natureza estritamente urbanística são suscitadas questões deste domínio.

95. Ao longo do ano, a Provedoria de Justiça veio a concluir com sucesso a intervenção suscitada pelo promotor de uma obra particular, em cujo terreno tinham ocorrido achados arqueológicos. Se a um primeiro tempo lhe fora imposto que custeasse, na totalidade, as operações de escavação e protecção, viria ulteriormente a ser reconhecido o excessivo encargo que tal representava, tratando-se, para mais, de prosseguir um interesse público.

96. Oficiosamente, veio a ser organizado processo com vista a saber, junto do Ministério da Cultura, das razões que possam vir retardando o desenvolvimento da Lei de Bases da Protecção e Valorização do Património Histórico e Cultural (Lei n.º 107/2001, de 8 de Setembro), no tocante ao apoio de particulares que tenham visto os seus imóveis classificados.

97. Apesar do interesse histórico e artístico reconhecido a tais bens e apesar das restrições impostas ao proprietário no tocante ao seu aproveitamento e transmissão, é este quem se vê na contingência de custear a conservação e beneficiação sem o apoio financeiro do Estado.

(F)
Órgãos e serviços reclamados

98. A identificação das queixas pelo quadro orgânico da Administração Pública não revela surpresas. O elevado peso da descentralização e da desconcentração administrativas explicam a parcela das reclamações contra órgãos municipais (80,8%) e contra serviços periféricos da Administração Central.

99. Estes, embora a título principal, sejam pouco reclamados, surgem como segundos ou terceiros visados em muitas das queixas, como acontece, por exemplo, com as comissões de coordenação e desenvolvimento regional (6,5%), com as direcções regionais do Ministério da Economia (3,6%) ou com os governos civis (2,2%).

100.Também as juntas de freguesia que a título principal apenas são reclamadas em 1,79% dos casos, surgem como visadas a título secundário em mais 3,2%.

101.Como órgão visado, a título principal, em maior número de queixas surge, uma vez mais, a Câmara Municipal de Lisboa (8,23%), o que ainda assim, e à imagem dos anos de 2001 e 2002, revela alguma quebra (9,5% e 8,4%, respectivamente).

102.O segundo lugar pertence ao Instituto das Estradas de Portugal que recolhe 6,8%, a que se seguem as câmaras municipais de Cascais (3,76%, contra 3,4% em 2002), de Almada (3,04%, contra 2,3% 2002), de Oeiras (2,5%, mantendo a *ratio* do ano anterior) e Sintra (com 2,5%, descendo de 3,4% em 2002).

103.A Câmara Municipal do Porto surge em sétimo lugar, *ex aequo* com a de Gondomar, apresentando 2,33% do total das queixas de 2003 entradas nesta Área.

104.Seguem-se a EDP, Electricidade de Portugal, SA, e a Câmara Municipal de Coimbra com 2,15%.

105.Ainda acima da fasquia de 1% encontram-se as câmaras municipais de Vila Nova de Gaia (1,97%), de Santa Maria da Feira (1,79%), de Viana do Castelo (1,43%), da Amadora e de Loures (1,25%), de Valongo e de Lagos (1,07%).

106.No mais, o quadro de repartição geográfica é muito pulverizado entre câmaras municipais com cinco ou menos reclamações, o mesmo sucedendo ao nível da Administração Central, embora com algum particular relevo para as direcções regionais da Agricultura e para a Direcção-Geral das Florestas.

107.Uma nota merecem ainda, com cerca de 1%, as concessionárias de construção e exploração de auto-estradas (BRISA, AENOR E AUTO-ESTRADAS DO ATLÂNTICO).

108.Se podem verificar-se padrões de muito boa colaboração da parte das câmaras municipais de Matosinhos e de Vila Franca de Xira, da Direcção Regional de Economia do Norte e ainda da BRISA e da EDP e se é possível registar uma evolução positiva das câmaras municipais de Sintra e de Almada, já não pode o mesmo reconhecer-se, pela demora assinalável nas respostas - às câmaras municipais do Porto, de Oeiras, Alcobaça, Coimbra, Vila do Conde, Silves e do Entroncamento. Poderiam juntar-se ainda alguns pelouros e direcções municipais da Câmara Municipal de Lisboa, acrescendo à continuada rotação das competências entre diferentes departamentos, assim como a Direcção Regional de Economia de Lisboa e Vale do Tejo.

109.A Câmara Municipal do Seixal, apesar da reunião que teve lugar em Julho para desbloquear um conjunto significativo de processos, regista níveis preocupantes na capacidade de resposta ao Provedor de Justiça.

110.Também o Instituto das Estradas de Portugal apresenta alguns pontos negativos, sobretudo quando se trata de articular informação entre os serviços centrais e as direcções de estradas, ao nível distrital.

111.Nota positiva obtêm as entidades particulares nos raros casos em que se justificou a sua audição (OPTIMUS, TV CABO, e BP Portuguesa).

Urbanismo e Habitação		**37,92%**
	obras próprias	24,53%
	obras de terceiros (oposição)	47,64%
	conservação e reabilitação de edifícios	12,74%
	utilização das edificações	6,60%
	gestão do património habitacional público	6,13%
	reconversão de áreas urbanas de génese ilegal	2,36%
Ambiente e Recursos Naturais		**31,48%**
	protecção da água	7,95%
	protecção do subsolo	2,84%
	protecção contra o ruído	59,05%
	protecção da floresta	2,27%
	protecção da qualidade do ar	7,95%
	protecção contra radiações	1,70%
	protecção da higiene pública	10,23%
	outros	8,01%
Ordenamento do Território		**26,65%**
	Geral	**22,82%**
	planos urbanísticos	2,68%

	regimes territoriais específicos	8,05%
	obras públicas (localização/concepção)	9,40%
	Domínio público	**44,97%**
	uso da via pública	32,21%
	uso de estradas e caminhos públicos	5,37%
	Expropriação por utilidade pública	**23,49%**
	procedimento	17,45%
	falta de procedimento	6,04%
	Servidões administrativas	**4,70%**
	Outros	**4,02%**
Património arquitectónico e arqueológico		**0,36%**
Lazeres		**2,33%**
	CAÇA E PESCA DESPORTIVA	46,15%
	TURISMO	53,85%
	Jogos de fortuna ou azar	0
Total		**100%**

2.1.2. Recomendações

Exmº Senhor
Presidente da Câmara Municipal de
Loures

R-1682/99
R-2297/99
12/A/2003[9]
29.09.2003

1º
Exposição de motivos

1. Verificou-se, no decurso da instrução dos Processos R-1682/99 e R-2297/99, que o município de Loures procede ao agravamento dos montantes das taxas a cobrar por motivo da emissão de alvarás de licença de construção e de licença de utilização, em sede de procedimentos de legalização de obras particulares (art. 106º, n.º 2, do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação – RJUE[10], e art. 167º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas-RGEU[11]).

2. Esta prática tem como suporte o Regulamento de Taxas e Licenças do Município de Loures, onde se prevê, expressamente, o agravamento dos montantes exigíveis aos particulares no âmbito da legalização de construções ou de utilizações não consentidas pelo uso previsto na licença de utilização, relativamente às

[9] Ver nota no final da presente Recomendação.
[10] Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, com a redacção conferida pelo Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4 de Junho.
[11] Decreto-Lei n.º 38 382, de 7 de Agosto de 1951. Este preceito encontra-se revogado pelo art. 129º, alínea e), do RJUE.

quantias que são cobradas nos procedimentos prévios de licenciamento ou de autorização[12].

3. A legalidade deste tipo de disposições regulamentares é questionável, dado que não se vislumbra qual o benefício concreto e individualizado que é atribuído pelo município como contrapartida do agravamento exigido.

4. Estaremos, porventura, perante uma receita municipal com finalidades não estritamente financeiras, porque eminentemente sancionatórias, o que não parece admissível em face do regime legal em matéria de taxas.

5. Esta prática apresenta-se reprovável ainda por poder sedimentar uma excessiva tolerância por parte das câmaras municipais relativamente às obras ilegais, ao anteverem na sua posterior legalização uma fonte de receitas considerável.

6. Na análise subsequente começar-se-á por identificar os dispositivos legais atinentes à competência dos órgãos do município para a fixação de taxas em matéria urbanística (§2º), ao que se seguirá uma breve referência ao conceito de taxa (§3º), após o que, se caracterizarão, por referência àquele conceito, as taxas devidas pela emissão de licença ou autorização de construção, de licença ou autorização de utilização (§4º).

7. Proceder-se-á, em seguida, à análise do regime legal em matéria de fixação do quantitativo das taxas (§5º), tendo por objectivo saber se o mesmo consente taxas específicas pela actividade de legalização de obras (§6º).

---

[12] As situações expostas ao Provedor de Justiça no âmbito dos mencionados processos, têm como referência o precedente regime de licenciamento de obras particulares (Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, com a redacção conferida pelo Decreto-Lei n.º 250/94, de 15 de Outubro), o qual sujeitava os pedidos de licenciamento de obras particulares a uma única forma de controlo prévio, a exercer por meio de um procedimento de licenciamento. Não sendo essa a situação actual, uma vez que o RJUE, actualmente em vigor, prevê dois regimes procedimentais, um de licenciamento e outro de autorização administrativa, por isso a sujeição da actividade edificatória dos particulares a dois sistemas de controlo prévio, julga-se preferível adoptar na análise subsequente a formulação entretanto acolhida pelo legislador.

8. Por último, concluir-se-á quanto à validade dos preceitos regulamentares que prevêem o agravamento das taxas e dos actos administrativos que procedem à sua liquidação e cobrança (§7º).

2º
Da competência dos órgãos municipais em matéria de fixação de taxas

9. Compete à assembleia municipal, sob proposta da câmara, estabelecer nos termos da lei, taxas municipais e fixar os seus quantitativos [art. 53º, n.º 2, alínea e), da Lei das Autarquias Locais[13]]. Para além deste dispositivo legal, encontra-se regulamentação atinente à matéria na Lei das Finanças Locais[14], que fixa os domínios em que as taxas podem ser criadas e estabelece limites a essa criação e à fixação dos respectivos montantes.

10. 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).

11. 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 estipulados pela câmara municipal como contrapartida das actividades municipais de abastecimento de água e drenagem de águas residuais, recolha de lixo e tratamento de esgotos, transportes urbanos colectivos e fornecimento de energia eléctrica (art. 20º, da Lei n.º 42/98).

---

[13] Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro, com a redacção conferida pela Lei n.º 5-A/2002, de 11 de Janeiro.

[14] Lei n.º 42/98, de 6 de Agosto, alterada pela Lei n.º 87-B/98, de 31 de Dezembro, pela Lei n.º 3-B/2000, de 4 de Abril, e pela Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho, e pela Lei n.º 94/2001, de 20 de Agosto.

12. No domínio genérico dos serviços municipais que podem fundar 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.

13. Entre aquelas actividades conta-se "*a concessão de licenças de loteamento, de licenças de obras de urbanização, de execução de obras particulares, de ocupação da via pública por motivo de obras e de utilização de edifícios, bem como de obras para ocupação ou utilização do solo, subsolo e espaço aéreo do domínio público municipal*" (art. 19º, alínea b), do mencionado diploma).

14. À semelhança do actual regime das finanças locais, já a Lei n. º 1/87, de 6 de Janeiro[15], dispunha que os municípios podiam cobrar taxas pela concessão de licenças de loteamento, de execução de obras particulares, de ocupação da via pública por motivo de obras e de utilização de edifícios [art. 11º, alínea d)].

15. Em matéria urbanística, estabelece-se no novo regime jurídico da urbanização e da edificação (RJUE) que a emissão dos alvarás de licença ou de autorização previstos naquele diploma[16]

---

[15] Alterada pelo Decreto-Lei n.º 470-B/88, de 19 de Dezembro, pela Lei n.º 101/89, de 29 de Dezembro, pela Lei n.º 65/90, de 28 de Dezembro, pela Lei n.º 2/92, de 9 de Março, e pelo Decreto-Lei n.º 37/93, de 13 de Fevereiro.

[16] Trata-se dos alvarás de licença ou autorização de obras de construção, ampliação, alteração, reconstrução ou demolição de edifícios (arts. 4º, n.º 2, alíneas c) e d), n.º 3, alíneas c), d), e e), 26º, e 32º, do RJUE), dos alvarás de licença ou autorização para a realização de operações de loteamento, obras de urbanização e trabalhos de remodelação de terrenos (arts. 4º, n.º 2, alíneas a), e b), e n.º 3, alíneas a) e b), 26º, e 32º, do RJUE), dos alvarás de licença ou autorização de utilização ou de alteração à utilização (arts. 4º, n.º 2, alínea e), e n.º 3, alínea f), e 62º, do RJUE), e dos alvarás de autorização para a realização das demais operações urbanísticas que não se encontrem isentas ou dispensadas de licença ou de autorização (art. 4º, n.º 3, alínea g), do RJUE).

se encontra sujeita ao pagamento das taxas a que se refere o art. 19º, alínea b), da Lei das Finanças Locais[17].

16. Com efeito, o licenciamento ou a autorização para a realização de operações urbanísticas é titulado por alvará, constituindo este condição de eficácia daqueles actos e dependendo a sua emissão do pagamento das taxas devidas pelo requerente (art. 94º, da Lei n.º 169/99, e art. 74º, n.ºs 1 e 2, do RJUE).

17. Mesmo nos casos de deferimento tácito dos pedidos de licenciamento ou de autorização de realização de operações urbanísticas, o início dos trabalhos ou da utilização dos edifícios depende do prévio pagamento das taxas que se mostrem devidas (art. 113º, n.º 2, do RJUE).

18. O presidente da câmara municipal, órgão do município com competência para emitir os alvarás (art. 75º do RJUE), procede à liquidação das taxas no momento do deferimento do pedido de licenciamento ou de autorização, em conformidade com o regulamento aprovado pela assembleia municipal (art. 117º, n.º 1, do mesmo diploma).

19. Em matéria de regulamentação do regime das taxas por parte dos órgãos municipais, apenas se prevê no RJUE que, no exercício do poder regulamentar próprio, os municípios aprovem regulamentos relativos ao lançamento e liquidação das taxas que, nos termos legais, sejam devidas pela realização de operações urbanísticas (art. 3º, n.º 1).

20. A única restrição expressa quanto ao conteúdo de tais normas regulamentares consiste na necessidade de especificação dos montantes das taxas a cobrar no caso de deferimento tácito,

---

[17] A emissão dos alvarás de licença ou autorização para a realização de operações de loteamento e de obras de urbanização, e dos alvarás de licença ou autorização de obras de construção ou de ampliação em área não abrangida por operação de loteamento ou alvará de obras de urbanização, encontra-se, ainda, sujeita ao pagamento da taxa devida pela realização, manutenção e reforço de infra-estruturas urbanísticas (art. 19º, alínea a), da Lei n.º 42/98, e art. 116º, n.ºs 2 e 3, do RJUE).

não podendo estes valores exceder os previstos para o acto expresso (art. 3º, n.º 2, do RJUE).

21. Nada se dispõe quanto aos montantes das taxas a cobrar no âmbito dos procedimentos de legalização, seja em caso de licenciamento, seja em caso de autorização para a realização de operações urbanísticas.

22. Por seu turno, dispunha-se no precedente regime de licenciamento municipal de obras particulares[18] que a emissão dos alvarás de licença de construção e de utilização se encontrava sujeita ao pagamento das taxas previstas na Lei das Finanças Locais, não havendo lugar ao pagamento de quaisquer mais-valias ou compensações (art. 68º, n.º 1), e devendo a câmara municipal, com o deferimento do pedido de licenciamento proceder à liquidação das taxas em conformidade com regulamento aprovado pela assembleia municipal (n.º 2 da disposição mencionada).

23. Caso fossem exigidas mais-valias não previstas na lei ou quaisquer outras contrapartidas, compensações ou donativos e tais exigências sejam cumpridas pelo particular, este dispunha do direito a reaver as quantias indevidamente pagas ou, nos casos, em que as compensações fossem realizadas em espécie, o direito à respectiva devolução e à indemnização a que houver lugar (art. 68º, n.º 4, do RJLMOP). Norma de idêntico teor contém-se actualmente no art. 117º, n.º 4, do RJUE.

3º
Do conceito de taxa

24. Fixadas as disposições legais que permitem a cobrança de taxas pela emissão de alvarás de licença ou autorização de construção e de licença ou autorização de utilização, importa reconduzir tais receitas ao conceito jurídico de taxa e enquadrá-las nas situações, que na teoria jurídica das taxas se distinguem como

[18] Regime Jurídico do Licenciamento Municipal de Obras Particulares (RJLMOP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, com a redacção conferida pelo Decreto-Lei n.º 250/94, de 15 de Outubro.

fundamento do lançamento e cobrança de taxas, de acordo com a diferente natureza da contrapartida oferecida pelos entes públicos[19].

25. A taxa pretende, pela sua incidência, constituir contrapartida pecuniária de uma utilidade concreta extraída pelo sujeito passivo de uma actividade levada a cabo pelo sujeito activo.

26. É, por isso, uma prestação que pressupõe uma contraprestação pública específica, resultante de uma relação administrativa concreta, que pode ou não resultar em benefício para o particular, entre este e um serviço público[20]. A taxa define-se, assim, pelo vínculo bilateral - à exigência pecuniária corresponde uma contraprestação específica por parte do Estado ou de outra pessoa colectiva pública.

27. Tendo em conta a natureza da contraprestação pública, distinguem-se no âmbito das taxas, as devidas pela utilização de serviços públicos individualizados, por um lado, as taxas devidas pela utilização de bens do domínio público, por outro lado, e por fim, as taxas devidas pela remoção de obstáculos jurídicos ao exercício de certas actividades pelos particulares[21].

28. Apenas se cuidará, na presente análise, das taxas cuja contrapartida seja a actividade administrativa desenvolvida com vista à remoção de limites jurídicos à actividade dos particulares,

---

[19] Cfr., por todos, J.J. TEIXEIRA RIBEIRO, "Noção jurídica de Taxa", *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 117º, n.º 3727, pp. 291 e ss., PAULO DE PITTA E CUNHA, JOSÉ XAVIER DE BASTO E ANTÓNIO LOBO XAVIER, "Os conceitos de taxa e imposto a propósito das licenças municipais", *Fisco*, n.º 51/52, pp. 3 e ss., EDUARDO PAZ FERREIRA, "Ainda a propósito da distinção entre impostos e taxas: o caso da taxa municipal devida pela realização de infra-estruturas urbanísticas", *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 380, pp. 60 e ss.

[20] V., por todos, quanto ao conceito de taxa, J.J. TEIXEIRA RIBEIRO, art. cit., e o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 10/2/1983, Acórdãos Doutrinais, n.º 257.

[21] Cfr. Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 1140/96, 379/94, e 382/94, o primeiro publicado no Diário da República, 2ª série, de 10.02.1997, e os dois últimos nos Acórdãos do Tribunal Constitucional, 28º vol., p. 233, e p. 241, respectivamente.

titulada, regra geral, por uma licença ou por uma autorização administrativa.

4º
Das taxas devidas pela emissão de alvará de licença ou autorização de construção e de licença ou autorização de utilização

29. Nestes casos, considera a doutrina que apenas estaremos perante taxas, quando a licença permite a remoção de um limite jurídico à utilização de um bem semipúblico ou implique a prestação e utilização de um serviço público; quando, ao invés, apesar de condicionar o levantamento do limite jurídico não proporciona a utilização de um bem semipúblico já estaremos perante um imposto[22].

30. Por outras palavras, a sinalagmaticidade que subjaz à natureza das taxas não se alcança com qualquer contraprestação por parte dos entes públicos. Tal contraprestação terá, pelo menos, que apresentar uma natureza material, devendo ser possível identificar na esfera do particular a possibilidade ou a efectiva utilização de um bem semipúblico[23], de um serviço ou actividade pública.

31. Bem se compreende, no caso das licenças e autorizações de construção e das licenças e autorizações de utilização, que a Administração Pública desenvolve uma actividade específica em favor do particular, mas de relevante interesse público, ao apreciar as pretensões de aproveitamento urbanístico do solos e de utilização dos edifícios para determinados fins.

32. As câmaras municipais procedem à análise e controlo dos projectos submetidos a deliberação camarária com vista a aferir da conformidade com as normas de planeamento e com as

---

[22] J.J. Teixeira Ribeiro, art. cit., p. 292.

[23] Paulo de Pitta e Cunha, José Xavier de Basto e António Lobo Xavier, art. cit., p. 6, e Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 313/92, de 6/10/1992, P.435/92, BMJ, 420, p.66.

normas técnicas em matéria de construção que lhe são aplicáveis, usufruindo o particular de um bem semipúblico, "*em sentido amplo, que consiste na prestação de um serviço público de licenciamento de obras, destinado à fiscalização, com intuito de preservação urbanística, de todas as obras*"[24].

33. As licenças e as autorizações consubstanciam actos permissivos, de controlo do exercício de um direito predeterminado quanto ao seu conteúdo nos instrumentos de planeamento territorial e nas normas legais e regulamentares atinentes aos aspectos técnicos das construções, e destinadas a assegurar interesses públicos em matéria de ordenamento do território e de condições de segurança, estética e salubridade das edificações.

34. Assume-se este controlo como verdadeira tarefa pública, de adequação da actividade edificatória e da transformação das condições naturais dos solos ao modelo de ocupação, uso e transformação contido nos instrumentos de planeamento territorial e da garantia dos aspectos técnicos e construtivos, susceptíveis de obstar à produção de danos sociais em razão dos aspectos de segurança pública que terão de ser assegurados na actividade construtiva.

35. Mesmo a emissão de licença ou autorização para alteração de utilização que não seja precedida da realização de obras pressupõe a prestação de um serviço público de controlo e fiscalização.

36. A emissão da licença ou da autorização de utilização certifica, neste último caso, que o uso pretendido para o local observa as normas legais e regulamentares aplicáveis e o edifício ou sua fracção autónoma se mostram idóneos para aquela utilização (art. 62º, n.ºs 1 e 3, do RJUE).

37. O que está em causa, neste caso, é assegurar que o edifício ou a fracção consentem, em razão das suas características

[24] Paulo de Pitta e Cunha, José Xavier de Basto e António Lobo Xavier, art. cit., p. 7.

construtivas, a utilização pretendida, e que a mesma se mostra compatível com o uso dominante, definido pelos instrumentos de planeamento territorial para aquela zona.

38. Divisando-se uma actividade pública específica que fundamenta a liquidação de taxas no domínio dos procedimentos de licenciamento e autorização municipal de obras particulares ou de utilização dos edifícios e suas fracções, cumprirá aludir à questão da necessidade de uma adequada proporção entre o custo e o benefício, por outras palavras, à questão da relação entre o montante da taxa e a contraprestação pública.

5º
Das regras de fixação do quantitativo das taxas

39. Se as taxas têm como pressuposto necessário a existência de uma utilidade concreta proporcionada ao particular por um ente público ou extraído pelo administrado da utilização de um bem público, também as regras de fixação do quantitativo da taxa devem respeitar esse princípio[25].

40. O princípio do benefício ou da equivalência económica é o princípio nuclear no que concerne à fixação do montante das taxas, porque, justamente, estas são pagas em face de uma contrapartida prestada pela Administração Pública.

41. A taxa refere-se, pois, necessariamente, à actividade ou ao bem público que o particular recebe ou utiliza, no seu interesse ou por sua causa.

42. Esta ideia de compensação é, aliás, mais facilmente compreensível no caso em que a Administração presta um serviço, mas não deixa de se impor nos casos em que ocorre a utilização de um bem do domínio público: "*aqui encontra-se em causa o custo*

[25] Cfr., por todos, José Robin de Andrade, "Taxas municipais – Limites à sua fixação", *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n.º 8, 1997, pp. 59 e ss.

da protecção, da vigilância ou da exclusão de outros beneficiários"[26].

43. Como reconhece a doutrina, pode mesmo explicar-se a não inclusão das taxas na reserva parlamentar obrigatória com fundamento no princípio do benefício[27], apesar das contingências que podem representar para os administrados, à semelhança dos demais casos de reserva parlamentar da competência legislativa.

44. Apresentando-se como base geral da tributação o princípio da capacidade contributiva, o qual torna a determinação do montante do imposto independente de qualquer avaliação das vantagens auferidas com a actividade do Estado, compreende-se que se seja mais exigente com o modo da sua criação.

45. Por isso, o princípio da legalidade tributária é compensado com a exigência de ordem material que vale para as taxas, o da proibição do excesso ou da proporcionalidade em sentido estrito (art. 266º da Constituição).

46. É certo que a proporção não significa equivalência económica precisa[28], mas apenas um mínimo de ligação aos custos da actividade administrativa desenvolvida em benefício ou por causa do particular.

47. Daí que o montante da taxa deva referenciar-se por força do princípio da proporcionalidade aos custos globais da prestação pública, ainda que, repita-se, não se exija uma equivalência económica precisa. O princípio da cobertura dos

---

[26] J.G. XAVIER DE BASTO E ANTÓNIO DA GAMA LOBO XAVIER, "Ainda a distinção entre taxa e imposto: a inconstitucionalidade dos emolumentos notariais e registrais devidos pela constituição de sociedades e pelas modificações dos respectivos contratos", *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Ano XXXVI, 1994, p. 14.

[27] Neste sentido se pronuncia, entre outros, o Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República n.º 71/1994, e JOSÉ CASALTA NABAIS, Contratos Fiscais (Reflexões acerca da sua admissibilidade), in *STUDIA JURIDICA*, 5, Coimbra, 1994, p. 238.

[28] No sentido de que a taxa não tem de ser necessariamente justificada pelo exacto custo da prestação ou do benefício, cfr. o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 1108/96, de 30 de Outubro, in BMJ, 460 (1996), pp. 301 e ss.

custos funciona, assim, como critério prático para determinar se certa prestação é de facto uma taxa ou um imposto[29].

48. Sendo difícil estabelecer a medida da equivalência económica que deve observar cada taxa, sublinhe-se, porém, que a receita deve ser cobrada por um montante calculado por referência a factos ou a valores que apresentem uma relação objectiva com o uso dos serviços[30].

49. Sempre que tais montantes se prenderem com finalidades de natureza contributiva, como sejam objectivos de financiamento e fins de política geral do ente público, tais receitas devem ser consideradas impostos e abrangidas pelo princípio da legalidade tributária[31].

50. Só o sistema fiscal pode ter por objectivos, para além da satisfação das necessidades financeiras dos entes públicos, finalidades de ordem política adstritas a fins gerais do Estado (v.g. desenvolvimento económico, justa repartição dos rendimentos e da riqueza), encontrando-se, por isso, sujeito à autorização parlamentar.

51. Em matéria de taxas vigora o princípio da proibição do excesso, o qual impõe uma relação proporcionada entre o montante da taxa, a utilidade retirada pelo particular da contraprestação pública e os meios utilizados na realização dessa contraprestação[32].

---

[29] J.G. XAVIER DE BASTO E ANTÓNIO DA GAMA LOBO XAVIER, art. cit., p. 13, e Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo , de 17. 01. 1958, in Revista de Legislação e Jurisprudência, n.º 3211, 94, p. 342.

[30] MARCELLO CAETANO, ob. cit., pp. 1083 e 1084.

[31] O que não significa negar-se que às taxas possa ser atribuída uma finalidade orientadora, ainda em observância do princípio da proporcionalidade, por forma a justificar que os respectivos valores se situem acima dos custos envolvidos com o serviço público prestado ou com o bem público utilizado. Neste sentido, cfr. J.J. TEIXEIRA RIBEIRO, art. cit., pp. 345 e ss.

[32] Em Acórdãos de 15.01.1997 e 02.07.1997, este último publicado nos Acórdãos Doutrinais do STA, 437, pp. 621 e ss., o Supremo Tribunal Administrativo considerou que os critérios objectivos de fixação do valor da taxa devem apontar para uma desproporção intolerável, excessiva, gritante, sem o que não se poderá falar de violação dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da

52. Os montantes das taxas devem ser aferidos por referência a factos ou valores que tenham relação com a natureza do serviço ou, no caso da utilização de um bem público, com as condições e amplitude da utilização permitida.

53. Ora, por força deste princípio, poder-se-á concluir que prestações públicas da mesma natureza ou utilizações similares de bens dominais não consentirão taxas muito diversas.

6º
Das taxas devidas pela legalização de obras de construção

54. Não passará a presente análise pela determinação em concreto do valor a exigir por motivo da emissão de alvarás de licença ou autorização de construção e de utilização, justificado pelo princípio da proporcionalidade.

55. Importará, antes, caracterizar materialmente a actividade desenvolvida pelas câmaras municipais sempre que legalizam obras particulares ou a utilização dos edifícios e das suas fracções, e compará-la com a actividade que desempenham quando procedem ao licenciamento prévio das construções e da sua utilização.

---

proibição do excesso. Noutra formulação, o Tribunal Constitucional tem entendido que não se integra no conceito de taxa a exacta correspondência entre o montante da prestação imposta e o custo do bem ou serviço que constitui a contraprestação do ente público, salvo nos casos em que se possa falar de uma desproporção intolerável (Acórdão n.º 1140/96, e Acórdão n.º 357/99) ou se a taxa for de montante manifestamente excessivo (Acórdão n.º 22/00). Não se vê razão para não admitir que um desvio à exigência de proporcionalidade que já não apresente relação objectiva entre o serviço público prestado ou o bem público cuja utilização é facultada, não deva considerar--se violador do princípio da proporcionalidade, atendendo a que prescindem os mencionados qualificativos de qualquer critério interpretativo de carácter objectivo relacionado com o valor ou utilidade da prestação pública, e sem que se faça depender tal relação de uma exacta equivalência económica. Com este alcance, admite, porém, o Tribunal Constitucional a utilização de presunções baseadas em índices objectivos que sirvam de base à determinação do montante da taxa (Acórdão n.º 224/00).

56. A ordem jurídica admite a subsistência de construções ilegais em duas situações.

57. Quando, embora desprovidas de licenciamento, autorização prévia ou executadas em desconformidade com tais actos, as edificações se mostrem conformes com os requisitos urbanísticos aplicáveis (ilegalidade formal).

58. Ou, caso as obras de construção, embora licenciadas, não observem as normas dos instrumentos de planeamento territorial e as demais normas legais e regulamentares aplicáveis à construção – ilegalidade material, mas que sejam susceptíveis de o vir a fazer por meio da realização de trabalhos de correcção ou alteração[33].

59. Em ambos os casos falta o interesse público na demolição das edificações que, embora ilegais, são susceptíveis de vir a satisfazer aos requisitos urbanísticos de carácter material aplicáveis.

60. A demolição é a medida de tutela da legalidade urbanística de carácter mais gravoso, e, como tal, apenas deve ser adoptada quando não seja possível restabelecer a legalidade por outros meios menos onerosos.

61. Assim o impõe o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso, concretizado na vertente da necessidade da medida de demolição, a qual se revela pela ausência de medidas alternativas susceptíveis de assegurar uma efectiva tutela da legalidade urbanística.

62. Daí dispor-se[34], quanto aos pressupostos do exercício do poder de demolição por parte do presidente da câmara municipal, que esta medida só poderá ser adoptada *"quando for caso disso"*, ou seja, quando após um juízo de ponderação em face dos condicionalismos urbanísticos aplicáveis se conclua pela inviabilidade da legalização, em termos absolutos, seja por impedimento atinente à localização, seja por motivos técnicos ou

---

[33] CLAÚDIO MONTEIRO, O Embargo e a Demolição de Obras no Direito do Urbanismo, ed. policopiada, Lisboa, 1995, pp. 102 e 144 e ss.

[34] Art. 58º, n.º 1, do RJLMOP, e art. 106º, n.º 1, do RJUE.

de outra natureza que obstem à introdução de alterações ou à demolição apenas parcial do conjunto edificado.

63. Por isso, se dispunha no art. 167º do RGEU que a demolição das obras de construção executadas sem licença, em desconformidade com as condições do acto de licenciamento ou realizadas em inobservância das prescrições regulamentares aplicáveis poderia ser evitada caso se viesse a reconhecer que a obra poderia vir a satisfazer aos requisitos legais e regulamentares de urbanização, de estética e de segurança aplicáveis, ainda que por meio da realização de trabalhos de correcção ou de alteração (art. 167º, §1º, do RGEU).

64. Com o mesmo alcance, dispõe-se actualmente no art. 106º, n.º 2, do RJUE, que a demolição pode ser evitada se a obra for susceptível de ser licenciada ou autorizada ou se for possível assegurar a sua conformidade com as disposições legais e regulamentares que lhe são aplicáveis mediante a realização de trabalhos de correcção ou de alteração[35].

65. Para se concluir quanto à viabilidade de legalização das obras, as câmaras municipais vão apreciá-las por referências aos mesmos condicionalismos urbanísticos que constituiriam os critérios objectivos de valoração no âmbito de um procedimento prévio de licenciamento ou de autorização.

---

[35] Deve entender-se que as situações nas quais o presidente da câmara municipal pode ordenar a demolição de obras e a reposição dos terrenos, contempladas no art. 106º do RJUE, são as mesmas a que se fazia referência, ainda que por remissão, no art. 167º do RGEU. Assim, no art. 106º, n.º 1, ao dispor-se que o presidente da câmara municipal pode igualmente determinar a demolição das obras, quer fazer-se referência às situações contempladas no art. 102º, n.º 1, justificativas da medida de embargo administrativo e de eventual ordem para realização de trabalhos de correcção ou de alteração, previstos no art. 103º. Trata-se da realização de obras de urbanização, de edificação ou de demolição, e de quaisquer trabalhos de remodelação de terrenos executados sem a necessária licença ou autorização, em desconformidade com o respectivo projecto ou com as condições do licenciamento ou autorização, e em violação das normas legais e regulamentares aplicáveis.

66. O que está em causa é uma tarefa de apreciação das obras de edificação ou de urbanização, já iniciadas ou concluídas, por forma a concluir-se sobre a conformidade com o plano municipal de ordenamento do território, com os planos especiais de ordenamento do território, com medidas preventivas, área de desenvolvimento urbano prioritário, área de construção prioritária, com servidões administrativas, com restrições de utilidade pública e com quaisquer outras normas legais e regulamentares relativas ao aspecto exterior e à inserção urbana e paisagística das edificações, bem como quanto ao uso proposto, no caso de operações urbanísticas sujeitas a procedimento de licenciamento (arts 20º, n.º 1, 21º, e 24º, n.º 1, do RJUE).

67. Tratando-se de obras de edificação e de urbanização sujeitas a procedimento de autorização, trata-se de avaliar a sua conformidade com o disposto em plano de pormenor ou alvará de loteamento (art. 29º, n.º 2, do RJUE).

68. Por seu turno, e em ambos os casos, a câmara municipal ponderará, ainda, quanto às obras de urbanização, se estas afectam negativamente o património arqueológico, histórico, cultural ou paisagístico, natural ou edificado, e quanto a estas e também quanto às obras de edificação, se a operação urbanística constitui uma sobrecarga incomportável para as infra-estruturas ou serviços gerais existentes (arts 24º, n.ºs 2, e 3, e 31º, n.ºs 1, 2, e 3, do RJUE).

69. Identificados os parâmetros a que o órgão decisor se deve ater ao formular um juízo de legalização, cumprirá determinar qual o procedimento que terá lugar por forma a deliberar sobre a subsistência das construções.

70. Isto, uma vez que o juízo de legalização a que aludia o art. 167º do RGEU, e o que se encontra previsto no art. 106º, n.º 2, do RJUE, não se configura como um acto constitutivo de direitos, apenas se admitindo a manutenção temporária das obras ilegais, até que, em procedimento próprio, se venha a decidir licenciá-las, ainda que *a posteriori*.

71. Por isso, se defende que a legalização de obras é materialmente um acto de licenciamento, porquanto as câmaras municipais apenas podem permitir a subsistência na ordem jurídica das construções se estas se conformarem com os condicionamentos jurídico-urbanísticos que condicionariam o seu licenciamento prévio.

72. Por isso, o legislador estabelecia no art. 167º do RGEU que a demolição só poderia ser evitada desde que as obras fossem susceptíveis de vir a satisfazer os requisitos legais e regulamentares de urbanização, de estética, de segurança e de salubridade.

73. Como já se viu, uma obra formalmente ilegal, por ausência de título de licenciamento, apenas poderá ser legalizada se for susceptível de se conformar com as normas técnicas e urbanísticas que constituem o parâmetro aferidor da validade do acto de licenciamento. Nem outra solução consentiria a necessidade de idêntico tratamento daquele que, em obediência à lei, não constrói sem prévio licenciamento.

74. Ora, esta apreciação apenas poderá ser feita no âmbito de procedimento de licenciamento ou de autorização.

75. Não é possível às câmaras municipais formular um juízo sobre a conformidade legal das obras com desconhecimento do projecto de arquitectura e dos demais elementos que devem acompanhar o pedido de licenciamento[36], porquanto, substancialmente, a única diferença entre licenciar e legalizar passa pela existência material da obra.

76. E esta circunstância, dir-se-á, facilita mesmo a tarefa da entidade licenciadora, já que não terá que realizar "*uma prognose sobre o desenvolvimento futuro da situação. O facto de a obra estar concluída permite, por exemplo, fazer um juízo bastante mais objectivo sobre os aspectos relativos à estética urbana,*

[36] Art. 9º do RJUE, e Portaria n.º 1110/2001, de 19 de Setembro.

nomeadamente no que se refere à inserção da construção na sua envolvente"[37] .

77. Não se afigura legítimo, pois, pretender estabelecer diferenças entre o regime do licenciamento prévio e o regime do licenciamento ou de autorização *ex post,* ou de legalização, onde essas diferenças não existem.

78. Outra solução não consente a necessária coerência do ordenamento jurídico e, em especial, o princípio da proibição do arbítrio. Não se afigura possível que o requerente do licenciamento de obras particulares se encontre sujeito a uma disciplina jurídica mais rigorosa e veja condicionado em maior grau o seu *jus aedificandi*, do que aquele que infringindo a lei constrói sem licença, crendo na sua legalização benevolente e sem dependência de procedimento.

79. A tal resultado obstaria, desde logo, o princípio da legalidade procedimental ou da exigência de procedimento[38]. A vontade da Administração Pública não se forma nem se manifesta livremente, mas de acordo com procedimentos e regras vinculadamente definidos[39], por exigência do princípio da legalidade.

80. O conteúdo do *jus aedificandi*, em qualquer dos casos, seja no âmbito de procedimento prévio de licenciamento ou autorização, ou no âmbito de legalização, é conformado pelas normas legais e regulamentares relativas ao ordenamento do território e aos aspectos técnicos em matéria de construção, pelo que o regime a aplicar será o mesmo.

81. De outra forma, estar-se-ia a premiar o proprietário infractor que, em prejuízo do interesse público que dita a existência de uma disciplina jurídica respeitante às formas possíveis de intervenção e utilização dos solos para fins de urbanização e de construção, viola o princípio do prévio

---

[37] CLAÚDIO MONTEIRO, ob. cit., p. 152.
[38] Arts 1º, 2º, n.º 1, 9º, e 151º do Código do Procedimento Administrativo.
[39] MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *et al*, Código do Procedimento Administrativo, Coimbra, 1997, p. 49.

licenciamento ou autorização.

82. Ora, encontrando-se legalmente estabelecido um regime procedimental especial relativo ao exercício das competências municipais em matéria urbanística[40], aplicar-se-á este regime, não só aos procedimentos prévios de licenciamento ou de autorização, como também aos procedimentos de legalização.

83. A aplicação deste regime procedimental especial a toda a actuação da Administração Pública municipal em matéria de operações urbanísticas é a conclusão a extrair da conjugação entre o princípio da legalidade procedimental e a regra da prevalência das normas especiais[41] .

84. Ora, concluindo-se pela aplicabilidade do regime jurídico da urbanização e da edificação aos procedimentos de licenciamento ou de autorização *ex post* de operações urbanísticas, e não se distinguindo a actividade administrativa de carácter material desenvolvida pela câmara municipal em ambos os casos, as taxas a cobrar serão necessariamente as mesmas.

85. O já citado art. 116º, n.º 1, do RJUE, não estabelece qualquer distinção; limita-se a prescrever que a emissão dos alvarás de licença e autorização está sujeita ao pagamento da taxa prevista no art. 19º, alínea b), da Lei das Finanças Locais, a saber, a taxa devida pela concessão de licenças de loteamento, de licenças de obras de urbanização, de execução de obras particulares, de ocupação da via pública por motivo de obras e de utilização de edifícios.

86. Por isso, não se encontra fundamento legal que habilite, em sede de regulamentação municipal atinente ao lançamento e liquidação das taxas, a distinção entre os montantes a liquidar como taxa pela emissão prévia ou *a posteriori* de alvará

---

[40] Cfr., a este propósito, os seguintes artigos da Lei n.º 169/99: art. 53º, n.º 3, alínea b), quanto à assembleia municipal, art. 64º, n.º 5, alíneas a), b), e c), quanto à câmara municipal, e art. 68º, n.º 2, alíneas l), m), e n), quanto ao presidente da câmara municipal.

[41] Subsidiariamente aplicar-se-ão as regras do Código do Procedimento Administrativo (art. 7º, n.º 2, do CPA, e art. 122º do RJUE).

de licença ou de autorização.

87. Importará, ainda, abordar a questão de outra perspectiva, qual seja a do sacrifício pecuniário imposto ao requerente do pedido de legalização.

88. Assim, inversamente, também se dirá que o sacrifício patrimonial que pode ser imposto ao particular que constrói e utiliza edificações sem licença é única e exclusivamente aquele que deriva das normas sancionatórias aplicáveis à sua conduta[42].

89. E estas encontram-se expressamente fixadas na lei, reconduzindo-se aos preceitos legais que definem os tipos contra-ordenacionais e prevêem as coimas e as sanções acessórias aplicáveis.

90. E não se diga que o agravamento em dobro, ao quíntuplo ou ao décuplo das taxas no âmbito dos procedimentos de legalização, por referência aos procedimentos prévios, apenas tem uma finalidade desincentivadora da actividade ilegal de construção.

91. Mesmo admitindo que o conceito de taxa prescinde da exacta equivalência económica entre o valor da prestação pública e a imposição pecuniária, a finalidade orientadora que ainda se pode cometer às taxas no âmbito do princípio da proporcionalidade, não consentirá uma desproporção tal que os montantes a exigir aos particulares em nada já se relacionem com a natureza da prestação pública e com os benefícios prestados.

92. Tal desproporção só poderá ter por escopo uma finalidade sancionatória, o que não é critério legítimo que habilite a fixação da taxa. A *ratio* que preside à criação das taxas não é a mesma em que se fundam as medidas sancionatórias. Estas sim, visam desincentivar, ou mesmo erradicar, comportamentos ilícitos e absorver os benefícios económicos que provêem da prática de actos ilícitos, finalidades não consentidas às taxas. Trata-se dos fins de prevenção geral e especial próprios do direito

---

[42] Art. 54º, n.º 1, alíneas a), b) e c), e n.ºs 2, 3, e 4, e art. 55º, do RJLMOP, art. 98º, n.º 1, alíneas a), b), e d), e n.ºs 2, 3, e 4, e art. 99º do RJUE.

contra-ordenacional.

93. Não se divisam, pois, no procedimento de legalização encargos acrescidos susceptíveis de fundamentar um aumento do valor das taxas devidas pela emissão das licenças ou autorizações de construção e de utilização[43] e não pode ao particular ser aplicada outra sanção que não resulte do preenchimento do tipo contra-ordenacional, já que o ordenamento jurídico não reconhece outro direito sancionador que não seja nos domínios penal, contra-ordenacional ou disciplinar.

94. Por último cumprirá referir que a proibição do arbítrio vale também no domínio da quantificação dos montantes a liquidar como taxa pela prestação de um mesmo serviço público: a apreciação das pretensões de aproveitamento urbanístico do solos e de utilização dos edifícios para determinados fins, e sua fiscalização.

95. Não pode o mesmo município tratar desigualmente dois administrados que recebam o mesmo serviço, sob pena de ilegalidade da deliberação que assim violaria a proibição do arbítrio.

96. Tratando-se de legalizar obras por aplicação do mesmo procedimento, os critérios de fixação das taxas terão de basear-se nos mesmos dados e circunstâncias de facto, aplicados por igual a todos os utilizadores do serviço público em que se traduz o controlo e a fiscalização da actividade edificatória dos particulares.

7º
Da ilegalidade dos preceitos regulamentares que prevêem o agravamento das taxas e da nulidade dos actos administrativos que procedem à sua liquidação e cobrança

[43] *A contrario*, o agravamento das taxas apenas se justificaria como contrapartida de um benefício específico atribuído ao requerente do pedido de legalização. Cfr., neste sentido o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 1108/96, cit., pp. 309 e 310.

97. Pressupondo a taxa a atribuição aos administrados de um benefício concreto de que esta é a contrapartida, sempre que esse benefício ou utilidade não existir ou se encontrar manifestamente aquém do montante exigido esta não é uma verdadeira taxa, mas um imposto que apenas por lei pode ser criado.

98. Por outro lado, a simples denominação de taxa não é impeditiva de outra qualificação material, sendo por demais conhecidos os casos em que diversas taxas vieram a ser qualificadas pelos tribunais como impostos, e declaradas ilegais por não haverem sido criadas por lei da Assembleia da República ou Decreto-Lei do Governo, precedido de autorização legislativa (arts 103º, n.º 2, e 165º, n.º 1, alínea i), da Constituição).

99. Ora, no caso em análise, importa ter presente que as normas regulamentares que prevêem taxas diferentes e mais onerosas no âmbito dos procedimentos de legalização de operações urbanísticas, quer seja utilizada a técnica do agravamento por referência ao montante a cobrar pela emissão prévia de licença ou de autorização, quer seja pela previsão de um quantitativo superior a aplicar na primeira situação, fazem-no com base num único critério: a existência material da operação urbanística, da obra de edificação ou da obra de urbanização.

100. Temos pois que tal critério nada tem a ver com a actividade material de licenciamento desempenhada pela câmara municipal, pelo que não pode servir de fundamento para a determinação do montante da taxa exigida como contrapartida daquele serviço.

101. Para efeitos de controlo da proporcionalidade entre a actividade administrativa desenvolvida em benefício ou por causa do particular e a taxa a cobrar, devem ter-se em conta critérios objectivos que distingam as diversas operações urbanísticas.

102. Não será, por certo, a mesma a actividade a desempenhar consoante se trate de licenciar ou legalizar um simples muro ou uma edificação multifamiliar, conforme a

operação urbanística se situe em área abrangida por alvará de loteamento ou plano de pormenor ou em área sujeita simplesmente à aplicação de um plano director municipal.

103. Admite-se, mesmo, que o montante da taxa seja determinado em função da existência, ou não, de consultas a entidades exteriores ao município, à aplicação de procedimento de licenciamento ou de mero procedimento de autorização (mais abreviado).

104. Estes são critérios objectivos relacionados com a actividade de apreciação dos projectos em matéria urbanística e de fiscalização da actividade edificatória dos particulares que poderão contribuir para a fixação do valor da taxa pela emissão de licenças ou de autorizações de obras de urbanização, de execução de obras particulares, de ocupação da via pública por motivo de obras e de utilização de edifícios.

105. Sempre que a taxa seja estipulada em montante determinado por referência a factos que não têm relação com a utilização daquele serviço municipal nem com a amplitude e as condições de ocupação da via pública, no caso da licença de ocupação, mas antes com finalidades de natureza sancionatória ou de financiamento do município, tal receita tem de ser considerada um verdadeiro imposto, e por isso abrangida pelo princípio da legalidade fiscal[44].

106. Neste sentido, não se divisando encargos acrescidos que justifiquem o agravamento das taxas devidas pela emissão de licenças ou autorizações de construção e de utilização no âmbito de procedimentos de legalização, o tratamento diferenciado dos particulares na actividade edificatória, só pode radicar na natureza e finalidade sancionatória da taxa.

---

[44] Neste sentido pronunciou-se o Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 76/88, de 7 de Abril (in BMJ (1988), pp. 179 e ss.), ao considerar que a tarifa de saneamento criada pela Câmara Municipal de Lisboa constituiria um verdadeiro imposto, na parte em que destinada a custear o serviço de drenagem de águas residuais, era exigida aos consumidores de água que não gozassem nos seus domicílios ou estabelecimentos de ligação ao sistema de esgotos.

107. Estaremos perante uma das situações nas quais o Tribunal Constitucional considera que a taxa deve ser considerada como verdadeiro imposto por ser *"completamente alheia ao custo do serviço prestado"*, afectando, por isso, a correspectividade que a fundamenta. Com efeito, pode ler-se no Acórdão n.º 410/00: *"Assim, a desproporcionalidade, desvirtuante da correspectividade, lesaria o critério legitimante da taxa, enquanto a adequação à capacidade contributiva é característica do imposto"*.

108. Porque assim é, estamos perante verdadeiros impostos, com finalidades extrafiscais, destinados a sancionar o comportamento dos particulares e que representam para as câmaras municipais uma fonte significativa de receitas, razão tanto mais de recear quanto poderá estar na origem de alguma complacência na fiscalização da actividade edificatória ilegal, durante a execução dos trabalhos.

109. Conclui-se, assim, pela ilegalidade de que padecem os preceitos regulamentares em que se funda a exigência, a título de taxa, pelo deferimento de licença ou de autorização para a realização de obras de edificação e de licença ou autorização de utilização, de quantias agravadas relativamente aos valores cobrados no âmbito de procedimentos prévios de licenciamento ou de autorização, sempre que se trata de proceder à legalização de obras e à legalização da utilização de edifícios e suas fracções.

110. Em primeiro lugar, aqueles preceitos regulamentares não encontram fundamento em qualquer norma legal que os habilite. Como acima se referiu, no exercício do seu poder regulamentar próprio os municípios aprovam regulamentos relativos ao lançamento e liquidação das taxas que, nos termos da lei, sejam devidas pela realização de operações urbanísticas (art. 21º, n.º 2, e 68º-A, do RJLMOP, e art. 3º, n.º 1, do RJUE).

111. Ora, como também já se expôs, a lei não prevê a possibilidade de serem cobradas taxas especiais no âmbito dos procedimentos de legalização. As taxas previstas, quer no regime de licenciamento aprovado pelo Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de

Novembro, quer pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, são as taxas por emissão de licença ou autorização de construção, e de licença ou autorização de utilização, as únicas que, por seu turno, se encontram previstas na Lei das Finanças Locais.

112. Mas, de resto, também, só encontra fundamento legal na Lei das Finanças Locais a taxa pela emissão de licença de ocupação da via pública por motivo da realização de obras, não se divisando norma que habilite a fixação de taxa diversa quando se tratar de legalizar situações de precedente ocupação do domínio público municipal.

113. Por esta razão, as normas regulamentares que fixam tais taxas são ilegais por desrespeito do princípio da hierarquia normativa (art. 19º, alínea b), da Lei das Finanças Locais, art. 3º, n.º 1, do CPA, e art. 242º da CRP).

114. Por outro lado, tais preceitos regulamentares violam o princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade em sentido estrito consagrado no art. 5º, n.º 2, do CPA, e 266º da Constituição, por prescindirem das regras de fixação dos quantitativos das taxas de qualquer equivalência relativamente aos custos globais da prestação pública que é prestada ao particular, traduzidos nos montantes liquidados como taxas no âmbito dos procedimentos de licenciamento prévio.

115. Não se divisando nos procedimentos de legalização quaisquer encargos acrescidos que o particular deva suportar, não pode deixar de reconhecer-se que taxas de montante radicalmente diverso pela prestação de serviços materialmente idênticos, atentam contra o princípio da igualdade (art. 5º, n.º 1, do CPA, e art. 13º da Constituição).

116. Assim, tais receitas são verdadeiros impostos locais, ilegais por não haverem sido criados por lei da Assembleia da República nem por Decreto-Lei do Governo, precedido de autorização legislativa (arts 103º, n.º 2, e 165º, n.º 1, alínea i), da Constituição).

117. Posto isto, importará apreciar a validade dos actos administrativos que, fundando-se em tais preceitos

regulamentares procedem ao lançamento, liquidação e cobrança das taxas em questão.

118. Tratando-se, como acima se viu, de taxas não previstas na lei, os actos administrativos que determinam o lançamento, liquidação e cobrança são, em regra, anuláveis, nomeadamente, por violação do princípio da legalidade tributária. Estes actos só seriam nulos se ofendessem o conteúdo essencial de um direito fundamental - cfr. art. 133.º, n.º 2, alínea d) do Código de Procedimento Administrativo.

119. Mas ainda é assim quanto aos mesmos actos, se cometidos antes da entrada em vigor do Código de Procedimento Administrativo, em que prevalecia o princípio geral da anulabilidade, só se mostrando feridos de nulidade os actos administrativos que a lei expressamente determinasse (neste sentido v.d. Acórdão do Supremo Tribunal de Administrativo de 30.05.2001).

120. Como tal, ter-se-á de concluir pela anulabilidade dos actos administrativos que determinem o lançamento, liquidação e cobrança de taxas por emissão de licença ou autorização de construção e de licença ou autorização de utilização no âmbito dos procedimentos de licenciamento *ex post* de obras de construção e da utilização de edifícios, em montante diverso e agravado relativamente aos montantes a cobrar em sede de procedimentos prévios de licenciamento ou de autorização, por se tratarem de taxas não previstas na lei.

121. E, na parte em que excedem desproporcionadamente os montantes a cobrar nos procedimentos prévios de licenciamento ou de autorização, por se tratarem de verdadeiros impostos, e, nessa medida não observarem o princípio da legalidade tributária.

7º
Conclusões

De acordo com as motivações expostas, e no exercício dos poderes que me são conferidos pelo art. 20.º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

a V. Exa.:
A iniciativa pela Câmara Municipal de Loures, junto da Assembleia Municipal de Loures, de alteração ao Regulamento Municipal de Taxas e Licenças, suprimindo o agravamento estipulado para os casos de legalização de operações urbanísticas.
Queira V. Exa., em cumprimento do dever consagrado no art. 38.º, n.º 2, do Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, dignar-se informar sobre a sequência que o assunto venha a merecer.

Recomendação não acatada

Nota:

1. Com fundamentos e conclusões muito próximos, o Provedor de Justiça recomendou também às Câmaras Municipais de ALENQUER (R- 1542/01;Rec. n.º 13/A/2003, de 29.09.2003; Assessor: António Passos Leite), de CASCAIS (R-4052/1997; Rec. n.º 11/A/2003, de 29.09.2003; Assessor: Isabel Canto), de GONDOMAR (R- 1391/1984; Rec. n.º 16/A/2003, de 10.10.2003; Assessor: António Passos Leite), de SILVES (R- 3612/2002; Rec. n.º 15/A/2003, de 30.09.2003; Assessor: António Passos Leite), e de VILA FRANCA DE XIRA (R- 2928/1997; Rec. n.º 14/A/2003, de 30.09.2003; Assessor: Isabel Canto), esta última, já acatada que propusessem às assembleias municipais a revisão dos regulamentos de taxas, de modo a abolir toda e qualquer distinção entre o licenciamento de obras por executar e a legalização de obras clandestinas.

2. Em qualquer um destes casos, o Provedor de Justiça chama a atenção para a natureza jurídica das taxas. As taxas não devem, nem podem, prestar-se a finalidades sancionatórias ou

compulsórias, ao contrário do que é próprio das coimas e de outras sanções próprias do direito de mera ordenação social.

3. Ao desconsiderarem a natureza das taxas, os municípios estão não apenas a actuar com desvio de poder, como também a criar impostos em sentido próprio, invadindo a reserva de lei e a reserva de competência parlamentar.

4. A execução de obras ou de quaisquer outras operações urbanísticas sem licença municipal deve, pois, ser sancionada com o pagamento de coima e não com o agravamento das taxas, como parece constituir prática em muitos municípios.

5. Os fundamentos expostos em cada uma das recomendações apresentam diferenças, uma vez que cada uma das câmaras municipais, quando instada a pronunciar-se acerca da legalidade do agravamento de taxas, apoiou-se em argumentos distintos.

6. Assim, a Câmara Municipal de Alenquer defendeu não se tratar de um agravamento, mas sim, de duas taxas diferentes. Contrapôs o Provedor de Justiça não se encontrar na Lei das Finanças Locais (Lei n.º 42/98, de 6 de Agosto) fundamento bastante para a criação da segunda taxa, pois, no art. 19º, alínea b), refere-se indistintamente «*a concessão de licenças de loteamento, de licenças de obras de urbanização, de execução de obras particulares, de ocupação da via pública por motivo de obras e de utilização de edifícios*...».

7. Já por seu turno, a Câmara Municipal de Cascais invocou a jurisprudência do Tribunal Judicial da Comarca de Cascais. Opôs que este tribunal tem absolvido alguns arguidos a quem fora aplicada coima por execução clandestina de operações urbanísticas, considerando que já anteriormente tinham liquidado taxas agravadas. O Provedor de Justiça refutou este entendimento como motivo adequado para manter o agravamento das taxas. Com efeito, ele constitui precisamente um apoio para a posição sustentada pelo Provedor de Justiça: não deverá cumular-se o pagamento de taxa com o pagamento de coima, sob pena de se sancionar por duas vezes a mesma conduta, o que infringe o

princípio *ne bis in idem*. Razão, pois, para aplicar a coima e não o agravamento da taxa.

8. Afirma a câmara municipal que a infracção contra-ordenacional, porque prescreve, ao invés do que sucede com o ónus de pagar a taxa, para além de exigir um procedimento contraditório, é subestimada pelos serviços. Pelo contrário, o produto da taxa constitui uma receita certa e de mais fácil arrecadação.

9. Considera o Provedor de Justiça que esta ordem de motivações – de conveniência dos serviços – não pode sobrepor-se nem ao princípio da legalidade, nem às garantias de defesa do cidadão, tanto quanto encerram valores cimeiros da ordem constitucional. No entanto, até razões de oportunidade para o interesse público desaconselham o agravamento das taxas sobre obras clandestinas. Com efeito, os serviços de fiscalização, contando com a imprescritibilidade do ónus de pagar a taxa agravada e com a linearidade dos meios para obter tais receitas, podem descurar os seus deveres de pronta intervenção sancionatória e de reposição da legalidade, relegados para um ulterior momento: quando um dia o interessado for confrontado com a necessidade de requerer a legalização de uma obra já executada, seja para poder realizar actos notariais de transmissão do imóvel, seja para evitar a demolição por ordem administrativa.

10. Por seu turno, a Câmara Municipal de Silves, quando ouvida antes da formulação da recomendação, retorquiu dizendo que o agravamento destas taxas se encontraria habilitado pelo Decreto-Lei n.º 55/73, de 24 de Fevereiro, diploma que alterara a tabela B anexa ao Código Administrativo, na versão revista pelo Decreto-Lei n.º 49 438, de 11 de Dezembro de 1969.

11. Na recomendação que dirige à Senhora Presidente da Câmara Municipal de Silves, o Provedor de Justiça observa que o diploma citado foi revogado pela primeira Lei das Finanças Locais (art. 27º, alínea c), da Lei n.º 1/79, de 2 de Janeiro). Não que tivesse expressamente revogado o Decreto-Lei n.º 55/73, mas por ter revogado o diploma que este se limitara a modificar. Revogado

um acto normativo, caducam, por consequência, todas as normas que lhe haviam introduzido modificações, supressões ou aditamentos.

12. Por fim, a Câmara Municipal de Gondomar louvar-se-ia na autonomia financeira dos municípios, reforçada pela contracção da tutela administrativa à verificação do cumprimento da lei.

13. Considerou o Provedor de Justiça que a autonomia financeira não é posta em causa. Contudo, há-de reconhecer-se que é a autonomia municipal a dever mover-se no quadro da legalidade e não a legalidade a conter-se à autonomia administrativa e financeira dos municípios. Neste sentido, as assembleias municipais apenas podem lançar taxas cujo facto constitutivo se encontre previsto na lei, não podendo criar novas taxas nem introduzir agravamentos com base em distinções não contempladas pelo legislador.

14. É certo que a tutela administrativa se cinge ao controlo da legalidade dos actos e omissões dos órgãos autárquicos, mas não menos certo é que são razões de legalidade que determinantemente levam o Provedor de Justiça a adoptar este procedimento. Isto, para além de a fiscalização exercida pelo Provedor de Justiça não constituir qualquer modo de tutela.

15. Já nas recomendações formuladas às Câmaras Municipais de Loures e Vila Franca de Xira não houve necessidade de apresentar motivações diferenciadas.

Sua Excelência
o Ministro das Cidades,
do Ordenamento do Território e do Ambiente

P-20/02
Rec.n.º 6/B/2003
Data: 25.09.2003

1º

Considerações preliminares

1. Através do Decreto-Lei n.º 69/2000, de 3 de Maio, veio o Governo disciplinar o regime jurídico de avaliação dos impactes ambientais, de determinados projectos, públicos ou privados, transpondo a Directiva n.º 85/337/CEE, do Conselho, de 27 de Junho, de acordo com as alterações introduzidas pela Directiva n.º 97/11/CE, do Conselho, de 3 de Março[45].

2. Durante o intervalo de tempo, entretanto decorrido, e na sequência da instrução de processos organizados e instruídos sobre queixas recebidas na Provedoria de Justiça, foi possível observar algumas deficiências na transposição, que se julga dever assinalar, mais recomendando a sua correcção.

3. Assim, e porque compete ao Provedor de Justiça, de acordo com o que dispõe o artigo 20.º, n.º 1, alínea b), do seu Estatuto, contribuir para o aperfeiçoamento da legislação, é meu dever levar à consideração de Vossa Excelência os resultados da nossa análise, sugerindo a ponderação de algumas modificações ao Decreto-Lei n.º 69/2000, de 3 de Maio, de forma a tornar irrepreensível a transposição da citada directiva. Com efeito, a incorrecta transposição da Directiva poderá, em qualquer momento, fundar uma decisão desfavorável por parte do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

4. Não que cumpra especialmente ao Provedor de Justiça zelar pelo primado do direito comunitário ou velar pela harmonia entre as ordens jurídicas dos diferentes estados da Comunidade Europeia. Pondero, isso sim, na protecção dos interesses difusos ambientais incumbida, de modo particular, a este Órgão do

---

[45] Na falta de outra indicação, a referência *infra* à *Directiva*, reporta-se à Directiva n.º 85/337/CE, com as alterações introduzidas pela Directiva n.º 97/11/CE.

Estado, por via do disposto no art. 20º, n.º 1, alínea e), da já citada Lei n.º 9/91, de 9 de Abril.

5. Acima de tudo, o parcial incumprimento da directiva poderá defraudar a tutela, protecção e promoção dos bens ambientais, compreendidas não apenas nos objectivos comunitários, como realçadas de entre as tarefas fundamentais do Estado, no art. 9º, alínea e), da Constituição. O aperfeiçoamento do regime jurídico da avaliação do impacte ambiental poderá sem alterações substanciais recuperar a unidade e coerência desejadas pelo direito comunitário derivado, obstando a soluções iníquas e a pontos de vulnerabilidade a que a actual redacção parece prestar-se.

2º
A incidência do dever de avaliação do impacte ambiental

6. De acordo com o art. 2.º, n.º 1 da directiva, os estados membros devem adoptar as disposições necessárias para que todos os projectos que possam ter um impacte significativo no ambiente - devido, nomeadamente, à sua natureza, dimensão e localização - sejam sujeitos à avaliação dos seus efeitos.

7. Por seu turno, no art. 4.º n.º 2, prescreve-se que os estados membros determinarão os projectos sujeitos à avaliação do impacte ambiental[46], em conformidade com a lista do anexo II da directiva, seja com base numa análise casuística, seja por estipulação legislativa de critérios e limiares quantitativos e qualitativos.

8. Nestes termos, permite-se que a legislação nacional opte ou cumule, em termos equivalentes, a selecção casuística de projectos, a submeter a avaliação de impacte ambiental e a selecção por fixação normativa de limiares e outros critérios.

---

[46] Pelo contrário, no art. 4.º, n.º 1 prescreve-se que os projectos, constantes do Anexo I, devem ser sempre e obrigatoriamente sujeitos a avaliação de impacte ambiental, independentemente de quaisquer outras considerações.

9. É com base na enumeração dos projectos constantes do Anexo II e da consideração da natureza, dimensão e localização dos projectos, que cabe aos estados membros fixar os critérios e limiares a reter para determinar, em abstracto, de entre os projectos pertencentes às categorias enunciadas, quais deles hão-de ser submetidos à avaliação obrigatória. Para a mesma finalidade, cada um dos estados poderá determinar, com base naquela lista e naqueles factores, uma análise caso a caso. Esta alternativa consiste em determinar discricionariamente, com base numa análise individual de cada projecto abrangido pela directiva, se deverá ser sujeito a avaliação de impacte ambiental ou se, pelo contrário, a dispensa.

10. Contudo, a margem de apreciação concedida aos estados membros, pelo disposto no art. 4.º, n.º 2 da directiva apresenta como limite, desde logo, a obrigação geral de avaliação, enunciada no já referido art. 2.°, n.° 1. Com efeito, aqui prescreve-se uma obrigação genérica de avaliação de todos os projectos que possam ter um impacte significativo no ambiente, tendo em consideração os três factores já enunciados, ou seja, a sua natureza, localização e dimensão.

11. Da análise do Decreto-Lei n.º 69/2000, de 3 de Maio, verifica-se que o legislador nacional, optou pela cumulação das duas alternativas previstas no art. 4.º, n.º 2 da directiva: (a) no anexo II é fixada uma lista de projectos a submeter a avaliação de impacte ambiental, desde que preenchidos ou ultrapassados, respectivamente, os critérios e limiares estipulados, em termos abstractos; (b) nos termos do art. 1.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 69/2000, de 3 de Maio, acresce a possibilidade de uma ponderação casuística, por decisão conjunta do membro do Governo competente na área do projecto, em razão da matéria, e do Ministro responsável pelo Ambiente, em relação aos projectos que, em função das suas especiais características, dimensão ou natureza, devam ser sujeitos à avaliação de impacte ambiental.

12. Deve, no entanto, notar-se que a estipulação de limiares e critérios, na legislação nacional, em termos abstractos,

dispensa a sujeição individual, de cada projecto, a um exame prévio, para ser aferido o cumprimento dos critérios fixados pelo direito comunitário no art. 2.º, n.º 1 da directiva. O Tribunal de Justiça já teve oportunidade de considerar que a interpretação contrária, defendida pela Comissão Europeia, privaria de todo e qualquer significado o disposto no art. 4.º, n.º 2. Com efeito, um estado-membro não teria qualquer interesse em fixar limiares ou critérios se, independentemente destes, cada projecto devesse, apesar disso, ser objecto de uma apreciação individual[47].

13. Como já foi referido, o estabelecimento de limiares ou critérios para cada projecto é expressamente facultado pelo enunciado do art. 4.º, n.º 2, e não teria sentido útil considerar que, depois de o estado-membro ter optado por tal solução, acrescesse a subsequente exigência de submissão dos mesmos projectos a um exame individual para verificar o cumprimento do enunciado nos art. 2.º e no art. 4.º, n.º 3 da directiva.

14. Todavia, nem o estabelecimento normativo de limiares e critérios nem a remissão para escolha casuística podem prescindir de algum ou alguns dos critérios de selecção relevantes em virtude dos quais, nos termos da Directiva, se deve avaliar a necessidade de sujeição dos projectos à avaliação do impacte ambiental. Estes encontram-se consubstanciados quer em termos gerais, no já citado art. 2.º, n.º 1 da directiva, quer em termos particulares, no Anexo III, deste diploma.

15. Com efeito, ao contrário do que sucedia na versão originária da directiva, em 1997, o próprio legislador comunitário veio concretizar, no Anexo III, os critérios de selecção que devem ser tomados em linha de conta pelo legislador nacional.

16. Neste sentido, o art. 4.º, n.º 3, da directiva estabelece que, quando forem fixados limiares ou critérios, ou efectuada uma análise casuística, para o efeito de determinar se os projectos incluídos no anexo II da directiva deverão ser, ou não, submetidos

---

[47] Neste sentido, cfr. Acórdão *Kraaijeveld/Gedeputeerde Staten*, de 24 de Outubro de 1996.

a avaliação de impacte ambiental, devem ser tidos em conta os critérios de selecção relevantes fixados no anexo III. Estes critérios de selecção subdividem-se em três categorias, a saber:

a) critérios relativos às características dos projectos, nomeadamente:

i. dimensão;

ii. efeitos cumulativos relativamente a outros projectos;

iii. produção de resíduos;

iv. poluição; e

v. incómodos causados;

b) critérios relativos à localização dos projectos, em face dos quais deve ser considerada a sensibilidade ambiental das zonas geográficas susceptíveis de serem afectadas pelos projectos, tendo, nomeadamente, em consideração:

i. a afectação do uso do solo;

ii. a capacidade de absorção do ambiente natural, com especial atenção para zonas húmidas, zonas classificadas ou protegidas pela legislação dos estados-membros;

c) critérios relativos ao impacte ambiental, nomeadamente:

i. extensão;

ii. probabilidade;

iii. duração; e

iv. frequência.

17. Apesar desta concretização, ainda assiste ao legislador e à Administração Pública de cada estado uma ampla margem de apreciação relativamente à escolha do tipo de projectos que devem ser sujeitos a avaliação de impacte ambiental.

18. Contudo, o método escolhido pelo legislador nacional não pode pôr em causa os objectivos da directiva, não pode nomeadamente frustrar ou desviar a necessidade de avaliação do impacte ambiental dos projectos que possam produzir um impacte significativo no ambiente. Ao prescindir de algum ou de alguns daqueles critérios, nesta avaliação, o estado-membro viola o direito comunitário. Decerto o legislador nacional terá

ultrapassado os limites da margem de apreciação que lhe foi atribuída pela legislação comunitária.

19. Ora, na lista de projectos constante do Anexo II ao Decreto-Lei n.º 69/2000, de 3 de Maio, consideraram-se, expressamente, apenas alguns destes critérios, como fundamento de sujeição à avaliação de impacte ambiental. Vejamos algumas destas situações.

20. Em primeiro lugar, os efeitos cumulativos dos projectos, que é considerado como critério de sujeição à avaliação de impacte ambiental, em especial, para os projectos de florestação. Estes devem submeter-se à avaliação do impacte ambiental quando atinjam uma área igual ou superior a 350 ha, ou igual ou superior a 140 ha se, em conjunto com povoamentos preexistentes das mesmas espécies, distando entre si menos de 1 Km, der origem a uma área superior a 350 ha.

21. Algo semelhante é previsto para os projectos de piscicultura intensiva, para os projectos de pedreiras e minas e para os projectos de aproveitamento da energia eólica para produção de electricidade.

22. Quanto aos restantes projectos, entre os quais, os projectos de aterros sanitários, os critérios designados pelo legislador nacional atêm-se a um projecto considerado individualmente, abrindo mão da relação com outros, existentes num mesmo período temporal e num mesmo espaço.

23. Ora, a sujeição a avaliação do impacte ambiental de vários projectos do mesmo tipo que não atinjam, por si só, o limiar estabelecido na legislação nacional, mas que o atingem em conjunto, é uma exigência que resulta da necessidade de permitir uma coerência interna ao sistema de tutela ambiental instituído pela directiva.

24. Isto mesmo já foi reconhecido pelo Tribunal de Justiça, no Acórdão de 21.09.1999[48] (Comissão v. República da Irlanda).

---

[48] Procº C-392/96.

25. Neste caso, a Comissão Europeia considerou ter a República da Irlanda transposto incorrectamente a directiva, porquanto na fixação de limiares pelo direito interno não fora tomado em conta o efeito cumulativo dos projectos, como critério de sujeição dos mesmos à avaliação do impacte ambiental. Neste sentido, a Comissão argumentava que, se existissem vários projectos distintos, sem que nenhum ultrapassasse o limiar fixado, jamais seria exigida avaliação do impacte ambiental. Não obstante, estes projectos, coligadamente, poderiam ter impactes significativos no ambiente.

26. O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias concordou com a acusação da Comissão e concluiu que *a desconsideração do efeito cumulativo dos projectos leva a que todos os projectos de um certo tipo podem ser subtraídas ao dever de avaliação*, *ao passo que, considerados no seu conjunto, seriam susceptíveis de ter efeitos significativos no ambiente*, na acepção do art. 2.º, n.º 1, da directiva. A República da Irlanda, ao fixar limiares, sem se assegurar de que o objectivo da regulamentação não seria desviado, através do fraccionamento dos projectos, excedeu a margem de apreciação de que dispunha[49].

27. Na verdade, não é difícil estimar que o dono da obra obste à avaliação do impacte ambiental sobre um determinado projecto, limitando-se a cindir o projecto inicial em tantos

[49] Deve-se notar, que, ao tempo do Acórdão do Tribunal de Justiça, estava em vigor a versão originária da directiva. Nesta versão, era igualmente permitido aos estados membros fixarem limiares acima dos quais não seria exigível a sujeição a avaliação de impacte ambiental dos projectos constantes do anexo II. Todavia, ao contrário do que sucede actualmente, não se enunciavam quaisquer critérios de selecção para a fixação destes limiares, cabendo aos estados membros efectuar a sua concretização, tendo em atenção, nomeadamente, os factores já apontados (natureza, localização e dimensão). Deste modo, não era expressamente mencionada a consideração dos efeitos cumulativos de vários projectos. Ainda assim, tanto a Comissão Europeia, como o Tribunal de Justiça, entenderam que tal seria exigível, sob pena de o objectivo instituído pela directiva não se atingir.

projectos quanto o necessário para não exceder o limite fixado na legislação nacional.

28. De resto, podem concorrer vários projectos simultâneos ou sucessivos numa mesma zona geográfica contígua, mas levados a cabo por diferentes donos de obra. Estes projectos, considerados individualmente, por não atingirem o limiar escapam à avaliação do impacte ambiental, mas, considerados solidariamente, por força dos efeitos cumulativos provocados, produzirão impacte significativo no ambiente. Deveriam, por conseguinte, sujeitar-se àquela avaliação.

29. Pelo exposto, a utilização de limiares absolutos, sem consideração dos efeitos cumulativos dos projectos representa, no entendimento do Tribunal de Justiça e da Comissão Europeia, mesmo perante a versão originária da directiva, claro incumprimento da obrigação de transpor correctamente este acto comunitário.

30. Além desta lacuna que se verifica na lei portuguesa, quanto à consideração dos efeitos cumulativos de certos projectos, verifica-se ainda a completa desconsideração, em relação a todos os projectos, da localização em zonas húmidas, costeiras ou montanhosas, em parques ou reservas naturais[50].

31. Ora, perante as lacunas existentes no anexo II do Decreto-Lei n.º 69/2000, de 3 de Maio, só não haveria incumprimento do disposto na directiva se porventura ocorresse a sujeição dos projectos excluídos[51] a uma apreciação casuística,

---

[50] Para uma análise mais detalhada das deficiências do anexo II do Decreto-Lei n.º 69/2000, de 3 de Maio, v. ALEXANDRA DE SOUSA ARAGÃO / JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS / MARIA ANA BARRADAS, Regime Jurídico da Avaliação de Impacte Ambiental em Portugal - Comentário, CEDOUA, Coimbra, 2002, pp. 96 e ss.

[51] Quer seja excluída toda uma categoria ou subcategoria de projectos, como é o caso dos projectos "*de locais para depósito de lamas*", quer sejam excluídos apenas alguns projectos dentro dessa categoria ou subcategoria, porque a sua sujeição a avaliação de impacte ambiental não foi expressamente ponderada pelo legislador, em face dos critérios enunciados no anexo III da directiva.

tendo presente o enunciado dos critérios de selecção relevantes fixados no Anexo III.

32. Ora, os termos em que está consagrada a apreciação discricionária, no art. 1.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 69/2000, de 3 de Maio, não pode deixar de suscitar algumas demasiadas dúvidas de interpretação e mostra-se parcialmente omissa perante o preceituado na directiva.

33. Por um lado, enquanto que a directiva estabelece como critérios de selecção relevantes, as características dos projectos, a localização dos mesmos e as características do impacte ambiental, o legislador nacional refere-se a características, dimensões e natureza dos projectos, sendo que estes dois últimos critérios mais não são do que as características dos projectos. Ao fim e ao cabo, reconduzem-se, ambos, ao primeiro factor enunciado.

34. Como tal, ficam integralmente desconsiderados, pelo legislador, os critérios atinentes à localização dos projectos e às características do impacte ambiental.

35. Desde logo, quanto ao critério respeitante à localização, e de acordo com o anexo III da directiva, deveria ser considerada a sensibilidade ambiental das zonas geográficas susceptíveis de serem afectadas pelos projectos, tendo, nomeadamente, em consideração, a qualidade e a capacidade de regeneração dos recursos naturais e a capacidade de absorção dos impactes pelo ambiente natural, com especial atenção para as zonas húmidas, zonas costeiras, reservas e parques naturais, zonas de forte densidade demográfica e paisagens importantes do ponto de vista arqueológico.

36. Foi também reconhecido pelo Tribunal de Justiça no citado Acórdão de 21.09.1999, que um projecto, mesmo de reduzidas dimensões, pode ter efeitos significativos no ambiente quando situado num local em que certos factores ambientais, tais como a fauna e a flora, o solo e a água, o clima ou os bens do património cultural, se revelem particularmente sensíveis à mínima modificação.

37. Depois, na avaliação das características do impacte ambiental devem ser ponderados, de acordo com a directiva - e de entre outros factores não menos importantes - a extensão do impacte ambiental, a sua duração, frequência e reversibilidade.

38. Acresce que a maioria dos critérios relevantes enunciados no anexo III da directiva, embora considerados, no art. 12.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 69/2000, de 3 de Maio, e no art. 3.º da Portaria n.º 330/2001, de 2 de Abril, são-no apenas como um dos aspectos a ser abordado no estudo de impacte ambiental. Regressando ao exemplo acima exposto, verifica-se que esta situação tem lugar nos impactes cumulativos.

39. É certo que no anexos I e II da Portaria n.º 330/2001, de 2 Abril, voltam a mencionar-se os impactes cumulativos como elemento integrante da proposta de definição do âmbito do estudo de impacte ambiental e do próprio estudo de impacte ambiental. Neste último anexo, refere-se, aliás, que a análise dos impactes cumulativos deve considerar os impactes no ambiente que resultem do projecto em concurso real com outros empreendimentos ou actividades, já existentes ou previstos, e considerar, bem assim, os projectos complementares ou subsidiários.

40. Sendo assim, porém, os critérios relevantes do anexo III da directiva operam, não como pressuposto da incidência do dever de avaliação do impacte ambiental - como deveria suceder - mas apenas como critério na avaliação dos projectos que o legislador nacional, por qualquer outra razão, determinou que deveriam ser sujeitos à avaliação. Por outras palavras, confundem-se dois momentos distintos – o da selecção dos projectos a sujeitar à avaliação e o da avaliação, em si, como procedimento de ponderação entre os diferentes bens e de prognose das medidas de contenção adequadas.

41. Há ainda a assinalar que o legislador nacional, na previsão da análise casuística, restringe a selecção dos projectos a submeter à avaliação do impacte ambiental, aos que apresentem especiais características, dimensão e natureza, mas contudo,

nunca define os factores que tornam estes projectos especiais nem tão pouco as razões que levam a qualificá-los como especiais. Se bem que o uso de conceitos indeterminados se justifique em muitas normas de Direito Administrativo – confiando ao órgão competente uma larga margem – o certo é que a excessiva fluidez de algumas expressões linguísticas – como é o caso – abre as portas à indeterminação quanto aos fins e torna-se praticamente imune ao controlo de legalidade operado pelos tribunais administrativos.

42. Ademais, a directiva, ao enunciar estes critérios, não se lhes refere como sendo especiais. Faz apelo a critérios, gerais ou especiais, que devem ser utilizados regularmente pelos estados-membros para decidir se um determinado projecto, constante do Anexo II, deverá, ou não, ser submetido à avaliação do impacte ambiental.

43. O legislador nacional, ao invés, permite que os órgãos competentes considerem, por exemplo, apenas os efeitos cumulativos especiais, a especial produção de resíduos, a especial extensão do impacte, a especial magnitude, a especial duração, a especial frequência e reversibilidade do impacte.

44. Não parece ser este o sentido da directiva nem subjectiva nem objectivamente interpretada. Deve ter-se presente que, e de novo segundo o Tribunal de Justiça[52], o âmbito de aplicação da directiva é vasto e os seus objectivos são bastante latos, motivo por que o intérprete há-de tomar em consideração este parâmetro.

45. Não se compreende, aliás, se a especialidade é entendida na transposição nacional por aferição das características que os projectos de determinada natureza apresentam, por regra, no nosso país, ou se está em causa uma especialidade intrínseca à própria natureza do projecto. Pode considerar-se especial, por exemplo, um projecto que atinja níveis

[52] Acórdão *Kraaijeveld/Gedeputeerde Staten* (Procº C-72/95) de 24 de Outubro de 1996, em especial, cfr. o considerando n.º 39.

de poluição anormalmente elevados, em relação aos projectos da mesma natureza já executados ou a executar no país, como é possível fazer tábua rasa deste elemento e ter em consideração, apenas e sem mais, o tipo de resíduos produzidos.

46. Pelo exposto, é de concluir que a análise casuística não supre as deficiências do anexo II do Decreto-Lei n.º 69/2000, de 3 de Maio, já observadas.

47. Assim, haverá projectos que serão excluídos, indevidamente, da obrigação de avaliação de impacte ambiental, por desconsideração dos critérios relevantes consagrados no anexo III da directiva.

48. Aliás, como já fora referido na Recomendação n.º 31/B/99, do meu antecessor, formulada em 28 de Outubro de 1999, estes critérios, constituem verdadeiras normas orientadoras a ter em conta na decisão relativa à necessidade de submeter os projectos contidos no Anexo II à avaliação do impacte ambiental. Já nessa data, apesar das contingências temporais por se aproximar o termo do prazo para transposição, sugeria-se ao legislador que procedesse à mais correcta transposição para o direito interno das normas da directiva. Não foi o que aconteceu, como já se pôde ver, com a transposição efectuada através do Decreto-Lei n.º 69/2000, de 3 de Maio. A transposição foi tardia e precipitada.

49. Assim, e porque o legislador continua aquém da plena consagração e consideração dos critérios do anexo III da directiva, Portugal poderá, futuramente, encontrar sérias dificuldades em contestar no Tribunal de Justiça uma acção por incumprimento. Uma hipotética condenação poderá verificar-se ora em termos gerais, por incompleta transposição, ora por força da execução de algum projecto em concreto, que, em virtude da incorrecta transposição, não tenha sido sujeito à avaliação do impacte ambiental.

50. A falta de consagração expressa, pelo legislador nacional, dos critérios constantes do Anexo III é apontada pelos autores mais credenciados como um factor de instabilidade dos

operadores económicos – nacionais e estrangeiros da CE - diminuindo a certeza jurídica necessária à captação de investimentos[53]. Nesta perspectiva, importa notar que estão em causa, quase sempre, elevados montantes e, sem um mínimo previsível de certeza quanto à incidência do dever de avaliação de impacte ambiental, não será de estranhar um aumento da litigiosidade.

51. Caso contrário, a decisão de sujeitar ou não determinado projecto a avaliação de impacte ambiental pode ser contrariada, no âmbito de uma acção judicial, interposta nos tribunais nacionais ou no Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia. A situação é agravada se o financiamento do projecto for comparticipado com fundos comunitários que poderão ser retirados devido ao incumprimento da legislação comunitária, com todas as consequências negativas daí resultantes.

52. Refira-se ainda que os próprios termos em que está redigido o art. 1.º, n.º 3.º, do Decreto-Lei n.º 69/2000, de 3 de Maio, não são particularmente avisados: "podem ainda ser sujeitos a avaliação de impacte ambiental os projectos que ... devam ser sujeitos a essa avaliação". Trata-se de uma evidente tautologia. Com efeito, se os projectos devem ser sujeitos a avaliação de impacte ambiental, então as autoridades competentes devem sujeitá-los a tal procedimento. A utilização do verbo "poder" por contraposição ao verbo "dever" traduz, erroneamente, uma mera faculdade de sujeitar o projecto a avaliação, quando por alguma razão, que o legislador não especifica, o projecto deva ser sujeito a tal.

53. Refira-se ainda que, da análise comparativa entre a legislação nacional de dez estados membros da Comunidade Europeia, foi possível concluir que todos os que optaram pela

---

[53] Neste sentido v. ALEXANDRA DE SOUSA ARAGÃO, Direito Comunitário do Ambiente, CEDOUA, Coimbra, 2002, p. 42; ALEXANDRA DE SOUSA ARAGÃO, JOSÉ EDUARDO DIAS, MARIA ANA BARRADAS, *O novo regime da AIA: avaliação de previsíveis impactes legislativos*, Revista do CEDOUA, Ano III, 1.00, Coimbra, 2000.

análise casuística dos projectos, como modo de aquilatar da sua sujeição a avaliação de impacte ambiental, procederam à transcrição do anexo III da directiva. Inclusivamente, a Dinamarca, aditou outros critérios, tornando assim a operação mais abrangente e rigorosa.

54. Estou em crer, Senhor Ministro, que não é de recear um maior alcance da avaliação do impacte ambiental como obstáculo a novos investimentos de que a economia portuguesa tanto carece. A avaliação, por si, não exclui, não impede, não afasta a criação de riqueza. Apenas a regula, a condiciona, a compatibiliza com outros interesses nacionais e regionais. O que me parece de recear é, isso sim, a menor congruência do sistema aliada à imprevisibilidade da decisão administrativa, mal amparada por uma infeliz transposição.

3º

Conclusões

De acordo com as motivações expostas, e no exercício dos poderes que me são conferidos pelo art. 20.º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

a Vossa Excelência:

a) a iniciativa de transposição, para o ordenamento jurídico português, das prescrições constantes do Anexo III, da Directiva 97/11/CE do Conselho, de 3 de Março de 1997, que alterou a Directiva 85/337/CE do Conselho, de 27 de Junho de 1985, onde se prevêem os critérios de selecção relevantes para a análise casuística dos projectos a submeter a avaliação de impacte ambiental;

b) em consonância, a alteração do disposto no art. 1.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 69/2000, de 3 de Maio, por forma a adequá-lo aos parâmetros de apreciação constantes daquele anexo, suprindo-se assim as lacunas existentes e aclarando a sua redacção.

Dignar-se-á Vossa Excelência, em cumprimento do dever consagrado no art. 38.º, n.º 2, do Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, informar-me da sequência que o assunto venha a merecer.

Aguarda resposta

2.1.3. Processos anotados

R-3415/93
(por reabertura deferida em 2001)
Assessor: Isabel Canto

Assunto: Actividade industrial. Ambiente.

Objecto: Pesticidas. Despejo de efluentes. Rede municipal (acesso à). Discricionariedade técnica. Discricionariedade administrativa.

Decisão: Ouvidas as autoridades ambientais e sanitárias, houve necessidade de obter parecer científico externamente, de cujo teor se concluiria que a imposição pela concessionária dos limites reclamados não se revelava arbitrária nem tão-pouco afectada por erro manifesto de apreciação. Não podendo o Provedor de Justiça, enquanto órgão de controlo externo da Administração Pública, arbitrar um conflito de ordem técnico-científica entre especialistas, deve presumir – na falta de erro manifesto ou de outro vício próprio do exercício de poderes discricionários – pela legalidade da decisão administrativa, motivo por que o processo veio a ser rearquivado.

Síntese:

De novo, em 2001, se reclamava da imposição, pela SANEST, S.A. (empresa concessionária do saneamento da Costa do Estoril), dos limites impostos para a recepção, no sistema dos efluentes industriais resultantes da actividade desenvolvida pela unidade industrial explorada pela reclamante, apontando-se erro de apreciação na adopção daqueles critérios, o que levaria à impossibilidade do cumprimento dos parâmetros adoptados. Em face da recusa, por parte da SANEST, S.A., de admitir os

efluentes industriais é indeferida, pela Câmara Municipal de Sintra, a concessão de licença de utilização.

1. Foi solicitada a intervenção do Provedor de Justiça, reclamando a impetrante da recusa, por parte da Câmara Municipal de Sintra, na emissão de licença de utilização para a unidade industrial em causa, fundada no incumprimento, pela unidade industrial em causa, dos parâmetros impostos pela SANEST, S.A., para a ligação dos efluentes industriais que produz aos colectores públicos por ela explorados.

2. Opunha-se a impetrante, ao facto de invocar a SANEST, S.A., que aceitar tais efluentes, nas condições em que os mesmos se encontravam, acarretaria riscos para o sistema de adução, tratamento e meio receptor.

3. Apontava, ao invés, que os parâmetros impostos pela SANEST, S.A., enfermariam de erros de natureza técnico-científica evidentes e incontroversos.

4. Instada a Direcção-Geral de Saúde a pronunciar-se quanto às objecções deduzidas pelo impetrante, veio esta a acompanhar a posição que sobre o assunto fora adoptada pela SANEST, S.A., ao impor limites mais restritivos do que os fixados pelo Decreto-Lei n.º 236/98, de 1 de Agosto[54], por entender que aqueles melhor salvaguardariam a saúde pública. Opôs, ainda, que a Comissão Europeia admite a imposição de *standards* mais elevados do que os parâmetros enunciados nos anexos XVIII, XIX e XX ao citado Decreto-Lei e que sempre poderia a reclamante construir a sua própria estação de pré-tratamento de águas residuais, de modo a poder, depois, despejá-las no sistema ou, mesmo, construir a sua própria estação de tratamento de águas residuais, requerendo, posteriormente, à Comissão de

[54] Alterado pelo Decreto-Lei n.º 52/99, de 20 de Fevereiro; Decreto-Lei n.º 53/99, de 20 de Fevereiro; Decreto-Lei n.º 54/99, de 20 de Fevereiro; Decreto-Lei n.º 56/99, de 26 de Fevereiro, Decreto-Lei n.º 431/99, de 22 de Outubro; Decreto-Lei n.º 243/2001, de 5 de Setembro. Estabelece normas, critérios e objectivos de qualidade com a finalidade de proteger o meio aquático e melhorar a qualidade das águas em função dos seus principais usos.

Coordenação e Desenvolvimento Regional de Lisboa e Vale do Tejo a autorização para lançamento no meio receptor.

5. Não se resumindo a questão a saber dos poderes da SANEST, S. A., ao estipular, no âmbito da sua discricionariedade técnica, limites mais rigorosos para a recepção de efluentes no sistema de saneamento que explora, do que os previstos, designadamente, no diploma legal acima referenciado, mas a tomar posição sobre se tais limites não resultariam de incontroverso excesso e se não impossibilitariam arbitrariamente o acesso ao sistema por parte da unidade industrial em causa por manifesta falta de base técnico-científica, foi colhido parecer junto de um especialista em Química.

6. Este, veio também a concluir em sentido favorável às condições impostas pela SANEST, S.A., entendendo que estas não se revelam injustificadamente restritivas do acesso ao sistema, nem contraditórias nos seus próprios termos, atento, em especial: a natureza do meio receptor, do sistema de tratamento utilizado, das características dos efluentes industriais e domésticos que recebe, razões de caudal, entre outros. Ressaltou, a este propósito, o facto de o meio hídrico receptor se situar numa zona do litoral em que a confluência entre as águas oceânicas e as águas doces se faz, ainda, sentir, com a especialidade de se tratarem de águas balneares sujeitas, por força da sua utilização, a medidas de protecção adicionais.

7. Não tendo resultado, da instrução do processo, que a motivação de que se reclamava assentava em erro técnico-científico manifesto ou evidente, como vinha alegado pelo reclamante, foi determinado o arquivamento do processo.

R-481/96
Assessor: Maria Ravara

Assunto: Património cultural. Obras.

Objecto: Imóvel classificado. Obras. Remodelação interior. Cinema. Cessação da exploração. *Peep show*.

Decisão: Apenas ao cabo de sete anos de interpelações, e de Recomendação formulada em 2001, foram concretizadas medidas efectivas (ordem de despejo e reposição ao estado anterior), apesar de reconhecida a ilegalidade das obras reclamadas e a lesão para o interesse público que levara à classificação do imóvel por razões históricas e arquitectónicas.

Síntese:

Reclama-se a adopção, pela Câmara Municipal de Lisboa, de medidas que obriguem o proprietário de um antigo cinema da Baixa Pombalina, convertido em recinto para *peep show*, a repor o interior do edifício classificado no seu estado originário.

1. Foi pedida ao Provedor de Justiça a sua intervenção com vista à reabilitação do *Animatógrafo do Rossio*, imóvel compreendido na zona de protecção da Baixa Pombalina, e um dos raros exemplares de Arte Nova em Lisboa.

2. Pôde observar-se que aquele imóvel – destinado à exibição de cinema – encontrava-se sujeito a utilização discrepante – espectáculos eróticos - precedendo obras diversas que terão alterado o seu interior sem o devido licenciamento municipal, mau grado o facto de se tratar de imóvel sob especial protecção, não apenas da fachada como também dos seus interiores.

3. Assim, em 18.04.2001, foi formulada Recomendação à Senhora Vereadora do Pelouro da Conservação de Edifícios da Câmara Municipal de Lisboa (Recomendação n.º 5/A/01), exortando-a a determinar o despejo administrativo sumário do local, por desconformidade com a utilização permitida para o imóvel.

4. Isto, por se revelar medida adequada à reintegração da legalidade, isenta de custos para o erário municipal e compulsória da reposição, pelo infractor, do seu estado anterior.

5. Pronunciou-se a Vereadora em sentido favorável ao acatamento, manifestando disponibilidade para equacionar a

adopção de procedimento administrativo para despejo coercivo e a realização de obras para reposição do valor patrimonial do edifício.

6. Todavia, viria o reclamante dar-nos conta de se manter inalterada a situação de facto, pelo que no decurso do ano de 2002 seriam retomadas diligências junto do novo executivo camarário, com vista a recordar a necessidade de adopção de providências para reintegração dos interesses públicos lesados.

7. Foi transmitido ter sido requerida a legalização das obras de alteração efectuadas no edifício, por parte do proprietário, e que, no âmbito deste procedimento, o Instituto Português do Património Arquitectónico (IPPAR), se pronunciara desfavoravelmente, reiterando, assim, anteriores pareceres já emitidos. Em face do carácter vinculativo do parecer do IPPAR, foi indeferido o pedido de licenciamento.

8. Do mesmo passo, foi promovida a intimação do requerente, em sede de audiência prévia (art. 100º do Código do Procedimento Administrativo), sobre a intenção de promover o despejo coercivo da fracção, a reposição das características patrimoniais do edifício e a eventual expropriação do imóvel, para garantia da fruição pelo público.

9. Propondo-se a Câmara Municipal adoptar medidas adequadas, foi o processo arquivado, por se encontrar cumprida a intervenção do Provedor de Justiça.

R-3260/97
Assessor: Manuela Barreto

Assunto: Ambiente. Poluição. Águas.
Objecto: Efluentes industriais. Descarga. Domínio hídrico. Utilização.
Decisão: Ao cabo de numerosas diligências, junto da Direcção Regional do Ambiente e Ordenamento do Território do Norte e das autoridades de saúde pública,

compreendendo intervenção junto do Governo, foi possível saber que este tipo de situações está longe de constituir uma prática isolada. Prevendo-se, no entanto, a construção de uma estação de tratamento de águas residuais, em Tabuaço, que irá beneficiar a unidade industrial em questão e conhecida a adopção de processo contra-ordenacional por infracção ao regime jurídico do domínio hídrico, pôde ser arquivado o processo.

Síntese:

Reclamava-se do facto de certa unidade da indústria agro-alimentar, instalada em Tabuaço, despejar efluentes, sem tratamento, na rede pública de esgotos, por sua vez vertida em curso de água. Desta situação, não apenas resultaria a contaminação do meio receptor e solos marginantes, como também os moradores se sentiam lesados pela emissão de cheiros.

1. Apresentada queixa contra a poluição ambiental proveniente das descargas de efluentes industriais provenientes de unidade industrial, foram inquiridas, no âmbito da instrução do processo, a Câmara Municipal de Tabuaço, a Direcção Regional do Ambiente e do Ordenamento do Território - Norte e a Autoridade Concelhia de Saúde.

2. Verificando-se que a descarga de efluentes industriais se processava directamente para a rede pública municipal de esgotos, sem qualquer tratamento de depuração, contaminando directamente as águas da ribeira de Fornelos, e em contravenção, por isso, ao disposto no art. 86º, n.º 1, alínea x), do Decreto-Lei n.º 46/94, de 22 de Fevereiro, e nada sendo providenciado, por parte das entidades administrativas antes referidas, para fazer cessar a situação reclamada, apesar da mesma constituir grave atentado contra o ambiente e ser susceptível de fazer perigar a saúde pública, foi o assunto levado à apreciação do Ministro do Ambiente e do Ordenamento do Território do XIV Governo.

3. Do mesmo passo, seria requerida a intervenção da Inspecção-Geral do Ambiente a fim de que promovesse acção inspectiva ao local reclamado, nomeadamente, para:

a) promover a execução de perícia (de acordo com a portaria n.º 200/2002, de 5 de Março), de recolha de amostras dos efluentes líquidos da empresa reclamada, de molde a verificar se aqueles efluentes observavam os parâmetros de qualidade das águas residuais, em cumprimento do disposto no Decreto-Lei n.º 152/97, de 19 de Junho;

b) verificar os motivos que justificariam a aceitação da descarga dos efluentes em causa directamente no sistema municipal de esgotos, atenta a proibição constante do art. 86º, n.º 1, alínea x), do Decreto-Lei n.º 46/94, de 22 de Fevereiro, e o disposto nos arts.10º, n.º 3, alínea e), e art. 26º, n.º 1, da Lei n.º 11/87, 7 de Abril;

c) apurar as razões por que não dispõe a unidade industrial de um sistema autónomo de descarga e tratamento dos seus efluentes;

d) responsabilizar os infractores pelo incumprimento das normas legais aplicáveis em matéria de rejeição de águas residuais;

e) ponderar, atenta a gravidade da infracção, a suspensão do exercício da laboração até que se criassem as necessárias condições de rejeição de efluentes, nos termos definidos na lei.

4. Em sequência do quanto foi solicitado, informaram aqueles serviços de inspecção que, em resultado de acção inspectiva ao local reclamado, terá sido instaurado processo contra-ordenacional aos infractores, encontrando-se em fase de conclusão as obras de construção da Estação de Tratamento de Águas Residuais que servirá o Concelho de Tabuaço, prevendo-se, a curto prazo, a ligação da rede de drenagem de esgotos, facto que permitirá fazer cessar a situação de insalubridade reclamada.

P-13/98
Coordenador: André Folque

Assunto: Urbanismo. Licenciamento. Procedimento administrativo.

Objecto: Obras particulares. Licenciamento. Legalização.

Decisão: As conclusões alcançadas puderam constituir termo de comparação para a análise de queixas individuais, mas foi também possível formular algumas observações ulteriormente transmitidas ao Senhor Presidente da Câmara Municipal de Lisboa.

Síntese:

A fim de poder apreciar algumas reclamações contra atrasos, pela Câmara Municipal de Lisboa, no andamento de pedidos de licenciamento ou de legalização de obras particulares procedeu-se ao exame de 50 processos, aleatoriamente designados, da ex-Direcção Municipal de Planeamento e Gestão Urbanística.

Transcrevem-se do relatório final algumas observações:

Quanto aos objectivos:

« (...) Tratou-se de conhecer a estrutura administrativa da ex-Direcção Municipal de Planeamento e Gestão Urbanística, essencialmente com o objectivo de melhor podermos apreciar as reclamações em que estes serviços eram visados, de modo particular por atrasos na tramitação dos pedidos de licenciamento de obras particulares.

Entre 6-9.07.1998, houve oportunidade de congregar assessores das Áreas n.º 1 e n.º 6 e de levar a cabo a consulta e análise de processos municipais OB (obras). Estes processos tinham sido escolhidos, alguns aleatoriamente, outros por se reportarem a queixas apresentadas ao Provedor de Justiça.

A análise de tais processos deu lugar ao preenchimento de um questionário em fichas (...) e à reprodução de alguns elementos documentais úteis à instrução dos referidos processos organizados sobre queixas.»

Quanto aos resultados:

«Em primeiro lugar, permitiu aos intervenientes (coordenador e assessores) conhecer mais de perto a estrutura e funcionamento da Direcção Municipal de Planeamento e Gestão

Urbanística, assim como a tramitação dos pedidos de licenciamento de obras particulares das mais variadas espécies. Do mesmo passo, facultou-nos elementos relevantes para a instrução de processos concretamente identificados.

Em segundo lugar, permitiu-nos algumas observações, ainda que empiricamente registadas, a saber:

a) indiferenciação no tratamento de pedidos de legalização e de licenciamento, entre projectos de obras de grande envergadura e entre simples trabalhos de alteração;

b) especial celeridade na apreciação de projectos referentes a empreendimentos turísticos, em especial, hotéis, quando comparada com a apreciação de projectos para pequenas obras de natureza doméstica ou familiar;

c) indiferenciação de funções entre o parecer técnico do arquitecto e o parecer do jurista, notando-se que amiúde intervêm um na esfera do outro;

d) concentração excessiva de poderes nas instâncias superiores de decisão;

e) dificuldades na articulação entre a marcha dos processos e os incidentes procedimentais suscitados, pois observou-se que pedidos de informação, projectos de alterações e reclamações dão origem a novos processos;

f) morosidade na circulação de peças documentais – escritas e desenhadas – entre os vários serviços e entre estes e o arquivo.».

Alterações registadas supervenientemente:

a) os serviços em questão foram concentrados no novo edifício camarário (Campo Grande, 25), em termos que garantem maior funcionalidade e menor dispersão das várias unidades departamentais;

b) encontra-se em prática a reestruturação orgânica destes serviços municipais (deliberação da Assembleia Municipal publicada no *Boletim Municipal, de 13.11.2002*), de onde resultou a cisão da ex-Direcção Municipal de Planeamento e Gestão Urbanística em duas novas direcções municipais (Direcção

Municipal de Planeamento e Direcção Municipal de Gestão Urbanística), ao que acresce existir no seio da primeira um Departamento de Projectos e Licenciamentos Especiais, vocacionado para obras de dimensão significativa (deixou de estar quase esgotado no licenciamento dos estabelecimentos de restauração e bebidas, transitado para a Direcção Municipal de Ambiente e Espaços Verdes).

c) foi (...) anunciado pelo Presidente da Câmara Municipal e pela Vereadora com o pelouro do Urbanismo um novo sistema de tramitação e consulta dos processos de licenciamento de obras, denominado programa GESTURBE, o qual se prevê vir a reduzir drasticamente os compassos de atraso e a tornar mais acessível a informação aos interessados;

d) o Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4 de Junho) veio aperfeiçoar a garantia do deferimento tácito dos pedidos de licenciamento e de autorização. Isto, em dois sentidos complementares: ao reforçar as garantias dos particulares no seu reconhecimento e ao intensificar o controlo sobre a legalidade das licenças e autorizações deferidas tacitamente e que possam lesar a legalidade urbanística.

R-5148/98
Assessor: Manuela Barreto

Assunto: Ambiente. Paisagem.

Objecto: Extracção de inertes. Coberto vegetal. Medidas de polícia administrativa. Medidas sancionatórias. Medidas de reconstituição.

Decisão: Concluindo-se pela procedência da reclamação, pôde o processo ser arquivado depois de acompanhadas as iniciativas adoptadas pelas autoridades administrativas visadas, ora no sentido de fazer cessar a actividade

ilícita de extracção de inertes no local, de resto, classificado, ora por execução de obras de reabilitação, necessárias para repor alterações que também as obras públicas de saneamento básico tinham produzido.

Síntese:

Reclamava-se a adopção de medidas por parte da Direcção Regional do Ambiente e Ordenamento do Território – Algarve e da Câmara Municipal de Castro Marim contra os prejuízos ambientais imputados à extracção alegadamente ilícita de inertes no litoral de Castro Marim, nomeadamente a destruição do coberto vegetal e a criação de uma lagoa artificial, como resultado de ter sido perfurado um extenso lençol freático.

1. Providenciou a Provedoria de Justiça, no âmbito da instrução do processo, pela audição da Direcção Regional do Ambiente e do Ordenamento do Território do Algarve e da Câmara Municipal de Castro Marim, com vista a apreciar a legalidade da actividade de extracção de inertes reclamada e as razões que pudessem vir obstando à reposição do terreno nas condições em que se encontrava em momento anterior à prática da mesma.

2. Conclui-se da instrução do processo que a morfologia do terreno sofreu alteração substancial não só pela extracção de inertes antes referida mas, também, em resultado das movimentações de terras que ocorreram aquando da instalação do Sistema Interceptor de Águas Residuais Manta Rota – Altura.

3. Sendo o local em questão classificado, pelo Plano Director Municipal, como zona de preservação de paisagem natural, foi ordenada a cessação da exploração ilegal de inertes e posteriormente determinado o embargo daquela exploração por ter sido abusivamente retomada, em sequência do que terá sido instaurado processo contra-ordenacional contra os infractores.

4. Por outro lado, e após instalação da conduta do sistema interceptor supra referido, foram realizadas, na zona envolvente, obras de aterro, facto que influiu positivamente na recuperação paisagística do local.

R-601/99
Assessor: Maria Ravara

Assunto: Urbanismo. Utilização.
Objecto: Estabelecimento de restauração. Serviço de distribuição domiciliária. Utilização não licenciada. Medidas sancionatórias. Processo contra-ordenacional. Medidas de polícia administrativa. Cessação da utilização.
Decisão: Veio a Câmara Municipal do Porto a providenciar o exercício de poderes de reposição da legalidade, decretando a cessação da utilização não licenciada, após impugnação judicial, com efeito suspensivo, de decisão de aplicação de coima e sanção acessória de encerramento.
Síntese:

Reclamava-se das emissões incómodas imputadas a um estabelecimento de restauração e bebidas com serviço de distribuição domiciliária por velocípedes com motor. A incomodidade respeitava, no essencial, ao ruído no exterior e às emissões de fumos, resultado da confecção de *pizza*, em estabelecimento cuja abertura não se encontrava licenciada nem tão-pouco alguns trabalhos de adaptação.

1. Foi pedida a intervenção do Provedor de Justiça junto das competentes autoridades administrativas relativamente ao funcionamento ilegal e poluente de um estabelecimento de bebidas, sito no Largo... , na cidade do Porto.

2. Para apreciação da queixa que nos foi exposta, procedemos a averiguações junto da Câmara Municipal do Porto, que nos esclareceu não se mostrarem licenciadas as obras levadas a cabo pelo proprietário do estabelecimento, com incidência nas fachadas do edifício e serem deficientes as condições de exaustão de fumos e cheiros, de isolamento acústico e térmico, praticando o

responsável um horário irregular. Mais seria transmitido que fora instaurado procedimento contra-ordenacional contra a ...., encontrando-se em equação a aplicação de sanção acessória de encerramento.

3. Todavia, viriam os reclamantes retorquir perdurar o funcionamento ilegal do estabelecimento, tardando a adopção das pertinentes medidas de reposição da legalidade.

4. Instada a câmara municipal com vista à prestação de esclarecimentos suplementares, apurou-se que por despacho de 02.08.2000, fora a reclamada particular, condenada no pagamento de uma coima no valor de Esc.850$00 e na sanção acessória de encerramento, até à conclusão do processo de licenciamento do estabelecimento comercial. Notificada da decisão, veio a arguida a impugná-la em 27.09.2000, junto do Tribunal de Pequena Instância Criminal do Porto.

5. Na impossibilidade de ser executada a sanção de encerramento, mercê do efeito suspensivo do recurso judicial, prosseguiram as diligências junto daquele órgão, visando persuadir ao exercício dos poderes de demolição das obras ilegais e de despejo sumário da fracção ocupada sem que para o efeito fosse concedida a pertinente licença de utilização.

6. Perante a reiteração das queixas, objectaria o executivo municipal que a sociedade removera um telheiro situado no terraço posterior do estabelecimento e que fora concedido um novo prazo para correcção das deficiências verificadas a nível das condições de funcionamento.

7. Do mesmo passo, apurámos que o tribunal veio a julgar parcialmente o recurso, reduzindo o valor da coima e anulando a sanção de encerramento.

8. Alegariam os moradores que, pese embora a remoção do dito telheiro, não teriam sido desactivados os equipamentos ruidosos ali localizados, concorrendo, também, para a lesão da tranquilidade, o ruído e as vibrações emitidos por vários motores e aparelhos de exaustão e ventilação. Persistiriam, também, os

odores provenientes da chaminé e dos demais mecanismos de extracção de gases e fumos instalados na fachada do edifício.

9. Constatando-se que a câmara municipal se absteria de actuar em sentido convergente com a reposição da legalidade, invocando a disponibilidade manifestada pela infractora para regularizar a situação, foi promovida a realização de uma reunião nas instalações da Câmara Municipal do Porto em 08.04.2003. Nesta reunião, o executivo municipal assumiu o compromisso de tudo fazer para reintegrar a legalidade.

10. Por fim, em 13.06.2003, o mesmo órgão transmitiu-nos que fora proposta intimação para demolição da obra executada sem licença, para reposição do edifício no estado anterior à infracção e para cessação da utilização.

11. Como tal, pôde determinar-se o arquivamento do processo organizado.

R-710/99
Assessor: Miguel Feldmann

Assunto: Urbanismo. Edificações. Beneficiação.
Objecto: Obras públicas. Metropolitano. Danos. Responsabilidade civil extracontratual. Reparação.
Decisão: Foi determinado o arquivamento do processo, apenas depois de o Metropolitano de Lisboa E.P., ter apresentado uma concreta proposta de ressarcimento pelos danos causados em edifício da baixa pombalina.
Síntese:

Reclamava-se a execução de obras de beneficiação que reparassem determinada edificação urbana, na baixa pombalina de Lisboa, cuja causa se atribuía às obras de ampliação da rede do metropolitano. A complexidade da relação poligonal entre inquilinos, senhorio, empreiteiro, seguradora e a dona da obra vinha constituindo um sério entrave à resolução da questão controvertida.

1. Requereu-se a intervenção da Provedoria de Justiça junto da Câmara Municipal de Lisboa e do Metropolitano de Lisboa E.P. com fundamento na alegada omissão de medidas contra o estado de degradação de uma edificação urbana sita na baixa lisboeta, imputado à execução de obras de ampliação da rede de metropolitano.

2. Através de vistoria efectuada pelos serviços do Departamento de Conservação de Edifícios e Obras Diversas da Câmara Municipal de Lisboa, a pedido da Provedoria de Justiça, confirmou-se o estado do edifício e determinou que o seu proprietário fosse intimado no sentido de promover a realização de obras de beneficiação.

3. O Metropolitano de Lisboa E.P. comunicou que a responsabilidade pelos alegados danos havia sido transferida para uma seguradora, tendo sido efectuada a competente participação e encontrado-se o sinistro em análise. A situação revelava-se complexa, porquanto antes das obras reclamadas o edifício se encontraria já degradado.

4. Na sequência de posteriores diligências, apurou-se que o procedimento administrativo para a intimação do proprietário do prédio sofrera atrasos devido à venda do imóvel e consequente necessidade de actualização das informações sobre a identidade do novo titular junto da Conservatória do Registo Predial.

5. Por seu turno, e após diversas insistências efectuadas no âmbito da instrução do processo, o Metropolitano de Lisboa E.P. informou ter sido apresentada uma proposta de ressarcimento dos danos no edifício.

6. Tendo a situação reclamada sofrido alterações significativas com vista à sua resolução, foi determinado o arquivamento do processo.

R-637/00
Assessor: Carla Vicente

Assunto: Urbanismo. Licença de utilização. Domínio público.
Objecto: Edificação. Desvio de implantação. Acessão imobiliária. Usucapião. Imprescritibilidade.
Decisão: Foi determinado o arquivamento do processo depois de se considerar a situação como estando em vias de resolução, ao ser acolhido entendimento proposto à câmara municipal, no sentido de propor a desafectação do domínio público municipal e emitir licenças de utilização parcelares (para as fracções não incluídas).
Síntese:

Reclama-se do indeferimento de pedidos de licença de utilização para as fracções de um conjunto residencial, impossibilitando os seus proprietários de procederem à alienação, dada a exigência notarial, no acto de escritura pública, de conferência da licença municipal. Se as edificações tinham sido indevidamente implantadas em terrenos do domínio público municipal, a negligente fiscalização camarária concorrera para o resultado.

1. Em 2000, foi solicitada a intervenção do Provedor de Justiça relativamente a edificações sitas na Av. ... , Porto, executadas por ...

2. Tais edificações terão sido executadas, em parte, sobre terrenos do domínio público municipal, razão pela qual tem sido recusada a emissão das licenças de utilização. Sem licença de utilização, e por força do disposto no Decreto-Lei n.º 281/99, de 26 de Julho, encontra-se interdita a celebração de todo e qualquer contrato de transmissão dos imóveis que importe a forma de escritura pública.

3. Em face do sucedido, e para ultrapassar a situação, teria sido acordada com o município do Porto a permuta de terrenos. Todavia, tendo em consideração o largo período de tempo decorrido desde a aquisição das fracções, e por razões atinentes a vicissitudes pessoais da mais variada ordem (partilhas por morte, por divórcio), os condóminos tiveram dificuldade em habilitar um

mandatário com os poderes necessários à outorga na necessária escritura pública.

4. Assim, a autarquia local continuaria a aguardar a apresentação das necessárias procurações, o que já se verificara não ser exequível.

5. Depois de instada a responder, a Câmara Municipal do Porto informou-nos que os edifícios foram construídos ao abrigo da licença de construção n.º .../82, a qual foi, posteriormente, subdividida em cinco fases.

6. Para a primeira e segunda fases fora emitida a licença de utilização n.º .../95, ficando a licença de utilização das restantes fases condicionada à permuta de terrenos, necessária ao acerto das áreas ocupadas e não ocupadas. Tratou-se de procedimento manifestamente incorrecto, mas que, pelo decurso do tempo, já não foi objecto de reprovação.

7. Após várias diligências, foi-nos transmitido estar agendada, para deliberação da câmara municipal, uma proposta de resolução da presente questão.

8. Reconhecendo-se que a génese do problema radica em 1982, pretendia-se admitir que a situação estaria regularizada pelo decurso do tempo, isto é, através da usucapião de imóveis (art. 1287º do Código Civil: «*A posse do direito de propriedade ou de outros direitos reais de gozo, mantida por certo lapso de tempo, faculta ao possuidor, salvo disposição em contrário, a aquisição do direito a cujo exercício corresponde a sua actuação*» e art. 1296º, quanto ao maior prazo – de 20 anos).

9. Assim, a câmara municipal deixaria de exigir a realização da escritura de permuta, das parcelas de terrenos referidas, como condição para a emissão das licenças de utilização.

10. Porque esta solução mereceu algumas reservas, sob o ponto de vista jurídico, foram enunciadas outras hipóteses para resolução do problema reclamado.

11. Com efeito, os bens do domínio público, por natureza e por força do art. 202.º, n.º 2 do Código Civil, não podem ser objecto de apropriação individual e, consequentemente, estão

subtraídos do comércio jurídico. Assim, não se podem constituir, sobre bens do domínio público, todos e quaisquer direitos reais, nomeadamente, os que se constituem pela posse, como é o caso da usucapião (neste sentido, v. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, 2.ª Sub., Proc. 36.717, de 20.06.1995).

12. Perante esta posição, a câmara municipal entendeu inflectir a sua posição e considerar necessário desafectar do domínio público a área de terreno ocupada pelo prédio reclamado, nos termos do art. 53.º, n.º 4, alínea b), da Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro, porque as parcelas em causa perderam as características que tinham justificado a sua dominialização.

13. Quanto às parcelas de terreno, que constituem os passeios pedonais envolventes do prédio, a câmara municipal entende que as mesmas poderão integrar o domínio público municipal, através da posse das mesmas, porque conexionada com actos da administração que manifestam a intenção de destinar a coisa a uso público.

14. Assim sendo, por despacho do Senhor Vereador do Pelouro de Urbanismo e Mobilidade, datado de 05.11.2002, reconheceu-se que os obstáculos que obstavam à emissão da licença de utilização para o prédio reclamado, se encontrariam ultrapassados.

15. De resto, foi determinado que estes procedimentos não deverão obstar à emissão de licenças de utilização parcelares, podendo as mesmas ser emitidas de imediato, desde que se verifiquem os restantes requisitos legais.

R-1044/00
Assessor: Maria Ravara

Assunto: Ambiente. Ruído.
Objecto: Estabelecimentos de bebidas. Licença de utilização. Emissão de ruído. Controlo técnico. Meios.

Decisão: Como, depois de interpelada, veio a Câmara Municipal de Loulé a fiscalizar a actividade dos três bares e a adoptar providências idóneas e como, por outro lado, se conformaram os proprietários com as pertinentes exigências, foi determinado o arquivamento do processo organizado.

Síntese:

Reclama-se a adopção, pela Câmara Municipal de Loulé, de medidas que obriguem os responsáveis por três estabelecimentos de bebidas (bares), sitos em Vilamoura e não licenciados, a conterem o ruído e respeitarem as demais prescrições legais e regulamentares próprias da actividade e da protecção dos direitos ambientais dos vizinhos.

1. Foi pedida a intervenção do Provedor de Justiça junto das competentes autoridades administrativas, em relação ao funcionamento, em especial, no período nocturno, de três bares, sitos na Marina de Vilamoura, por motivo de alegada perturbação da segurança e da tranquilidade dos veraneantes alojados nas imediações.

2. Para apreciação da queixa, foram desenvolvidas averiguações junto da Câmara Municipal de Loulé, a qual seria interpelada a respeito do licenciamento das actividades reclamadas, dos condicionalismos horários autorizados, da conformidade das condições de funcionamento com os pertinentes requisitos de índole legal e regulamentar, nomeadamente em matéria de propagação de ruído.

3. Viria a ser informado que o bar (x) e o bar (y) dispunham de alvará de licença sanitária, emitido ao abrigo da legislação que se aplicava aos estabelecimentos de bebidas, ao tempo, designados similares (Decreto-Lei n.º 328/86, de 30 de Setembro), antes da publicação do actual regime jurídico (Decreto-Lei n.º 168/97, de 4 de Julho).

4. Já a exploração do estabelecimento (z) ter-se-ia iniciado ao arrepio do pertinente licenciamento, pelo que viria a câmara municipal a intimar o proprietário para cessar a actividade até que

fosse concedido título habilitante. Assim, veio este bar a encerrar até à concessão de uma autorização provisória de funcionamento (em 20.07.2000).

5. Pedidos esclarecimentos complementares acerca do fundamento legal daquela autorização provisória, seria reconhecida a precariedade da situação, por falta de previsão legal que permitisse emitir uma licença provisória de funcionamento, no sector da restauração e bebidas. Do mesmo passo, foi-nos transmitido que a câmara municipal, consequentemente, instaurara um procedimento sancionatório contra o proprietário, em razão de o mesmo manter funcionamento não autorizado, tal como lhe foi imposta redução do horário de abertura ao público.

6. Ouvida, por seu turno, quanto à incomodidade imputada ao ruído das actividades reclamadas, viria a ser-nos facultada cópia de relato de ensaios acústicos atinentes ao estabelecimento (z), executados em 29.05.2000. De acordo com os técnicos autores do relatório, a laboração do estabelecimento não provocaria agravamento dos níveis sonoros registados no local, já de si elevados.

7. Como aquele órgão autárquico não acedesse, prontamente, às solicitações da Provedoria de Justiça, no sentido de ser levada a cabo a caracterização do ruído imputado ao funcionamento dos três estabelecimentos, alegando, por um lado, a insuficiência de meios técnicos e humanos e, por outro, a revisão, em curso, dos requisitos fixados ao exercício das actividades ruidosas, (mercê da publicação do Decreto-Lei n.º 292/2000, de 14 de Novembro, contendo o novo Regulamento Geral sobre o Ruído), entendeu-se ser de insistir pelo exercício dos poderes de fiscalização. Em particular, foi sugerido ao executivo municipal que, perante a invocada carência de meios próprios, solicitasse a colaboração de terceiras entidades, de reconhecida competência técnica.

8. No âmbito da apreciação desta e de outras queixas apresentadas na Provedoria de Justiça, contra a falta ou insuficiência de acções de fiscalização e de medidas para contenção

e repressão das situações de poluição sonora, tende a concluir-se estar comprometida a boa execução do regime jurídico das actividades ruidosas.

9. Por conseguinte, veio o Provedor de Justiça chamar a atenção do Governo, observando a necessidade de reforço dos meios financeiros e do pessoal técnico afectos aos serviços públicos com poderes próprios no domínio da fiscalização do ruído.

10. A necessidade de incrementar os meios e de incentivar a formação e qualificação dos funcionários e agentes veio a ser reconhecida pelo Governo que, mediante a publicação do Decreto-Lei n.º 258/2002, de 23 de Novembro, procurou dar resposta a esta ordem de preocupações.

11. Na sequência de medições acústicas realizadas em Maio de 2002, foi deliberada a redução do horário de funcionamento do estabelecimento z e a selagem de aparelho limitador de som, para garantia da adequada contenção das emissões sonoras.

12. Em 07.10.2002 foi levada a cabo uma nova acção de fiscalização, para apurar se o funcionamento de cada um dos três estabelecimentos reclamados se conformaria com as prescrições do Regulamento Geral do Ruído, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 292/2000, de 14 de Novembro. Foi concluído que os três estabelecimentos respeitariam os parâmetros ali definidos.

13. Em face do exposto, foi deliberado pela câmara municipal revogar a restrição horária anteriormente imposta à exploração do estabelecimento (z). Admite a câmara municipal a possibilidade de vir a ser realizada ulterior acção de fiscalização quanto a este estabelecimento, para dissipar as dúvidas suscitadas por um dos condóminos a respeito da eficácia da selagem do limitador de som.

14. Tanto quanto foi possível saber, com base nos elementos disponibilizados, terá sido obstada a lesão ambiental. Do mesmo passo, foi regularizada a exploração do estabelecimento, mediante a concessão do pertinente alvará de licença de utilização.

R-1443/00
Assessor: Miguel Feldmann

Assunto: Ambiente. Ruído.

Objecto: Estabelecimento de bebidas. Licença de utilização. Medidas de polícia administrativa. Sanções administrativas. Encerramento.

Decisão: No decurso da instrução do processo, veio a ser emitida licença municipal para serviços de restauração, após realização de vistoria comprovando a adequação do estabelecimento para tal fim. Por outro lado, foi efectuada medição acústica que observou a conformidade dos níveis sonoros com os limites estabelecidos na lei, o que permitiu fosse arquivado o processo.

Síntese:

Reclamava-se a adopção, pela Câmara Municipal de Oeiras, de medidas tendentes à:

i) execução da ordem de encerramento de um estabelecimento de café por falta de licença para serviços de restauração; e

ii) à contenção do ruído provocado pelo seu funcionamento.

1. Foi solicitada a intervenção deste órgão do Estado junto da Câmara Municipal de Oeiras a respeito do funcionamento de estabelecimento de restauração por motivo da falta de licença camarária, circunstância com base na qual havia sido determinado o seu encerramento.

2. Mais se opunha a queixosa à ausência de medidas contra a alegada perturbação da tranquilidade dos residentes no edifício.

3. Promoveram-se diligências instrutórias junto do referido órgão autárquico, questionando-se acerca do licenciamento da

actividade reclamada e da conformidade das condições de funcionamento com requisitos legais e regulamentares, especialmente em matéria de propagação de ruído.

4. Em resposta, a Câmara Municipal informou ter organizado procedimento de natureza contra-ordenacional, por se encontrar o estabelecimento reclamado em actividade sem licença. Acrescentava só poder determinar o seu encerramento a título de sanção acessória.

5. Tal posição ilustra a confusão entre o conceito de sanções administrativas de natureza contra-ordenacional e medidas de polícia administrativa, designadamente entre a sanção de encerramento de estabelecimento (art. 39.º, n.º 1, alínea c), do Decreto-Lei n.º 168/97, de 4 de Julho), acessória às coimas aplicadas pelas contra-ordenações previstas no art. 38.º do referido diploma, e o poder de decretar o despejo sumário das edificações ou fracções quando sejam ocupados sem a necessária licença ou autorização de utilização (art. 109, do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro).

6. Viria, porém, o estabelecimento a ser licenciado, após a realização de vistoria confirmando a observância das normas relativas às condições sanitárias e à segurança contra riscos de incêndio.

7. Efectuada medição acústica na residência da queixosa com vista a aferir a procedência da reclamação quanto à incomodidade ruidosa, concluiu a avaliação levada a cabo pelos competentes serviços municipais que os níveis sonoros apurados cumpriam os limites estabelecidos no Decreto-Lei n.º 292/2000, de 14 de Novembro.

8. Encontrado-se regularizada a situação em que vinha funcionando o estabelecimento objecto de queixa e ultrapassada a situação de incomodidade sonora, procedeu-se ao arquivamento do processo.

9. Determinou, porém, o Provedor de Justiça que se elaborasse uma nota a remeter à Associação Nacional dos Municípios Portugueses, dando conta do erro de direito observado

e que parece comum aos serviços de muitas câmaras municipais: considerarem que apenas nos termos e pelos fundamentos do direito contra-ordenacional podem decretar o encerramento de estabelecimentos de restauração e bebidas não licenciados.

R-3135/01
Assessor: José Luís Cunha

Assunto: Ambiente. Resíduos sólidos urbanos.
Objecto: Serviço público de recolha. Estaleiro. Localização. Incomodidade. Insalubridade.
Decisão: O processo pôde ser arquivado definitivamente, depois de iniciada a transferência do estaleiro para outro local, a cargo da Câmara Municipal de Cascais.
Síntese:

Reclama-se da localização do estaleiro da SUMA – Serviços Urbanos e Meio Ambiente, S.A., empresa que procede à recolha de lixo e limpeza urbana no Município de Cascais, por se encontrar na proximidade de habitações. Mais se reclamava da falta de controlo municipal sobre o excessivo incómodo causado pela actividade.

1. Na reclamação que deu origem ao presente processo era afirmado, em síntese, o seguinte:

2. Desde há cerca de quatro anos que se encontrava instalado, em Matos Cheirinhos, S. Domingos de Rana, Cascais, numa área habitacional, um estabelecimento que servia de estaleiro da SUMA, S.A., o qual servia para a guarda e manutenção das viaturas de recolha do lixo e equipamentos vários (v.g. contentores de lixo), bem como para vestiário e instalações de apoio ao pessoal envolvido naquele serviço;

3. O seu funcionamento causaria, de forma constante, incómodos diversos para os moradores das habitações vizinhas, de

entre os quais se destacavam a danificação dos pavimentos das ruas, o ruído, as poeiras e maus cheiros;

4. Teria sido afirmado aos moradores, pelo anterior Presidente da Câmara Municipal de Cascais e pelo então Vereador com o pelouro, que, até Junho de 2000, as instalações em causa seriam mudadas para outro local.

5. Ouvida a Câmara Municipal de Cascais apurou-se que os contactos junto da SUMA, S.A., no sentido da deslocação das instalações para local adequado, estavam a ter continuidade, tendo-se traduzido na deslocação provisória do estaleiro, atenuando substancialmente os incómodos. O novo executivo municipal, confirmava o seu interesse na resolução do problema, anunciando, nomeadamente, que:

6. As novas instalações da SUMA seriam instaladas junto ao aterro sanitário de Trajouce, em local isolado;

7. Estaria a ser negociado o acordo necessário com a SUMA para arrendamento daquele terreno camarário, prevendo-se uma conclusão positiva a curto prazo;

8. Era difícil de prever o prazo efectivo para a transferência, dada a necessidade de obras de construção civil, mas nunca menos de seis meses, sem embargo de se providenciar a maior urgência possível;

9. No que respeita à reabilitação dos terrenos ocupados pela SUMA, em Matos-Cheirinhos, não estariam previstas intervenções da Câmara Municipal de Cascais, dado tratar-se de terrenos particulares, muito embora esta estivesse atenta para impedir utilizações inapropriadas para zonas urbanas.

10. Com base em tais pressupostos, que apontavam no sentido da resolução do problema, fora determinado o arquivamento do processo.

11. Porém, a reclamante veio requerer a sua reabertura, afirmando que as actividades do estaleiro haviam sido retomadas e que o processo de transferência se mantinha numa situação de impasse.

12. Parecendo, a esta luz, justificar-se, de novo, a intervenção do Provedor de Justiça, foi determinada, em 09.12.2002, a reabertura da instrução.

13. Ouvida a Câmara Municipal de Cascais, a respeito da situação exposta no pedido de reabertura, esta veio prestar informação detalhada, dando conta da inspecção às instalações reclamadas e das medidas tomadas, no sentido da correcção dos efeitos prejudiciais para o ambiente decorrentes do seu funcionamento (designadamente, nos domínios das águas residuais e dos resíduos), e bem assim de modo a concretizar a transferência das instalações, a partir de 01.10.2003, na sequência de contrato de arrendamento celebrado em 30.06.2003.

14. A Câmara Municipal de Cascais terá, igualmente, informado os moradores sobre as medidas adoptadas.

15. Ouvida a reclamante sobre o teor das informações prestadas pela edilidade, esta nada veio dizer, pelo que o processo foi arquivado, presumindo-se estar definitivamente ultrapassada a situação reclamada.

R-3140/00
Assessor: Carla Vicente

Assunto: Ordenamento do território. Obras públicas.

Objecto: Via de comunicação. Traçado. Reserva ecológica nacional. Área de paisagem protegida. Matas nacionais.

Decisão: Advertida a presidente da Câmara Municipal de Almada para ilegalidade da aprovação do projecto, viria este órgão a ser notificado de sentença judicial que determinou a sua anulação, motivo por que deliberou suspender *sine die* o início da obra, justificando-se da parte do Provedor de Justiça o arquivamento do processo organizado.

Síntese:

Reclama-se do projecto da Via Turística Almada, obra rodoviária a construir pelo Município de Almada, por ser lesiva à reserva ecológica nacional e por infringir as vinculações territoriais específicas do local atravessado, compreendido na Área Protegida da Arriba Fóssil da Costa de Caparica.

1. Foi solicitada a intervenção do Provedor de Justiça por oposição à obra de construção da designada *Via Turística de Almada*.

2. Apenas na sequência de sentença proferida pelo Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa, que anulou os referidos actos, por violação do Regime Jurídico da Reserva Ecológica Nacional, em sintonia com as objecções que a Provedoria de Justiça precedentemente formulara, o Município de Almada manifestou a intenção de acatar aquela decisão judicial adiando, *sine die*, o projecto de execução da obra.

3. Da instrução do processo, fora possível indiciar que os actos de aprovação dos projectos de execução da referida estrada municipal eram nulos, ora por falta de autorização do Presidente da Comissão Instaladora da Paisagem Protegida da Arriba Fóssil da Costa da Caparica, ora por infracção ao Regime Jurídico da Reserva Ecológica Nacional.

R-3815/00
Assessor: José Luís Cunha

Assunto: Ordenamento do território. Obras públicas.

Objecto: Estrada. Traçado. Localização. Aglomerado urbano. Tráfego. Segurança rodoviária. Impacte ambiental. Participação dos interessados.

Decisão: Embora se conclua que o traçado definido não encontra expressa consagração no plano director municipal, sempre poderá este ser alterado, de modo a fixar a opção prevista, a qual surge justificada pela necessidade de

evitar o atravessamento do aglomerado urbano. Empreendida acção de mediação entre os proprietários reclamantes, a Câmara Municipal e o IEP, a posição dos primeiros revelar-se-ia irredutível, em termos que comprometeriam algumas cedências, de modo a reduzir os inconvenientes de ordem ambiental.

Síntese:

Reclamava-se da Câmara Municipal de Tomar e do Instituto das Estradas de Portugal quanto à definição do traçado, junto a Valdonas, para a ligação rodoviária entre o Nó n.º 2 do IC-3 e a cidade de Tomar.

1. Na queixa que deu origem ao presente processo de reclamação, contestava-se a localização projectada para o troço rodoviário reclamado, invocando-se, em síntese, que o traçado escolhido seria o mais gravoso dos ponderados, por afectar maior número de proprietários, que a zona escolhida possuiria vocação residencial e que o traçado violaria, ainda, as disposições do Plano Director Municipal de Tomar, por não se encontrar contemplado nesse plano.

2. Realizadas múltiplas diligências instrutórias, junto da Câmara Municipal de Tomar e do ex-ICOR (actual IEP), o processo permanecia numa situação de impasse, caracterizada pela demora e insuficiente clareza das informações prestadas, bem como pela ausência de perspectivas de resolução do problema.

3. Por essa razão, foi decidido promover a deslocação ao local e a reunião com os diversos intervenientes (câmara municipal, IEP e reclamantes), visando averiguar os interesses em presença e analisar conjuntamente as perspectivas de solução do problema.

4. Contactada em primeiro lugar a câmara municipal, esta manifestou interesse na conclusão rápida, a cargo do IEP, de um troço de acesso seguro à cidade de Tomar, rejeitando, todavia, a possibilidade de utilização do traçado da actual Estrada Municipal n.º 531 (EM 531), por entender que esta, ao atravessar um

aglomerado populacional de Valdonas, poria em risco a segurança rodoviária e a qualidade de vida dos moradores.

5. De seguida, teve lugar, nas instalações da Provedoria de Justiça, uma reunião com representantes do IEP, no âmbito da qual foi prestado esclarecimento sobre o assunto, justificando-se a opção pelo traçado proposto pelas seguintes razões:

a) O referido nó rodoviário constitui a ligação mais central à cidade de Tomar, a este, entre um nó situado a norte e um nó localizado a sul;

b) A ligação desse nó rodoviário, com cerca de 2 km de extensão, encontra-se condicionada pela localização dos respectivos pontos terminais – o nó rodoviário, a este, e uma rotunda de ligação, localizada na Estrada Municipal n.º 531 (AM 531), a oeste;

c) Neste quadro, havia, basicamente, duas opções:

1) O traçado da EM 531, que constitui a ligação mais directa, mas que atravessa a povoação de Valdonas;

2) Um traçado alternativo, que não poderia ser muito distante;

d) A utilização do traçado da EM 531 revelava-se gravemente inconveniente, e mesmo perigosa, uma vez que, em tal situação, o tráfego da referida estrada iria aumentar (trata-se do acesso mais directo à cidade), servindo, nomeadamente, o novo hospital, enquanto seria difícil obter o espaço necessário para alargamento da plataforma da estrada, de modo a permitir a realização de uma via minimamente adequada, sem afectar gravemente as condições de qualidade de vida daquela povoação;

e) Assim, optou-se por uma localização alternativa. Para este efeito, o único corredor em que se revelava possível construir a referida estrada sem afectar nenhuma construção existente seria o adoptado no actual projecto, elaborado pelo IEP;

f) Também se evitou introduzir maiores desvios no traçado projectado, de modo a torná-lo atractivo, desincentivando-se os automobilistas de continuarem a recorrer à EM 531.

6. A execução da referida ligação havia sido prevista enquanto trabalho complementar à empreitada de execução do próprio nó rodoviário, motivo pelo qual se havia decidido agir com rapidez, dispensando, nomeadamente, a realização de avaliação do impacte ambiental. Todavia, com a liquidação da empreitada de execução do nó rodoviário, tal possibilidade extinguiu-se, tornando-se, agora, necessária a realização de novo procedimento, em todas as vertentes envolvidas (financeira, ambiental, expropriatória e de contratação).

7. No que respeita às perspectivas de solução para o problema, o IEP manifestou disponibilidade para realizar uma ligação de impacte mais reduzido (1x1 faixas de rodagem), adoptando medidas especiais de minimização para proteger o ambiente e a qualidade de vida dos moradores de Valdonas. Tal redução teria, ainda, as vantagens de diminuir o custo da obra e de dispensar a necessidade de procedimento de avaliação do impacte ambiental.

8. Foi, então, realizada, também na Provedoria de Justiça, uma reunião com os representantes dos reclamantes, na qual estes referiram que os valores que consideram ameaçados com o projecto reclamado são a qualidade de vida dos moradores de Valdonas e a integridade das propriedades afectadas pelo respectivo traçado. Ponderadas as vias de solução para o problema, os reclamantes manifestaram-se a favor da adaptação da EM 531 para realização do acesso, ou da construção de um novo acesso a sul, suscitando reservas quanto à admissibilidade do traçado reclamado, ainda que reduzido para 1x1 faixas de rodagem.

9. Tendo todos os intervenientes manifestado interesse na procura de uma solução concertada, foi então proposta, pela Provedoria de Justiça, uma reunião conjunta, que viria a ter lugar na Câmara Municipal de Tomar, da qual se registou, no essencial, o seguinte:

a) Foram debatidas as razões da adopção do traçado reclamado e a rejeição das diversas alternativas ponderadas,

sobretudo, tendo ficado sublinhada pelo IEP e pela câmara municipal a inadmissibilidade, por razões de segurança, da adopção do traçado da EM 531;

b) Ponderada a possibilidade de redução do n.º de faixas de rodagem para 1x1, foi observado que isso, para além de implicar uma redução significativa do custo da obra (mesmo consideradas medidas de minimização suplementares, como barreiras acústicas e arborização), permitiria que o projecto não desse origem a um procedimento de avaliação do impacte ambiental, promovendo a celeridade da sua execução. Por outro lado, observou-se não fazer sentido que o troço de acesso do IC3 possua 2x2 faixas de rodagem, enquanto o próprio IC3 tem 1x1;

c) Assim, o IEP manteve a sua disponibilidade para executar a obra, reformulando o projecto no sentido da redução do traçado para 1x1 faixas de rodagem e execução de medidas de minimização;

d) A câmara municipal admitiu, também, a possibilidade de redução do traçado proposta pelo IEP, tendo-se igualmente disponibilizado para proceder à requalificação da EM 531 (que passaria a adquirir características urbanas, limitando-se ao trânsito local) e do aglomerado de Valdonas, a fim de melhorar a qualidade de vida desta povoação;

e) Os reclamantes, contudo, mantiveram a sua oposição a qualquer solução que implique o traçado reclamado, ainda que com a redução proposta pelo IEP, insistindo nas alternativas de um novo traçado a sul (com a construção de um novo nó rodoviário a menos de 1 km do actual), ou de adaptação da EM 531;

f) Atenta a indisponibilidade, por parte do IEP e da câmara municipal, para considerar traçados alternativos ao projectado, os reclamantes de ponderar a solução proposta e de informar a Provedoria de Justiça sobre as medidas que considerariam necessárias para, nesse quadro, assegurar a qualidade de vida dos moradores de Valdonas.

10. Após a reunião, os reclamantes vieram reiterar a sua oposição do traçado projectado, com as adaptações propostas pelo IEP.

11. Na impossibilidade de obtenção de acordo dos reclamantes, procedeu-se à análise da legalidade da situação acima exposta, tendo-se concluído no sentido da nulidade da decisão relativa à localização do traçado reclamado, por violação do plano director municipal, nos termos do disposto no art. 103º do Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de Setembro, uma vez que não se encontrava contemplada neste plano à data da decisão.

12. Contudo, também se concluiu que nada obstava à renovação dessa decisão, desde que fossem respeitados os seguintes requisitos:

a) A prévia alteração do PDM no sentido de contemplar o troço rodoviário reclamado (a qual foi promovida pela Câmara Municipal de Tomar);

b) A prévia desafectação dos terrenos da REN ou da RAN necessários para o efeito, nos termos do disposto no art. 4º, n.º 2, alínea c), do Decreto-Lei n.º 93/90, de 19 de Março (com a redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 213/92, de 12 de Outubro), e no art. 2º, n.º 2, alínea d), do Decreto-Lei n.º 186/89, de 14 de Junho, respectivamente.

13. Nada obstava, igualmente, à renovação das decisões relativas ao projecto de execução da estrada, desde que respeitados os seguintes requisitos:

a) Caso se optasse por uma estrada com 1x1 faixas de rodagem, o respeito pelas normas relativas à construção e funcionamento da estrada, com especial destaque, neste caso, para as normas relativas à qualidade do ar e ao ruído;

b) Caso se optasse por uma estrada com 2x2 faixas de rodagem, aos requisitos enunciados no n.º anterior acresceria a sujeição a procedimento de avaliação do impacte ambiental;

14. Por fim, não pôde deixar de se ter presente a justificação do traçado reclamado acima exposta e a sua inevitabilidade, atentos os requisitos exigíveis ao acesso do IC3 a

Tomar e os inconvenientes da utilização da EM 531 para esse efeito, seja para a segurança rodoviária, seja para o ambiente e qualidade de vida do aglomerado seja, ainda, para os proprietários das casas confinantes com a EM 531.

15. Neste quadro, a solução acordada pelo IEP e pela Câmara Municipal de Tomar, na reunião conjunta acima referida (redução da estrada para 1x1 faixas de rodagem, minimização do seu impacte ambiental e na requalificação do aglomerado de Valdonas), não apenas se afigurava possível como se revelava favorável para a protecção dos valores em causa.

16. O único interesse que permaneceria lesado, numa tal situação, seria o da preservação da integridade e das potencialidades de aproveitamento urbanístico das propriedades dos reclamantes.

17. Contudo, tal lesão não se afigurava juridicamente inadmissível, desde que ocorresse dentro da legalidade e fosse acompanhada de formas adequadas de compensação, nomeadamente, no quadro da expropriação.

18**.** Observando que as ilegalidades acima indiciadas eram passíveis de correcção, através da alteração do plano director municipal, e que se encontrava em curso a revisão do projecto, no sentido da atenuação do seu impacte negativo e da promoção global da qualidade de vida no aglomerado em causa, foi determinado o arquivamento do processo, ao abrigo do disposto no art. 33º do Estatuto do Provedor de Justiça, tendo sido dirigida, à Câmara Municipal de Tomar e ao Instituto das Estradas de Portugal, uma chamada de atenção relativa à necessidade de cumprimento dos requisitos acima enunciados, no quadro da renovação das decisões relativas ao projecto da estrada e à expropriação.

R-5166/00
Assessor: Maria Ravara

Assunto: Ambiente. Ruído. Segurança. Paisagem.

Objecto: Pedreiras. Licenciamento. Explosões. Ruído. Paisagem. Reserva Ecológica Nacional. Avaliação do impacte ambiental.

Decisão: Pôde ser determinado o arquivamento do processo, depois de a Direcção Regional do Ambiente e Ordenamento do Território de Lisboa e Vale do Tejo ter acolhido o entendimento que a Provedoria de Justiça lhe apresentara no sentido de a classificação dos solos na Reserva Ecológica Nacional constituir impedimento dirimente à própria avaliação de impacte ambiental, mostrando-se, por esse motivo, inviabilizado o projecto de ampliação da exploração. Este facto, a acrescer ao encerramento de uma das pedreiras reclamadas, à significativa redução da laboração na outra e ao silêncio dos moradores, criaram a convicção de que a situação conhecera uma evolução favorável, mostrando-se atendida a reclamação.

Síntese:

1. Nos termos da queixa que determinou a organização do presente processo, a exploração de duas pedreiras, em Trancoso e em S. Romão, concelho de Vila Franca de Xira, acarretaria risco para a saúde e a segurança de pessoas e bens, imputado às explosões promovidas, ao intenso ruído propagado por equipamento de corte de pedra e à dispersão de poeiras na atmosfera.

2. Inquiridas as entidades visadas, concluiu-se mostrar-se indiciada a desconformidade das actividades de exploração de massas minerais com os pertinentes requisitos legais. A apreciação efectuada pela Provedoria de Justiça, condensada no parecer que se transcreve no capítulo dos pareceres, foi exposta à Direcção Regional de Lisboa e Vale do Tejo do Ministério da Economia (DRE-LVT), tendo em vista a adopção das pertinentes medidas de reintegração do interesse público.

3. Do mesmo passo, solicitámos esclarecimentos complementares à Direcção Regional do Ambiente e do Ordenamento do Território de Lisboa e Vale do Tejo (DRAOT-LVT).

4. Analisados os esclarecimentos que, entretanto, nos foram facultados, constatou-se que a situação mereceu uma evolução positiva, encontrando-se a incomodidade ambiental substancialmente debelada.

5. Assim, informou-nos o Instituto do Ambiente, através de ofício de 22.07.2002, que se encontraria desactivada a pedreira explorada pela ... e que a ..., apenas laboraria três dias por semana. Quanto a esta última, não foi observado qualquer impacte ambiental por motivo de libertação de partículas provenientes da exploração. Do mesmo passo, a DRE-LVT comunicar-nos-ia que a DRAOT concedera parecer favorável ao licenciamento da exploração em 27.11.2001, tendo em conta o plano de recuperação paisagística apresentado, que permitiria minimizar os impactes negativos sobre a população vizinha.

6. Determinou a autoridade ambiental a execução imediata da plantação, o reforço da vegetação e a arborização da zona de defesa. Informou, ainda, a entidade licenciadora terem cessado as queixas por motivo de rebentamentos de explosivos, o que se terá ficado a dever à adopção de providências para reforço das condições de segurança de pessoas e bens.

7. Promovida audição dos reclamantes, para conhecer da persistência dos factores de incomodidade, tal como descritos na exposição inicial, nenhuma resposta nos foi prestada.

8. Entretanto, foi conhecido o facto de a ... ter apresentado um pedido de ampliação da pedreira, com vista à avaliação do respectivo impacte ambiental. No âmbito deste procedimento, foi colhido parecer favorável da DRE-LVT e parecer negativo da Câmara Municipal de Vila Franca de Xira.

9. Interveio, de novo, a Provedoria de Justiça junto da DRE-LVT e da DRAOT-LVT, contestando a utilidade no desenrolar de um procedimento de avaliação de impacte

ambiental de um projecto cuja localização colide com os imperativos de ordenamento do território.

10. Na verdade, reconhecendo a câmara municipal que a exploração se mostraria incompatível com o uso dos solos, entendemos que não deveria sequer ser iniciado o estudo de impacte ambiental.

11. A DRAOT-LVT viria a retorquir-nos que o requerente apresentara uma mera proposta de delimitação do âmbito do estudo de impacte ambiental, tratando-se de um procedimento preliminar ao procedimento de AIA.

12. Veio a DRAOT-LVT a adoptar posição conforme com o respeito pela legalidade urbanística, emitindo parecer desfavorável sobre a pretendida ampliação.

13. Em face do exposto, foi decidido o arquivamento do processo, concluindo-se pelo atendimento da reclamação procedente.

R-101/01
Assessor: Carla Vicente

Assunto: Urbanismo. Obras.

Objecto: Obras clandestinas. Demolição. Competência. Irrenunciabilidade. Imprescritibilidade. Relação jurídica administrativa. Relações colaterais. Legalização.

Decisão: Foi determinado o arquivamento do processo porque a Câmara Municipal de Arouca reconheceu que a obra reclamada seria passível de legalização. Não obstante, foi efectuado um reparo porquanto se absteve de exercer o poder sancionatório devido.

Síntese:

Reclama-se da recusa oposta pela Câmara Municipal de Arouca em ordenar a demolição de obra clandestina executada por inquilino, sustentando que o senhorio deve aguardar o desfecho de

acção judicial que propôs contra o arrendatário e mais alegando que o tempo transcorrido – cerca de 20 anos - desde a execução das obras determinara a prescrição do poder municipal de adoptar providências.

A)

1. Foi solicitada por senhorio a intervenção do Provedor de Justiça contra a falta de medidas de reposição da legalidade urbanística, pela Câmara Municipal de Arouca, quanto a obras realizadas sem prévia licença municipal por inquilino do primeiro.

2. A câmara municipal confirmaria a situação, opondo porém desconhecer quando teriam sido executadas as obras, como justificação para a omissão reclamada. Entendia que o decurso do prazo poderia ter implicado a prescrição do poder/dever de ordenar a demolição das obras ilegais. Ademais, haveria dúvidas quanto ao seu autor material: se o proprietário se o arrendatário. Estas questões estariam a ser objecto de apreciação judicial, no âmbito de uma acção de despejo entretanto proposta pelo proprietário do locado, com fundamento em inovações executadas sem a sua autorização.

3. A câmara municipal fundava aquele entendimento no art. 309.º, do Código Civil, na falta de norma administrativa que dispusesse directamente sobre os efeitos do decurso do tempo no exercício da competência. Adiantava que, por revelar esta norma um princípio geral de direito, seria pacífico que tal princípio deveria ser tomado em conta na determinação do poder/dever agir da Administração Pública.

4. Este seria, aliás, o entendimento perfilhado pelas comissões de coordenação regional e pela Direcção-Geral da Administração Autárquica, e adoptado pelo Secretário de Estado da Administração Local e do Ordenamento do Território, nos termos do Despacho n.º 13/87, publicado no Diário da República II Série, n.º 95, de 24 de Abril de 1987.

5. A câmara municipal invocava ainda o ensino de Marcello Caetano, quando este autor afirmava que, de entre os factos materiais que constituem, modificam ou extinguem relações jurídico-administrativas teria de ser considerado o factor tempo. Assim, a prescrição extintiva, como a prescrição aquisitiva, poderiam opor-se à Administração Pública, nos termos gerais do direito privado e também em casos especialmente contemplados na lei administrativa.

6. A posição contrária provocaria na generalidade das autarquias locais, a mais completa insegurança jurídica e até social, porquanto a maior parte das construções edificadas há três ou quatro décadas, teriam sido executadas sem licenciamento. Exigir o seu licenciamento ou a sua demolição quando, na maior parte dos casos, quem as habita já não coincide com o autor material das obras, seria, se exequível, factor de elevada perturbação social e provocaria o despejo de numerosas famílias.

7. Contrapôs-se que a aplicabilidade de normas de Direito Civil à actuação administrativa e, em particular, a integração de uma aparente lacuna do Direito Administrativo pela norma constante do art. 309.º, do Código Civil, merecia as maiores reservas. Tão-pouco se mostravam inexoráveis as consequências previstas como fruto da imprescritibilidade.

8. Com efeito, a competência atribuída aos presidentes das câmaras municipais para ordenarem a demolição de obras ilegais, actualmente prevista no art. 106.º, do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, com a redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4 de Junho, destinar-se-ia a salvaguardar os interesses públicos subjacentes às normas aplicáveis, designadamente de ordenamento territorial, de salubridade, estética e segurança das edificações.

9. De resto, com excepção das obras que se mostrem susceptíveis de legalização (ao abrigo do art. 106º, n.º 2 do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação que substituiu o regime consignado no art. 167º do citado Regulamento Geral das

Edificações Urbanas), tratava-se de um poder vinculado, como vem sendo reconhecido pela jurisprudência dos tribunais administrativos.

10. Sem prejuízo de entender as razões de segurança e certeza jurídica que terão inspirado aquela tomada de posição, entendeu-se não ser de aceitá-la, porquanto, admitir que o não exercício do poder público ora em análise, pelo respectivo órgão e por um dado período de tempo, determina a sua extinção, poria em causa, de forma irremediável, o interesse público lesado.

11. E, exactamente, porque, além da certeza e segurança jurídica dos particulares, estará em causa o bem comum, a ausência de uma norma que preveja um prazo de prescrição para o exercício de uma dada competência pública não tem que ser entendida como uma lacuna da lei. Antes resulta de uma ponderação de valores por parte do legislador e traduz a ideia de que o objectivo de interesse público subjacente à norma que atribui um poder vinculado deve poder ser atingido a todo o tempo, ainda que, dessa forma, se afectem situações que possam persistir há muito tempo e as expectativas que as mesmas possam ter criado nos interessados.

12. Só esta interpretação, aliás, parece de acordo com o princípio da prossecução do interesse público (art. 4.º, do Código de Procedimento Administrativo) e com a irrenunciabilidade e inalienabilidade da competência (art. 29.º).

13. Na verdade, a aplicação de um prazo prescricional à competência pública traduziria a atribuição a esse mesmo órgão da possibilidade de renunciar ao poder em que estava investido, mediante o seu não exercício, pelo prazo previsto.

14. Ora, nem mesmo no direito privado se admite a prescrição de direitos indisponíveis, como resulta claro do disposto no art. 298º, n.º 1, do Código Civil.

15. Como tal, ainda que se admitisse a existência de uma lacuna, o que não se concede, a mesma não poderia ser integrada por recurso à norma prevista no art. 309.º do Código Civil, uma vez que esta norma foi prevista, apenas, para os direitos que estão

na disponibilidade do seu titular, o que, manifestamente, não acontece com os poderes vinculados cometidos aos órgãos administrativos.

16. A conclusão enunciada não está isolada. Encontra apoio na doutrina urbanística (cfr. ANTÓNIO PEREIRA DA COSTA, Regime Jurídico de Licenciamento de Obras Particulares Anotado, Coimbra, 1993, p. 175 e seg.).

17. Também na jurisprudência se encontra eco deste entendimento. Nesse sentido, apontaram-se à Câmara Municipal de Arouca os acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 17 de Janeiro de 1958 e de 12 de Março de 1996, proferidos, respectivamente, nos processos n.º 5067 e n.º 37413.

18. Por outro lado, embora relativo a outro âmbito de questões urbanísticas, importa referir o disposto na Lei n.º 91/95, de 2 de Setembro (regime jurídico das áreas urbanas de génese ilegal), onde se confirma o entendimento aqui perfilhado. Este diploma é aplicável, não só às operações físicas de parcelamento destinadas à construção, mas também às construções ilegais aí existentes, ainda que estes factos tenham ocorrido em data anterior a Novembro de 1965 (art. 1.º, n.º 3).

19. É previsto, não só o dever de legalização destas construções, como também, em certos casos, da sua demolição, mesmo quando tenham já decorrido 30 anos desde a sua construção. Não é, pois, admitido qualquer prazo prescricional, como limite para a ordem de demolição de construções ilegais. A falta de previsão de um qualquer prazo prescricional para a ordem de demolição de construções ilegais resulta igualmente do disposto no Decreto-Lei n.º 804/76, de 6 de Novembro.

B)

20. No tocante ao invocado desconhecimento da pessoa que executou as mesmas obras, não parece que deva ter-se como questão prévia que obste ao exercício das competências municipais (art. 31º, do Código do Procedimento Administrativo).

21. Com efeito, a relação jurídica administrativa estabelece-se entre a autoridade administrativa e o proprietário do prédio onde foi executada a obra ilegal, ainda que este possa excepcionar com o facto de não ter sido o executor nem o executante da obra cuja demolição está em causa.

22. Até porque o "*direito de propriedade tem em si a virtualidade de absorver tudo o que, por força da natureza ou por acção do homem, se vier a incorporar no seu objecto*" (J. PIRES DE LIMA/J. ANTUNES VARELA, Código Civil Anotado, III, 2ª ed., p. 137).

23. Assim, ainda que o mesmo prédio ou sua fracção se encontre tomado de arrendamento, a ordem administrativa de demolição de uma obra ilegal deverá ser notificada ao proprietário, o qual poderá, por seu turno, obter o ressarcimento pelas despesas a que a demolição dê lugar, junto do inquilino que haja promovido a materialmente inovações não consentidas nem justificadas (em face de situação em tudo idêntica, v. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 2 de Julho de 1991, Proc.º 25814).

24. De outro modo, a prossecução do interesse público estaria, sistematicamente, impedida, por questões controvertidas de direito privado entre terceiros, relativamente às quais não podem os órgãos administrativos tomar posição.

25. Nesta linha – de dissociação entre a autoria da obra e a responsabilidade perante a Administração Pública – referiu-se ainda o disposto no art. 11º do Decreto-Lei n.º 268/94, de 25 de Outubro, quando ali se estabelece, em matéria de propriedade horizontal, que as intimações administrativas para demolição de quaisquer obras (nas partes comuns) são dirigidas e notificadas ao administrador do condomínio, independentemente de quem tenha sido o seu autor.

26. E, no mesmo sentido, ANTÓNIO PEREIRA DA COSTA defende que a "*demolição é imposta ao proprietário, independentemente de ter sido ele quem construiu*", apoiando-se na jurisprudência dos tribunais comuns que admitem a

legitimidade do proprietário, à data da propositura da acção, mesmo quando ele não tenha sido o construtor da obra.

27. Acresce que tem sido admitido ao proprietário o direito de regresso contra o construtor da obra, podendo chamá-lo à autoria em acção contra si deduzida (ob.cit., p. 176 e seg.).

28. Por conseguinte, o facto de a execução das obras ilegais ser imputada a sujeito diferente do proprietário insere-se num litígio entre privados que não compete à autarquia dirimir e que, pela sua natureza, não pode justificar a inércia dos órgãos competentes, investidos nos seus poderes por normas de direito público, ordenadas à protecção do interesse público.

29. A Câmara Municipal de Arouca veio informar que, em tempo, já adoptara entendimento quanto à irrelevância do desconhecimento do autor da obra. Contudo, invertera a sua posição persuadida pela Inspecção-Geral da Administração do Território. Este último órgão diz-se sustentar que a ordem de demolição só pode ser dirigida ao proprietário do imóvel quando este também seja dono da obra ilegal. Caso contrário, será o autor material da obra o responsável pela sua demolição.

C)

30. Não obstante, advertiu-se que bastaria que as obras reclamadas fossem susceptíveis de legalização – por satisfazerem ou poderem satisfazer os requisitos legais e regulamentares – para que cessassem os pressupostos do dever de demolição (art.º 106.º, n.º 2 do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação). Ainda que esta decisão não obvie à necessidade de posterior legalização da obra reclamada, permite salvaguardar o interesse público na situação, independentemente da decisão judicial que vier a recair sobre o litígio privado colateral.

31. Porém, limitou-se a câmara municipal a informar dos requisitos legais e regulamentares a que a legalização da obra estaria sujeita, ao abrigo do Regulamento do Plano Director Municipal de Arouca.

32. Esclareceu-se que não era da susceptibilidade de legalização, em abstracto, que se cuidava saber, mas da verificação, em concreto, das características da obra, por contraposição com as exigências legais e regulamentares de segurança, estética e salubridade das edificações.

33. Com efeito, a ordem de demolição não é uma consequência necessária e inelutável da ilegalidade ou da irregularidade da obra. Para afastar os pressupostos do dever de demolição basta que, numa primeira fase, os órgãos competentes reconheçam que as obras são susceptíveis de serem licenciadas ou autorizadas ou ainda que é possível assegurar a sua conformidade com as disposições legais e regulamentares aplicáveis, mediante trabalhos de correcção ou de alteração, conforme se admite no art. 106.º do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação.

34. Assim, o procedimento poderá desenvolver-se em duas fases. Numa primeira, o órgão competente toma posição sobre se a demolição de tais obras pode, ou não, ser evitada e, podendo sê-lo, numa segunda fase, o interessado encontra-se sob o ónus de promover o pedido de legalização.

35. Para fundar a opção entre ordenar a demolição, ou não, é necessária a prévia realização de actos de instrução próprios, de modo a verificar a existência e os atributos próprios da construção.

36. Consequentemente, caso não seja apresentado qualquer projecto pelo infractor, a câmara municipal pode simplesmente valer-se da obra já executada que constitui, de resto, um meio privilegiado para a apreciação, *in loco*, da sua viabilidade.

37. Além do mais, a lei permite que aquele juízo se fundamente, não apenas na obra já realizada, mas também em trabalhos de correcção ou de alteração a realizar e que condicionarão, necessariamente, a conformidade da obra com as disposições legais e regulamentares aplicáveis. Contudo, nem sequer se exige que a autoridade administrativa se comprometa,

ab initio, com a definição do tipo de trabalhos de correcção ou de alteração a realizar.

38. Casos haverá em que só perante uma análise pormenorizada do projecto de arquitectura e dos projectos das especialidades se poderá formular um juízo mais conclusivo.

39. Pelo exposto, verifica-se que o enquadramento normativo da decisão, que permitiria evitar a demolição da obra, concede uma ampla margem de apreciação ao órgão decisor, em contraposição com o juízo que se desenvolveria na segunda fase, quanto à legalização da mesma, e que seria quase totalmente vinculado, ora quanto ao procedimento ora no que diz respeito aos termos da decisão.

40. Deve ainda notar-se que o reconhecimento da faculdade de legalização das obras, nos termos do art. 106.º do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação, não representa uma imediata ou automática legalização das obras já realizadas, pois o referido juízo tem apenas o alcance de diferir a apreciação final.

41. Com efeito, o juízo de mera viabilidade de legalização não obsta a que, posteriormente, e perante um pedido formal de legalização das obras, apresentado pelo infractor, seja formulado um juízo de sentido contrário, concluindo-se pelo indeferimento, nomeadamente por não terem sido levados a cabo os trabalhos de correcção ou alteração necessárias.

42. Aquele primeiro acto não é constitutivo de qualquer direito para o infractor, eximindo-o apenas da obrigação de demolir a obra realizada ilegalmente.

43. Constituído é, isso sim, o ónus de, subsequentemente, formular o pedido de legalização, que virá a ser apreciado pela câmara municipal.

D)

44. Ulteriormente, foi-nos transmitido pela Câmara Municipal de Arouca que, sob o ponto de vista urbanístico, era possível legalizar as obras reclamadas, contanto fossem

introduzidos certos trabalhos de correcção, em especial, ao nível da cobertura e das paredes exteriores.

45. Advertiu o Provedor de Justiça para a necessidade de a câmara municipal intimar o proprietário para proceder à legalização das obras clandestinamente executadas e introduzir, querendo, as obras de correcção ou alteração necessárias, sob pena de a câmara municipal ordenar a demolição.

46. A omissão da câmara municipal na adopção das medidas sancionatórias foi objecto de reparo entendendo-se que a inércia dos serviços municipais, em face destas questões, para além do mais, gera nos infractores e na comunidade, em geral, um sentimento difuso de impunidade que abre a porta à reincidência destes comportamentos, à revelia das prescrições legais, de forma tal que se diluem as responsabilidades e se quebra colectivamente o sentido do dever de obediência para com as autoridades municipais.

R-1682/01
Assessor: António Passos Leite

Assunto: Ordenamento do território. Ambiente. Património cultural.

Objecto: Instrumentos de gestão territorial. Plano de pormenor. Imóvel de interesse concelhio. Reserva Ecológica Nacional.

Decisão: Foi determinado o arquivamento do processo, já que viria a ser rejeitada pela Assembleia Municipal de Cascais a proposta de Plano de Pormenor Carcavelos/Sul, impugnada pelos reclamantes e que, do mesmo passo, seriam divulgados pela comunicação social novos dados atinentes ao estudo preliminar do Plano de Pormenor para a Quinta do Barão, bem acolhido pelo fórum Carcavelos.

Síntese:

Reclamava-se, no essencial, do plano de pormenor que estaria em vias de aprovação pela Assembleia Municipal de Cascais para Carcavelos-Sul, na medida em que comprometeria imóveis de interesse histórico e arquitectónico. Por outro lado, eram reclamadas obras públicas e particulares lesivas da Reserva Ecológica Nacional e dos aquíferos.

1. Solicitou o Movimento ... a intervenção do Provedor de Justiça junto das entidades com atribuições nos domínios urbanístico, ambiental, de ordenamento do território e de salvaguarda do património cultural, tendo em vista a tutela dos valores ambientais e culturais associados ao núcleo edificado e respectiva envolvente na Quinta do Barão e na Quinta dos Ingleses, em Carcavelos.

2. Impugnou, na primeira linha, a proposta de Plano de Pormenor de Cracavelos/Sul, que viria, todavia, a ser rejeitada pela Assembleia Municipal de Cascais, em finais de 2001, determinando o saneamento do processo no que respeita às questões relativas àquele projecto de regulamento.

3. Questionou, igualmente, entre outros aspectos associados ao malogrado plano de pormenor, os prejuízos causados pela realização de obras de construção de uma variante à E.N. 6-7, de ligação do nó da A5 (Carcavelos) à EN 6 (Av. Marginal).

4. Manifestaram, ainda, os reclamantes a sua oposição à localização da Feira de Carcavelos, a norte da linha férrea, em terreno da Reserva Ecológica Nacional.

5. Sobre este item, informaria a Câmara Municipal de Cascais tratar-se de uma instalação provisória, a qual deveria retomar a anterior localização, após a conclusão das obras da variante 6/7 e que a ocupação de solos da REN pelos feirantes, em zona de leito de cheia, foi precedida de autorização dirigida à DRAOT-LVT. Não foram efectuadas acções de desmatação no local nem impermeabilizado o solo, pelo que a utilização contestada não contraria o regime jurídico da REN. Tanto quanto

apurámos, não seriam efectuadas descargas de resíduos para a Ribeira de Sassoeiros.

6. Os resíduos sólidos seriam recolhidos pelos serviços municipais terminada a feira, processando-se as descargas de águas residuais nas instalações sanitárias existentes no mercado.

7. No que tange às lesões para o património edificado de relevante interesse cultural, nomeadamente à invocada deterioração do portal e pilares da Alameda do Colégio da Quinta dos Ingleses, esclareceu a câmara municipal que os mesmos não se encontrariam classificados como valores concelhios, apenas beneficiando da protecção conferida a tais imóveis o edifício principal da quinta.

8. O IPPAR informou-nos que o traçado da variante EN 6-7 (ligação do nó da AE Carcavelos à AE 6) (Av. Marginal) se sobrepunha à zona de protecção da adega da Quinta do Barão, pelo que solicitou ao Instituto para a Construção Rodoviária a suspensão das obras da variante bem como o envio de projecto de execução para parecer. Em 18.12.2001 o IPPAR ordenou ao proprietário da Quinta do Barão que promovesse todas as acções necessárias à salvaguarda dos imóveis classificados, nomeadamente a reposição do varandim e o arranjo da cobertura da antiga adega. Posteriormente, apurámos que o projecto da variante fora aprovado pelo IPPAR, com autorização do atravessamento do perímetro da zona de protecção, merecendo parecer positivo um plano de plantação reportado às áreas marginais da via.

9. Em face do teor dos esclarecimentos que nos foram prestados e, bem assim, da divulgação de notícia relativa à elaboração de um estudo preliminar do Plano de Pormenor para a Quinta do Barão, de iniciativa camarária, que se afiguraria favorável à queixosa, admitimos encontrar-se devidamente encaminhada a queixa, pelo que viria a ser arquivado o correspondente processo.

R-2197/01
Assessor: José Luís Cunha

Assunto: Urbanismo. Servidões administrativas.
Objecto: Edificação. Estrada nacional. Zona *non aedificandi*. Estrada municipal. Plano director municipal. Afastamentos. Loteamento urbano. Pressupostos.
Decisão: Ao cabo de extensas averiguações e complexa análise jurídica, pôde concluir-se pela improcedência da reclamação e determinar-se o arquivamento com a completa elucidação do queixoso.
Síntese:

Reclamava-se da licença de construção deferida pela Câmara Municipal de Resende para edifício de habitação multifamiliar, por contravenção à necessidade de loteamento, às regras sobre estacionamento privativo e, em especial, por invadir zona de protecção à Estrada Nacional n.º 222, ao mesmo tempo que impedia a fruição da paisagem sobre o vale do Douro.

1. Na queixa que deu origem ao presente processo de reclamação, foi invocada a ilegalidade do licenciamento da construção acima identificada, alegando-se, para além da existência implícita de uma operação de loteamento, a violação dos art.s 14º (Afastamentos das construções), 16º (Estacionamento) e 45º (Edificabilidade e afastamentos [relativos à estrutura viária concelhia]) do Regulamento do Plano Director Municipal de Resende, ratificado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 68/93, de 16 de Novembro (RPDM).

2. De acordo com o exposto na queixa, o interesse essencialmente visado pelo reclamante é o de ver respeitadas as normas legais e regulamentares que assegurem a visibilidade do vale do Douro a partir da sua propriedade, uma vez que o edifício

reclamado, situado abaixo daquela, impediria a adequada fruição da paisagem.

3. Perante os magros resultados das numerosas diligências instrutórias desenvolvidas junto da Câmara Municipal de Resende, foi promovida, pela Provedoria de Justiça, a deslocação ao local, para análise presencial da situação e reunião com os responsáveis municipais. Nesta reunião, apurou-se, a respeito das diversas questões suscitadas na reclamação, o seguinte:

3.1. No que respeita ao regime jurídico aplicável ao procedimento em causa e à existência de dois projectos de arquitectura (I fase e II fase), a Câmara Municipal de Resende informou que:

3.1.1. Existem dois procedimentos relativos ao mesmo objecto, visando o segundo (proc. n.º .../01), proceder à alteração do inicial (proc. n.º .../98);

3.1.2. A licença de construção inicial (proc. n.º .../98) foi emitida em 06.11.2001, tendo por base a deliberação de aprovação do projecto de arquitectura de 16.10.2001, e encontra-se titulada pelo alvará de licença de construção n.º .../01;

3.1.3. Em 04.11.2001, foi requerida a alteração ao projecto de arquitectura, aprovado em 16.10.2001, tendo sido organizado o processo n.º 399/01, no âmbito do qual viria a ser aprovado novo projecto de arquitectura, em 04.12.2001, e emitida uma nova licença de construção, em 08.11.2002, titulada pelo alvará de licença de construção n.º .../02;

3.1.4. É essa a razão por que a Câmara Municipal de Resende refere uma I Fase (projecto inicialmente aprovado) e uma II Fase (projecto de alterações). Assim, tal referência não corresponde a um faseamento da execução da obra, mas, apenas, à necessidade de distinção entre o projecto de arquitectura inicialmente aprovado, no âmbito do processo n.º .../98, e o que veio a ser aprovado no âmbito do proc. n.º .../01;

3.1.5. A alteração constante do processo n.º .../01 consistiu, fundamentalmente, no acréscimo de um terceiro corpo ao edifício, a nascente;

3.1.6. O procedimento no âmbito do qual foi licenciada a construção regeu-se pelo disposto no Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro;

3.1.7. Todavia, tendo o procedimento de alteração tido início em 04.11.2001, após a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4 de Junho, viria a reger-se pelo disposto neste último diploma;

3.1.8. Embora o edifício seja constituído por três corpos estruturalmente autónomos, trata-se de uma unidade funcional, expressa na intercomunicação ao nível da cave, da frente do edifício e de alguns espaços comerciais, assim como no facto de o estacionamento se encontrar organizado em termos de conjunto, e não por corpos (i.e., um lugar afecto a uma fracção existente num dos corpos pode situar-se na área de outro, pois o espaço de estacionamento é comum);

3.1.9. Estando em causa apenas uma propriedade, esta não foi objecto de divisão jurídica ou material. Todo o espaço de implantação se mantém comum.

3.2. No que respeita ao cumprimento das regras de afastamentos, estabelecidas no art. 14º do RPDM de Resende, foi indicado que:

3.2.1. No art. 14º do RPDM excepciona-se o dever de respeito pelas distâncias de afastamento aí estabelecidas em situações de encosto com edifícios existentes ou previstos para o local;

3.2.2. Uma vez que, no projecto de arquitectura inicial, a implantação do edifício se estendia até ao limite da propriedade, o deferimento ficou condicionado à verificação (ou, em bom rigor, à indução) de uma situação de encosto, a qual apenas poderia ter lugar se os proprietários do terreno confinante viessem a apresentar um projecto de edificação no local (de acordo com um estudo de conjunto elaborado pela câmara municipal);

3.2.3. Todavia, por falta de acordo com os proprietários do terreno vizinho, o requerente do licenciamento da construção

reclamada teve de reformular o projecto, a fim de respeitar a distância de afastamento estabelecida no referido art. 14º do RPDM, pelo que a implantação do edifício foi recuada para cinco metros, em relação ao limite do terreno.

3.3. No que respeita ao respeito pelos índices de estacionamento estabelecidos no art. 16º do RPDM, verificou-se que:

3.3.1. Ficou assegurado um número de lugares superior ao mínimo estabelecido no art. 16º do RPDM;

3.3.2. A afectação dos lugares ocorreu em termos globais, uma vez que o espaço de estacionamento é comum.

3.4. Quanto ao cumprimento das normas legais que estabelecem a distância de afastamento entre a plataforma da construção projectada e a Estrada Nacional n.º 222 (EN 222), foi oposto pela câmara municipal o seguinte:

3.4.1. No entender dos serviços municipais competentes, seria aplicável, no presente caso, o disposto no art. 8º, n.º 2, alínea b), do Decreto-Lei n.º 13/71, de 23 de Janeiro, que estabelece que as distâncias de afastamentos impostas pelo número anterior (nomeadamente, a constante da alínea d) do n.º 1 desse artigo), não se aplicam às construções dentro de centros populacionais que estivessem dotados de anteplanos, planos de urbanização ou planos de alinhamentos, que regessem as referidas construções. Nestes termos entendeu-se que, nos centros populacionais, se aplicavam, unicamente, as disposições do PDM (nomeadamente, as do art. 11º);

3.4.2. Tal entendimento terá sido reforçado pela actuação da ex-JAE que, ao proceder à definição da variante à EN 222, não estabelecera quaisquer restrições naquele local, ao contrário do que viria a suceder em outras localidades do mesmo concelho, para as quais tinham sido estipulados alinhamentos;

3.4.3. No aglomerado em causa, pretende-se proceder à colmatação da estrutura urbana, de modo a tornar coerente e homogénea a paisagem. Tal desiderato seria inviável se

coexistissem alinhamentos díspares, conforme se trate de edifícios antigos (junto à estrada) ou de edifícios novos;

3.4.4. Assim, e tendo presente que é o Decreto-Lei n.º 13/94, de 15 de Janeiro, que conforma a situação, a Câmara Municipal de Resende tem por manifestamente inadequada - constituindo, por isso, uma lacuna - a falta de consagração, neste diploma, de excepções ao cumprimento das regras de afastamentos, nomeadamente, em casos como o presente;

3.4.5. Por esta razão, a Câmara Municipal de Resende sustenta que se estende a aplicação da excepção prevista no art. 8º, n.º 2, alínea b), do Decreto-Lei n.º 13/71, relativa a aglomerados urbanos e cujos alinhamentos estejam regulados em planos de urbanização (conceito que, no entender da câmara municipal, deverá compreender o Plano Director Municipal);

3.4.6. Por outro lado, a câmara municipal observou que o cumprimento das regras de afastamento estabelecidas no Decreto-Lei n.º 13/94, no caso reclamado, não contribuiria de forma relevante para a satisfação dos objectivos visados pela lei, uma vez que o alinhamento dos restantes edifícios junto à estrada não permitiria a criação do desejado espaço livre ao longo da via.

3.5. No que respeita ao cumprimento das regras constantes do art. 45º do Regulamento do PDM de Resende, foi manifestado o entendimento de que:

3.5.1. Uma vez que a zona em causa se integra nas zonas de construção do tipo II, previstas nos art.s 22º a 25º do RPDM, o regime aplicável seria o dos art.s 10º a 17º, por força do disposto no art. 22º, n.º 2, do citado regulamento;

3.5.2. Por essa razão, não foram aplicados os afastamentos estabelecidos no art. 45º, alínea a), do RPDM, nem as restantes disposições deste artigo;

3.5.3. Assim, a volumetria e os alinhamentos do edifício em causa reger-se-iam pelo critério do art. 11º do RPDM, ou seja, pelo alinhamento/cércea dominantes do conjunto em que se insere o edifício (uma vez que não existem planos de pormenor ou de alinhamentos no local).

4. Na sequência desta reunião, foi realizada uma primeira análise da situação, apontando na sentida desconformidade do acto de licenciamento reclamado com as disposições do Plano Director Municipal de Resende e do Decreto-Lei n.º 13/94, de 15 de Janeiro, relativas à implantação do edifício junto à Estrada Nacional n.º 222 (art. 45º, alíneas c) e d), do Regulamento do PDM, e art. 5º, n.º 1, alínea c), do Decreto-Lei n.º 13/94).

5. Contudo, também se ponderava que as citadas ilegalidades poderiam revelar-se, em concreto, de escassa relevância jurídica: por um lado, porque as normas violadas não protegiam o interesse visado na reclamação – a visualização do vale do Douro a partir da casa do reclamante - não obstando, designadamente, ao licenciamento de um novo edifício, respeitando tais normas; por outro, porque tais ilegalidades não envolviam uma lesão relevante do interesse público protegido pelas normas violadas – a protecção da estrada nacional – uma vez que, não apenas a via se apresenta, naquela zona, com as características de uma via urbana, como se encontra prevista a deslocação do troço da Estrada Nacional n.º 222 que atravessa a vila de Resende para uma variante exterior.

6. A fim de esclarecer este aspecto, foram desenvolvidas diligências junto do Instituto das Estradas de Portugal a fim de averiguar o estatuto jurídico do troço rodoviário diante do qual está implantada a construção reclamada, tendo-se apurado que:

6.1. o troço da EN 222 que inicialmente atravessava o centro da vila de Resende (entre o Km. 102+900 e o Km. 104+500), fora transferido para a rede viária municipal, como o atesta o auto da transferência para a rede viária municipal de Resende, outorgada, em 27.10.1995 e homologada pelo Secretário de Estado das Obras Públicas em 10.01.1996;

6.2. Desta homologação resultou a desclassificação do referido troço e, consequentemente, a sua exclusão da área de jurisdição do IEP;

6.3. Desclassificado este troço, o actualmente designado por "Variante à Estrada Nacional 222" não se integra na rede

viária nacional pelo que terá, forçosamente, o estatuto de estrada municipal.

7. Analisada a situação reclamada à luz destas informações, concluiu-se o seguinte:

7.1. No que respeita ao regime jurídico aplicável ao procedimento, (em especial, ao processo n.º .../01):

7.1.1. Embora o pedido tenha dado entrada posteriormente à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 555/99 (04.11.2001) verificou-se que, àquela data, ainda não tinha sido emitida a licença de construção cujo projecto se pretendia alterar (de acordo com a informação prestada pela Câmara Municipal de Resende, esta licença viria a ser emitida em 06.11.2001);

7.1.2. Tendo a alteração sido requerida antes da emissão da licença de construção, não haveria razão para se organizar novo processo, sendo de manter o processo inicial, aplicando-se o Decreto-Lei n.º 445/91, por força do disposto no art. 128º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 555/99;

7.1.3. Todavia, na falta de oposição do requerente, e atento o disposto no art. 128º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 555/99, não se afigura juridicamente relevante tal irregularidade.

7.2. No que respeita à existência de dois projectos de arquitectura – e tendo presente que esta questão se prende com a dúvida relativa à existência de uma operação de loteamento, implícita no licenciamento da construção reclamada – observou-se que, não ocorrendo a divisão jurídica da propriedade e constituindo os três corpos do edifício uma unidade funcional, esta situação não se enquadra no conceito de operação de loteamento, para efeitos de sujeição a licenciamento municipal. Com efeito, tem-se entendido, entre a doutrina, que a divisão material do terreno (i.e., a construção de edifícios distintos) apenas configura uma operação de loteamento quando os edifícios sejam autónomos entre si, estrutural e funcionalmente. Esta orientação viria a ser acolhida no art. 57º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 555/99, ao determinar que, ao licenciamento da construção de edifícios contíguos e funcionalmente ligados entre si se aplique o disposto

no art. 43º do mesmo diploma (disponibilização de áreas para espaços verdes e de utilização colectiva, infra-estruturas e equipamentos, em operações de loteamento), o que implica, portanto, que tais operações não tenham de ser sujeitas a licenciamento sob a forma de loteamento.

7.3. Quanto ao respeito pela cércea imposta pelo art. 11º do Regulamento do PDM de Resende, verificou-se que:

7.3.1. Não se encontra definido, no Regulamento do PDM, um conceito de cércea, para efeitos de interpretação do disposto no art. 11º do RPDM. Assim, toma-se por referência o conceito de "cércea" adoptado pela Direcção-Geral do Ordenamento do Território e do Urbanismo no Vocabulário de Ordenamento do Território (Colecção Informação, n.º 5, Lisboa, 2000, p. 64) - "Dimensão vertical da construção, medida a partir do ponto médio do terreno marginal ao alinhamento da fachada até à linha superior do beirado, platibanda ou guarda do terraço, incluindo andares recuados, mas excluindo acessório: chaminés, casa de máquinas de ascensores, depósitos de água, etc.";

7.3.2. Uma vez que, de acordo com a informação prestada pela Câmara Municipal de Resende, o último piso, por constituir o mero aproveitamento do telhado, não implica a alteração do beiral/platibanda do edifício para além do nível estabelecido na fachada – e aplicando o conceito de cércea acima definido, afigura-se admissível o entendimento segundo o qual este último piso não deve ser incluído na mediação da cércea;

7.3.3. Embora se possa questionar a analogia entre o aproveitamento do vão do telhado e as situações de piso recuado, para efeitos de cálculo da cércea, não existem parâmetros normativos que imponham que, no cálculo da cércea, ao abrigo do art. 11º do RPDM, se devam incluir situações de aproveitamento do vão do telhado que se não traduzam no alteamento do beiral/platibanda da fachada, assim como tal também não decorre do conceito técnico acima referido. Pelo contrário, o teor do art. 11º do RPDM depõem no sentido de ter sido atribuída à câmara municipal alguma margem de livre decisão relativa à definição da

política urbanística, no que respeita à interpretação e aplicação concreta destes critérios, no âmbito da sua política urbanística;

7.3.4. No que respeita ao invocado alteamento da cave (que, segundo o reclamante, corresponderá a um verdadeiro piso térreo), constatou-se que o piso de cave se encontra quase totalmente enterrado podendo a sua não inclusão na medição da cércea ser justificada pela diferença de cotas do terreno envolvente (a cércea mede-se a partir da cota média do terreno envolvente);

7.3.5. Considerou-se, por isso, improcedente a invocação de violação do disposto no art. 11º do RPDM.

7.4. No que respeita ao cumprimento das regras de afastamentos, estabelecidas no art. 14º do Regulamento do PDM de Resende, considerou-se cumprida esta disposição, (nomeadamente, após as alterações ao projecto que viriam a dar lugar à deliberação de aprovação do projecto de arquitectura, na sua versão inicial, em 16.10.2001) uma vez que a distância entre o corpo do edifício reclamado e o limite da propriedade, lateral e a tardoz, é igual ou superior a 5 m.

7.5. Quanto ao respeito pelos índices de estacionamento estabelecidos no art. 16º do RPDM, verificou-se que, sendo exigíveis, no entendimento da câmara municipal, 67 lugares, foram criados 74.

7.6. No que respeita ao cumprimento das normas legais que estabelecem a distância de afastamento entre a plataforma da construção projectada e a Estrada Nacional n.º 222 (EN 222), observou-se o seguinte:

7.6.1. Tendo o troço rodoviário em causa sido desafectado da rede viária nacional e integrado na rede viária municipal, não é o mesmo regido pelo disposto no Decreto-Lei n.º 13/94, uma vez que este diploma, no seu art. 1º, n.º 1, se limita às estradas constantes do Plano Rodoviário Nacional (nos termos do disposto no art. 1º do Decreto-Lei n.º 222/98, de 17 de Julho, que aprovou o Plano Rodoviário Nacional, este plano circunscreve-se às estradas da rede viária nacional);

7.6.2. Assim, à data do acto de licenciamento reclamado, o regime legal aplicável em matéria de afastamento ao referido troço rodoviário seria – dada a sua integração na rede viária municipal - o Estatuto das Estradas e Caminhos Municipais, aprovado pela Lei n.º 2110, de 19 de Agosto de 1961;

7.6.3. Ora, sendo de cerca de 8 m. a distância do edifício ao eixo da via, afigura-se respeitado o disposto no art. 58º, n.º 1, da Lei n.º 2110 (estabelece a distância de 6 m., extensíveis pela Câmara Municipal até 8 m.);

7.7. No que respeita ao cumprimento do art. 45º do Regulamento do PDM de Resende:

7.7.1. Antes de mais, quanto à aplicabilidade deste preceito normativo, observa-se que, sendo estabelecida, nos art.s 10º a 17º do RPDM, a disciplina urbanística geral das zonas de construção do Concelho de Resende, o art. 45º do mesmo regulamento vem regular a edificabilidade junto das vias que compõem a estrutura viária do concelho, pelo que esta última disposição se afigura de natureza especial, relativamente às primeiras;

7.7.2. Tal ideia é reforçada pelo facto de o regime geral (zonas de construção) não conter quaisquer disposições relativas à edificação junto de estradas, em termos que permitissem considerar dispensável a regulação estabelecida no art. 45º;

7.7.3. Assim, não se vê como possa afastar-se a aplicação, ao caso vertente, do disposto no art. 45º do RPDM;

7.7.4. Contudo, afigura-se respeitado o disposto na alínea a), do art. 45º do RPDM, uma vez que, integrando-se este troço na rede municipal secundária, em resultado da sua desafectação da rede nacional (art. 44º, n.º 2, do RPDM), são cumpridos os afastamentos definidos na lei, para a qual remete (o art. 58º, n.º 1, da Lei n.º 2110, acima referido);

7.7.5. Por outro lado, não se consideram aplicáveis à presente situação as alíneas b) c) e d), do citado art. 45º;

7.7.6. A alínea b), relativa à protecção da bacia visual do Douro, porque o edifício se encontra implantado a montante da

estrada, não se enquadrando na previsão constante do desenho n.º 10, anexo ao RPDM;

7.7.7. A alínea c), porque se limita a proibir a constituição de serventias directas para a EN 222, quando o troço rodoviário com o qual confronta a construção reclamada, por ter sido desclassificado da rede nacional, não integra aquela via, nos termos da informação prestada pelo IEP, acima referida;

7.7.8. A alínea d), porque se trata de uma construção simples e não de uma nova urbanização, resultante de uma operação de loteamento.

8. Não se confirmando nenhuma das ilegalidades de índole substancial suscitadas no decurso da instrução deste processo de reclamação, nos termos acima apontados, foi determinado o seu arquivamento.

R-2232/01
Coordenador: André Folque
Assessor: José Luís Cunha

Assunto: Património cultural. Obras públicas.

Objecto: Auto-estrada. Imóvel em vias de classificação. Zona de protecção. Expropriação por utilidade pública. Declaração de utilidade pública. Competência. Impacte na paisagem. Ruído. Propriedade privada. Limitações.

Decisão: Tendo a Provedoria de Justiça acompanhado o procedimento administrativo nas suas diversas vertentes, de modo a concertar e mediar os interesses públicos e particulares relevantes, pôde ser alcançado um consenso razoável, através de medidas de minimização em fase de execução, inscritas no relatório complementar ao estudo de impacte ambiental.

Síntese:

Reclamava-se da posição do Instituto Português do Património Arquitectónico, por se mostrar demasiado indulgente

quanto à localização de um troço do sublanço Bucelas/Arruda-dos-Vinhos, da A-10, a construir pela BRISA, SA, com base em estudo prévio do Instituto das Estradas de Portugal. Sacrificados os proprietários pelas limitações de ordem patrimonial impostas ao aproveitamento do imóvel, entendiam ser injusta a dupla oneração que viria a recair com a localização da auto-estrada.

1. O objectivo delineado como essencial por parte do Provedor de Justiça foi de afirmar o primado da intervenção do Instituto Português do Património Arquitectónico e do Ministro da Cultura, uma vez que a execução da obra importaria a expropriação por utilidade pública de terrenos compreendidos em zona de protecção a imóvel em vias de classificação: a Quinta do Bulhaco, no concelho de Vila Franca de Xira: «*um notável exemplar de propriedade agrícola, com os seus terrenos de lavoura, mata e dois núcleos urbanos*» e cuja origem remonta ao século XII (Conselho Consultivo do IPPAR).

2. Primado esse que se traduz, antes de mais, no poder de embargo, mesmo de obras públicas da iniciativa da Administração Indirecta do Estado, mas também na faculdade de poder o IPPAR impor limitações e condicionamentos ao projecto para além das decisões adoptadas em sede de avaliação do impacte ambiental.

3. Por outro lado, entendeu-se que o procedimento administrativo deveria poder garantir uma participação qualificada aos proprietários, cujos terrenos seriam parcialmente expropriados. Com efeito, desde o início do processo de classificação estavam vinculados a especiais restrições no aproveitamento do prédio que lhes pertence, para com a auto-estrada vir a Quinta do Bulhaco a poder sofrer um impacte negativo muito superior a qualquer das iniciativas que os proprietários poderiam alguma vez empreender.

4. Por fim, tornava-se necessário contribuir para a protecção do imóvel, como um conjunto – porque todo ele em vias de classificação – contra outras leituras do interesse público na classificação, tendentes a valorizar estritamente o edifício principal.

5. Apresenta-se um quadro-síntese (*infra*) que pretende ilustrar os antecedentes da obra pública reclamada e a subsequente intervenção da Provedoria de Justiça até ao acordo de princípio que foi possível obter em reunião dirigida pelo Senhor Provedor-Adjunto, Dr. José Luís Pereira Coutinho, em 19.04.2002, no sentido de explorar medidas de redução do impacte paisagístico e de contenção do ruído do tráfego sobre o Casal do Pereiro, que passariam, designadamente pelo prolongamento artificial da emboquilhadura do túnel previsto. Isto, depois de se reconhecerem algumas disfunções no procedimento administrativo e de se admitir a necessidade de melhoramentos no projecto de execução. Foi acordado, de resto, que a concessionária convidaria os proprietários a participarem na definição das soluções de pormenor.

6. Transcreve-se parte do relatório da reunião referida, pelo seu especial interesse:

«*Pela parte da Provedoria de Justiça foi renovada a expressão do entendimento, assente em duas ordens de considerações. Por um lado, os proprietários da Quinta do Bulhaco, enquanto titulares de um direito onerado com a classificação do imóvel, gozam de uma acrescida legitimidade para exprimirem os seus pontos de vista acerca da execução do projecto de construção do sublanço da auto-estrada. Com efeito, encontram-se numa posição de dupla vinculação por razões de interesse público: a classificação cultural do imóvel e a contiguidade com uma infra-estrutura de grande impacte ambiental, acrescido pelas obras de arte determinadas pela orografia e geotecnia do local – sendo certo que a indemnização a pagar pelas parcelas expropriadas de modo algum faculta o completo ressarcimento dos sacrifícios exigidos. Por outro lado, foi apontado que o procedimento administrativo, desde o seu início, não se encontra isento de vulnerabilidades do ponto de vista legal. Como tal, não deixará este Órgão do Estado de acompanhar activamente o desenrolar das operações e de procurar ver garantida a participação dos interessados que não deve ser olhada*

como uma adversidade para com o interesse público a prosseguir, mas antes como um meio de concertação dos diferentes interesses públicos relevantes.»

7. O processo pôde ser arquivado em 23.09.2003, por se concluir que o assunto conhecera uma evolução razoável, em conformidade com o direito objectivo e com os direitos e interesses legalmente protegidos dos reclamantes.

Síntese cronológica

Data	Referência
28.03.1995	Apresentação ao IPPAR de proposta de abertura de processo de classificação da Quinta do Bulhaco
26.05.1995	Aprovação pela Ministra do Ambiente do parecer (favorável condicionado) da comissão de avaliação de impacte ambiental (CAIA) sobre o traçado
12.06.1995	Despacho do Secretário de Estado das Obras Públicas a remeter à JAE a aprovação do parecer da CAIA
05.07.1995	Abertura pelo Presidente do IPPAR do processo de instrução da classificação do imóvel (a Quinta do Bulhaco obtém o estatuto de imóvel em vias de classificação, o que lhe concede protecção idêntica à dos imóveis já classificados)
18.09.1995	Aprovação pelo Vice-Presidente da JAE do estudo prévio da A-10 (solução variante) DR, 2ª série, n.º 79, 02.04.1996
30.12.1995	Constituição da zona de servidão *non aedificandi* de protecção à A-10
15.03.1996	Rectificação da publicação do acto de constituição da zona de servidão *non aedificandi*, por ter sido publicada com inexactidão a data do despacho da aprovação do estudo prévio

anotados

Data	Referência
27.03.1997	Classificação pelo Ministro da Cultura da Quinta do Bulhaco, como imóvel de interesse público
24.10.1997	Alterações às Bases do Contrato de Concessão outorgado à BRISA,SA, para concepção e exploração da A-10 (Decreto-Lei n.º 294/97)
24.04.1998	Despacho do Ministro da Cultura, rectificando as áreas classificadas
04.10.2000	Aprovação por despacho do Secretário de Estado Adjunto e das Obras Públicas da geometria do traçado da A10 (projecto base)
19.02.2001	Aprovação por despacho do Secretário de Estado Adjunto e das Obras Públicas das plantas parcelares e dos mapas de áreas relativos ao sublanço Bucelas-Arruda dos Vinhos
16.04.2001	Remessa à Direcção-Geral do Ambiente pela BRISA,SA, do relatório complementar ao EIA
11.05.2001	*Apresentação de reclamação ao Provedor de Justiça por parte dos proprietários da Quinta do Bulhaco*
24.05.2001	Não aprovação pelo IPPAR do EIA relativo ao projecto de execução, por não observar os condicionalismos apostos ao estudo prévio
08.06.2001	Publicação do despacho do Secretário de Estado das Obras Públicas que declara a utilidade pública das expropriações necessárias à construção do sublanço Bucelas-Carregado
02.07.2001	Envio à Comissão Regional da Reserva Agrícola do Ribatejo e Oeste e à DRAOT de Lisboa e Vale do Tejo dos pedidos de desafectação de terrenos da RAN e da REN
26.07.2001	1ª Reunião: Provedoria de Justiça, BRISA, IEP, IPPAR Compromisso de princípio (suspensão dos trabalhos na zona de protecção)

Data	Referência
2.08.2001	Recepção pela BRISA do parecer negativo da Comissão de Avaliação do Impacte Ambiental sobre o relatório complementar
10.08.2001	2ª Reunião: Provedoria de Justiça, BRISA, IEP, IPPAR O IPPAR considera como motivo determinante das suas objecções a zona do Casal do Pereiro
20.09.2001	Visita ao local : BRISA e IPPAR – é apresentada uma concreta solução de integração paisagística do edifício principal, exposta por montagem
27.09.2001	3ª Reunião: no local - Provedoria de Justiça, BRISA e IEP
27.09.2001	Acórdão do STA – recusa suspensão da eficácia do acto de declaração de utilidade pública
1.10.2001	Parecer favorável da Comissão da Reserva Agrícola do Ribatejo e Oeste
9.10.2001	4ª Reunião: Provedoria de Justiça e IPPAR (nada opõe à sugestão de prolongamento do túnel, mas pretende ir mais longe e proceder a consultas externas para ter a certeza de que é tecnicamente inviável uma solução que afaste o traçado)
23.10.2001	O IPPAR renova as suas preocupações com o Casal do Pereiro e com o emboquilhamento do túnel
5.12.2001	A BRISA confirma ao IPPAR o afastamento de 80 metros em relação ao edifício principal e o benefício decorrente da introdução de um túnel a montante. Envia novo estudo
19.02.2002	Decreto n.º 5/2002: classifica como imóvel de interesse público a Quinta do Bulhaco (parte da primitiva quinta), incluindo a Casa Grande, os pátios, as dependências agrícolas, a azenha, a casa de fresco, o Casal do Pereiro, o sistema hidráulico e terrenos agrícolas e silvícolas, junto

anotados

Data	Referência
	ao lugar de Trancoso, com acesso pela EN 10-6, freguesia de S. João dos Montes
28.02.2002	Parecer favorável do IPPAR sobre o projecto de execução
02.05.2002	Parecer favorável muito condicionado à Reformulação do Relatório Complementar ao Estudo de Impacte Ambiental
19.04.2002	5ª Reunião – Provedoria de Justiça, IPPAR, BRISA e representantes dos proprietários: acertamento de mais algumas medidas mitigadoras previstas para a execução da obra, em especial para a zona envolvente ao Casal do Pereiro (emboquilhadura do túnel).
2.10.2002	Parecer favorável do IPPAR sobre o Estudo de integração paisagística na zona do Casal do Pereiro, Quinta do Bulhaco.

R-2821/01
Assessor: Carla Vicente

Assunto: Urbanismo. Reconversão urbanística.

Objecto: Loteamento clandestino. Áreas urbanas de génese ilegal. Dever de reconversão urbanística dos solos. Legalização. Edificações. Indeferimento. Aplicação da lei no tempo.

Decisão: Foi determinado o arquivamento do processo porque os reclamantes têm ao seu dispor os meios adequados à resolução da situação reclamada e por se ter concluído que o atraso reclamado não é, sem mais, imputável à autarquia local.

Síntese:

Reclama-se a adopção pela Câmara Municipal de Almada de providências que permitam licenciar as edificações sitas em loteamento clandestino sem o que se encontram os seus possuidores impedidos de celebrar contratos de venda.

1. Em 2001, fora requerido ao Provedor de Justiça que interviesse junto da Câmara Municipal de Almada, relativamente à demora na reconversão urbanística da Quinta da Rosa, que fora objecto de loteamento clandestino, efectuado na década de 1970/80, imputando-se tal atraso à câmara municipal.

2. Em 1983, os comproprietários tinham apresentado à câmara municipal um pedido de legalização da referida operação de loteamento, pedido esse que veio a ser deferido, embora condicionalmente, em 1985.

3. Após algumas negociações, a Associação de Comproprietários da Quinta da Rosa e a câmara municipal, em 1988, celebraram um contrato de comodato, no âmbito do licenciamento da operação de reconversão urbanística, que teve por objecto a denominada Quinta dos Pilotos, como compensação pela não cedência de 13.000 m2 de terreno, a que os primeiros estariam adstritos, por força da legislação vigente.

4. Em contrapartida, o município comprometer-se-ia a manter os parâmetros de reconversão da Quinta da Rosa, tal como vinham sendo acordados e desenvolveria, no local, um projecto para recuperação de jovens toxicodependentes, o que não veio a suceder.

5. Na sequência da apresentação, em Março de 1990, do estudo preliminar de urbanização para a Quinta da Rosa, a câmara municipal informou que estaria a ser desrespeitada a área afecta à Reserva Agrícola Nacional. Este impedimento veio a ser afastado pelo Conselho Nacional da Reserva Agrícola Nacional, ao autorizar, em 1992, a utilização dessa área como zona verde.

6. Assim, em 1993, o referido estudo preliminar de urbanização foi sujeito a apreciação da Comissão de Coordenação da Região de Lisboa e Vale do Tejo que, em Outubro, veio a exigir

estudo a avaliação do impacte ambiental. Subsequentemente, em 1994, a Comissão de Proprietários apresentou, na câmara municipal, o estudo de impacte ambiental, o qual veio, posteriormente, a ser enviado à Direcção-Geral do Ambiente para apreciação.

7. Porque, entretanto, fora aprovada, em 23.11.1994, a delimitação da Reserva Ecológica Nacional para o concelho de Almada, em sobreposição com certas áreas previstas para edificação no projecto de urbanização da Quinta da Rosa, foi sugerido, pela Comissão de Avaliação de Impacte Ambiental, proceder-se à revisão do projecto de urbanização.

8. Na sequência de uma visita conjunta ao local, esta comissão, em 1995, concluiu que o projecto teria de ser reformulado, de modo a ajustar-se aos instrumentos de ordenamento do território. Nesta sequência, o projecto veio a ser indeferido, com base em vários impactes negativos identificados pela Comissão de Avaliação de Impacte Ambiental.

9. Em 10.04.1996, deu entrada na câmara municipal um pedido de delimitação da área urbana de génese ilegal, nos termos da Lei n.º 91/95, de 2 de Setembro, entretanto entrada em vigor, com vista ao início do processo de reconversão, como operação de loteamento da iniciativa dos comproprietários.

10. Este pedido veio a ser deferido em 19.03.1997, após ter sido aceite a delimitação proposta, em 19.06.1996, no âmbito da aprovação da Carta de Delimitação das Áreas Urbanas de Génese Ilegal.

11. Entretanto, em 14.01.1997, seria publicado o Plano Director Municipal de Almada, que, naturalmente, abrangia a área urbana de génese ilegal da Quinta da Rosa, determinando as regras urbanísticas a observar no local.

12. Em 30.12.1999 foi apresentada, a proposta de reconversão para esta área, a qual veio, em 21.01.2000, a ser indeferida, por incompatibilidade com o Plano Director Municipal de Almada. Por outro lado, e tendo presente que a proposta apresentada visava a alteração do Projecto do Plano de Pormenor

da Bacia da Foz do Rego, em apreciação, naquela data, pela Administração Central, sugeriu-se que a proposta fosse novamente apresentada quando do inquérito público deste plano de pormenor.

13. Ainda no início de 2000, viria a ser concluído o processo de elaboração deste instrumento urbanístico e o projecto veio a ser enviado, para parecer, às entidades legalmente competentes.

14. Em 14.04.2000, o Instituto da Água e, em 18.07.2000, a Direcção Regional do Ambiente de Lisboa e Vale do Tejo, respectivamente, comunicaram à Câmara Municipal de Almada o teor do parecer desfavorável emitido a propósito do Plano de Pormenor, em virtude de o mesmo, nomeadamente, pôr em causa a área afecta à Reserva Ecológica Nacional e os terrenos do domínio público hídrico.

15. Por seu turno, em 17.04.2000, a Direcção Regional de Agricultura do Ribatejo e Oeste opôs que o referido instrumento urbanístico deveria ser objecto de alterações e sujeito a parecer da Comissão Regional da Reserva Agrícola da zona do Ribatejo e Oeste.

16. Em 30.05.2000, a Direcção-Geral do Turismo emitiu parecer favorável, no que concerne aos aspectos turísticos do referido instrumento urbanístico. Por sua vez, em 24.07.2000 a Administração Regional de Saúde de Lisboa e Vale do Tejo emitiu parecer favorável condicionado.

17. Perante os pareceres desfavoráveis, de que foi objecto o referido instrumento urbanístico, houve necessidade de proceder à sua reformulação. Como tal, em 2001, procedeu-se à elaboração de uma nova proposta de delimitação da Reserva Ecológica Nacional e reiniciou-se, o processo de consulta às entidades legalmente competentes.

18. Foi, de resto, agendada uma visita ao local, juntamente com a Direcção Regional do Ordenamento do Território, com vista a tentar solucionar as divergências existentes sobre a delimitação da Reserva Ecológica Nacional.

19. Caso não venha a ser inflectida a posição adoptada pelas entidades consultadas, terá de ser ordenada a demolição dos imóveis abrangidos pela Reserva Ecológica Nacional. Resta aos comproprietários envolvidos aguardar pela aprovação do referido plano de pormenor ou executar a reconversão com base no disposto no Plano Director Municipal.

20. Pelo exposto, verifica-se que não é de imputar à Câmara Municipal de Almada, sem mais, o atraso na legalização da área urbana de génese ilegal da Quinta da Rosa. Com efeito, para além do conjunto de circunstâncias supervenientes, nomeadamente do campo legislativo e regulamentar, que tiveram lugar já depois de iniciado o processo e que implicaram retrocessos no mesmo, verifica-se que os comproprietários têm ao seu dispor os meios necessários para a resolução desta situação, através da apresentação de novo projecto de reconversão que seja conforme aos instrumentos urbanísticos em vigor.

21. Indeferido o pedido de reconversão da referida área urbana de génese ilegal da Quinta da Rosa, com base na sua desconformidade com o Plano Director Municipal, de acordo com o art. 3.º, n.º 1 da Lei n.º 91/95, de 2 de Setembro, a reconversão urbanística do solo e a legalização das construções integradas em área urbana de génese ilegal constituem deveres dos comproprietários. Assim, é a estes que cumpre promover a conformação do disposto na proposta de reconversão com este instrumento urbanístico.

22. Deve-se observar que o regime de legalização das áreas urbanas de génese ilegal, consagrado na Lei n.º 91/95, de 2 de Setembro, na redacção dada pela Lei n.º 165/99, de 14 de Setembro, cessa em 31.12.2002 quanto às áreas urbanas que não disponham de Comissão de Administração validamente constituída até esta data, ou em 31.12.2004, quanto às áreas urbanas que não disponham de título de reconversão até esta data.

23. Compreende-se a expectativa dos interessados na reconversão e legalização deste conjunto, mas há-de reconhecer-se

que os condicionamentos que vêm impedindo tal resultado correspondem a interesses públicos essenciais, todos amparados na lei, ao passo que a situação de facto resultou de uma operação ilícita e lesiva do bom ordenamento do território. Os bens a preservar – Reserva Agrícola Nacional, Reserva Ecológica Nacional, domínio hídrico – já por demasiadas vezes foram atingidos por factos consumados. Não pode nem deve o Provedor de Justiça reprovar a diligência e prudência das autoridades administrativas com poderes de intervenção no procedimento.

R-4761/01
Assessor: Carla Vicente

Assunto: Urbanismo. Direitos procedimentais.
Objecto: Licenciamento municipal. Obras. Certidão. Emissão. Tempo. Legitimidade. Interesse legítimo.
Decisão: Depois de obtida a emissão das certidões requeridas, e de a Câmara Municipal reconhecer o indevido atraso, o processo pôde ser arquivado, mas não sem a formulação de reparo ao órgão visado.
Síntese:

Reclama-se da demora na emissão de certidões de peças integrantes de processo de licenciamento municipal de obras, requerida à Câmara Municipal de Valongo, a fim de instruir acção judicial que se pretende intentar.

1. Em 21.11.2000, o reclamante requerera certidão do teor da deliberação da Câmara Municipal de Valongo, de 27.01.1997, concernente ao estudo urbanístico aprovado para a área compreendida entre as Ruas 5 de Outubro, Fontes Pereira de Melo, Miguel Bombarda e Padre Moutinho da Ascensão. Este estudo afectaria, não só o prédio para onde o reclamante havia apresentado pedido de licenciamento de obras de construção, mas também o prédio confinante onde estariam a ser realizadas obras que, alegadamente, lesariam o reclamante.

2. Em 10.01.2001, o reclamante, através da sua mandatária, solicitou a emissão de certidão do teor de vários documentos, necessários à instrução de processo judicial interposto contra o titular de alvará de construção das obras a decorrer no prédio confinante ao seu, entre os quais, o referido estudo urbanístico. No requerimento, alegava-se a existência de prejuízos graves para o reclamante, em virtude da ocupação, por aquelas obras, de parte de terrenos de sua propriedade, ter sido licenciada pela câmara municipal.

3. Em 15.03.2001, e apesar do teor do requerimento, é solicitada indicação da qualidade em que a signatária do requerimento intervém, se a título pessoal ou como representante do reclamante. Esclarecida esta questão, as certidões viriam a ser emitidas apenas em 25.07.2001.

4. Em 14.09.2001, e na sequência do anterior requerimento, foi novamente solicitada, pela mandatária do reclamante, a emissão de certidão do teor de outros documentos relativos ao processo de licenciamento reclamado.

5. Em 19.09.2001, o próprio reclamante solicita a emissão de certidão de mais documentos relativos ao processo de licenciamento reclamado, com vista à instrução do processo judicial em curso. Este pedido é segundado por um novo requerimento, em 09.10.2001, apresentado pela mandatária do reclamante.

6. Na sequência de reunião, entre representantes da Provedoria da Justiça e da Câmara Municipal de Valongo, ocorrida nas instalações desta edilidade, em 18.02.2002, obteve-se conhecimento de parecer jurídico, emitido em 04.12.2001, que propunha o indeferimento destes últimos pedidos, devido a falta de fundamentação dos mesmos quanto ao fim para que teriam sido requeridos. Assim, concluía-se que não estariam reunidos todos os requisitos legais para a emissão da certidão, nomeadamente por não se encontrar demonstrado o interesse legítimo dos requerentes em conhecer os documentos solicitados.

Em 02.01.2002, os requerimentos vieram a ser indeferidos pelos motivos expressos no parecer jurídico citado.

7. Nesta sequência, em 14.02.2002, a mandatária do reclamante alega que este tem interesse directo na obtenção das certidões solicitadas, uma vez que sofrerá prejuízos avultados decorrentes do licenciamento da obra reclamada. Naquela reunião, alertou-se para a infundada recusa da Câmara Municipal de Valongo em emitir as certidões solicitadas.

8. Em 20.02.2002, após parecer jurídico favorável, os pedidos de certidão referenciados terão sido, finalmente, deferidos.

9. Contudo, subsequentemente apurou-se que as certidões apenas terão sido emitidas em 20.09.2002, ou seja, quase um ano depois de terem sido requeridas e sete meses depois do despacho que deferiu os pedidos apresentados.

10. Assim, advertiu-se o Presidente da Câmara Municipal para a necessidade de serem adoptados procedimentos internos que obstassem a situações análogas, no que respeita à demora na emissão das certidões requeridas e na sua entrega aos interessados.

11. Nesta sequência, foi informado que o Presidente da Câmara Municipal de Valongo, deliberou, em 07.01.2003, na sequência do registo de frequentes atrasos na prestação de esclarecimentos, que todos os requerimentos e pedidos de esclarecimentos deveriam ser respondidos no prazo de dez dias, nos termos do art. 71.º do Código de Procedimento Administrativo. Terá ainda sido determinado que deveria ser dado encaminhamento prioritário às respostas à Inspecção-Geral da Administração do Território, à Provedoria de Justiça e à Procuradoria-Geral da República, em relação aos demais assuntos.

12. Excepcionalmente, em caso de manifesta impossibilidade de cumprimento do prazo, devido à complexidade do assunto, deveriam os serviços informar os interessados, no prazo de dez dias, da recepção, do estado e do tratamento a dar ao solicitado.

13. Ademais, terá sido estabelecido que a falta de cumprimento do despacho determinaria a abertura de processo para se apurar a responsabilidade disciplinar que ao caso couber.

R-6400/01
Assessor: José Luís Cunha

Assunto: Urbanismo. Reconversão urbanística.
Objecto: Área urbana de génese ilegal. Loteamento. Licença de utilização. Propriedade horizontal. Nulidade. Fiscalização.
Decisão: O processo foi arquivado, depois de se ter concluído pela improcedência da reclamação, no essencial, já que se resumia a um conflito de direito privado. No entanto, seria formulada nota com chamada de atenção à Câmara Municipal - cujo texto se encontra inserido no presente relatório - a respeito da necessidade de fiscalizar as situações participadas, mesmo quando se indicie que a iniciativa parte de motivações de ordem pessoal.
Síntese:

Reclamava-se da omissão, por parte da Câmara Municipal de Palmela, de propositura de acção judicial para declaração de nulidade do título constitutivo da propriedade horizontal de determinado edifício por contravenção às regras próprias da constituição de propriedade horizontal.

1. Na reclamação apresentada, arguia-se a nulidade do título constitutivo de propriedade horizontal do edifício em que reside o reclamante, por não ter sido lavrado com base em licença de utilização válida. Invocavam-se, também, a desconformidade do edifício com a licença de construção e o facto de esta construção esconder uma operação de loteamento carecida da licença própria.

2. Ouvida a Câmara Municipal de Palmela a respeito da complexa factualidade exposta – e que remonta a uma operação urbanística empreendida em 1960 - concluiu-se concorrerem, no presente caso, duas ordens de questões:

a) Questões de direito privado, relativas à contestação da validade do titulo constitutivo da propriedade horizontal do edifício;

b) Questões de direito público, relacionadas com a omissão, por parte da câmara municipal, dos deveres de diligência na gestão do procedimentos de licenciamento e de verificação dos requisitos para constituição em propriedade horizontal, e de fiscalização e reposição da legalidade urbanística;

3. Atento o teor da reclamação – e, sobretudo, os esclarecimentos posteriormente prestados pelo reclamante – concluiu-se que a pretensão essencial era a da reposição da fracção do reclamante na conformação constante do projecto aprovado originariamente, o que se reconduz à questão de direito privado referida, apresentando-se como secundária, nessa perspectiva, a omissão de fiscalização e de reposição da legalidade urbanística.

4. No que respeita a esta pretensão – a instauração, por parte da câmara municipal, de pedido de declaração de nulidade do título constitutivo da propriedade horizontal – observou-se que a competência das câmaras municipais se circunscreve à aplicação de normas de direito público relativas ao urbanismo e à construção, não lhes cumprindo intervir na decisão de conflitos de direito privado entre particulares.

5. Assim, não se poderia considerar ilegal ou injusta a omissão, por parte da câmara municipal, de proceder no sentido da declaração de nulidade do título constitutivo da propriedade horizontal do edifício em que reside o reclamante.

6. Do mesmo modo, concluiu-se não competir ao Provedor de Justiça proceder à composição do conflito de direito privado exposto pelo reclamante, uma vez que a competência deste órgão do Estado se cinge à esfera de actuação dos poderes públicos (art.

s 2º e 3º do Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril).

7. Todavia – e embora isso não correspondesse à pretensão essencial do reclamante – também se considerou não deverem ser ignoradas as questões relativas à tutela da legalidade urbanística suscitadas no âmbito do presente processo.

8. Nomeadamente, para além da desconformidade entre a construção e a respectiva licença e das dúvidas a respeito da licença de utilização com base na qual foi lavrado o título constitutivo da propriedade horizontal, constatou-se que a área loteada pode ser qualificada como área urbana de génese ilegal, nos termos do disposto no art. 1º, n.º 2, da Lei n.º 61/95, de 2 de Setembro, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 165/99, de 14 de Setembro, devendo, por isso, ser submetida ao procedimento de reconversão previsto nesse diploma.

9. Tal situação, para além de constituir uma grave lesão dos interesses públicos da legalidade e da salubridade e segurança das habitações, pode constituir um prejuízo para os proprietários, que assim se vêem impedidos de fruir, na plenitude, os direitos a elas inerentes (pense-se, nomeadamente, nos diversos negócios jurídicos relativos a bens imóveis em que, por lei ou pela prática comercial, é exigida a licença de utilização).

10. Por fim, constatou-se que a situação reclamada se havia desenvolvido, precisamente, ao abrigo da omissão dos deveres de tutela da legalidade urbanística e de zelo, por parte da Câmara Municipal de Palmela, e que a sua regularização urbanística depende do exercício, por parte da Câmara Municipal, dos deveres a que se encontra adstrita, neste domínio, nomeadamente, do de delimitar a área urbana de génese ilegal, para efeitos de instauração do procedimento de reconversão do loteamento efectuado clandestinamente, (art. 1º, n.º 4, da Lei n.º 91/95, na redacção introduzida pela Lei n.º 165/99, de 14 de Setembro), definindo as condições para a legalização dos prédios por ela abrangidos.

11. Atento o exposto, foi determinado o arquivamento do presente processo de reclamação, nos termos do disposto no art. 31º, alínea b), do Estatuto do Provedor de Justiça, por falta de fundamento da pretensão essencial nele deduzida, tendo, do mesmo passo, sido dirigida uma chamada de atenção à Presidente da Câmara Municipal de Almada, nos termos do disposto no art. 33º do Estatuto do Provedor de Justiça, no sentido de se regularizar a situação urbanística do lote em causa e de, futuramente, se proceder de forma mais diligente e segura, de modo a promover a prossecução do interesse público num quadro de respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos administrados.

R-895/02
Assessor: Isabel Canto

Assunto: Património cultural. Trânsito.
Objecto: Centro histórico classificado. Circulação automóvel. Estacionamento. Condicionamentos. Postura. Moradores. Razoabilidade.
Decisão: O órgão visado veio a reconhecer como excessivas algumas das limitações impostas e introduzir revisões em conformidade, motivo por que pôde ser determinado o arquivamento do processo.
Síntese:

Reclamava-se do excesso que representaria para os moradores o conjunto de condicionamentos ao trânsito deliberados para o centro histórico por postura da Câmara Municipal de Guimarães.

1. Questionavam-se as limitações ao trânsito rodoviário fixadas por postura da Câmara Municipal de Guimarães aos residentes no centro histórico, em particular, no que respeitava, dentro de períodos estipulados, à proibição da circulação

automóvel e à imposição do pagamento de taxa para estacionamento.

2. Retorquia o órgão municipal que a imposição de medidas daquela natureza se justificava pela necessidade de melhor proteger a zona, incentivando a circulação pedonal, verificado que a importância daquele património mereceu a sua classificação como Património Cultural da Humanidade pela UNESCO.

3. Convidada a Câmara Municipal de Guimarães a melhor ponderar da razoabilidade da decisão face ao excesso de encargos que a mesma acarretava para os residentes na área, em especial para os que de algum modo se encontram limitados por dificuldades acrescidas na locomoção, veio aquela rever a sua posição, facultando o livre acesso à zona por parte dos moradores, mais observando que a medida em crise poderia contribuir para a desertificação daquela área, o que também urgia evitar.

4. Verificada a adopção de nova decisão que parecia mais adequada a assegurar os objectivos de justiça administrativa que se procuravam foi, por consequência, determinado o arquivamento do processo.

R-1067/02
Assessor: Carla Vicente

Assunto: Urbanismo. Edificação. Expropriação por utilidade pública.

Objecto: Aproveitamento urbanístico. Plano director municipal. Obra pública. Responsabilidade civil por informações. Negócio com terceiro. Erro na base do negócio .

Decisão: Confrontada com a situação, a Câmara Municipal de Matosinhos veio a admitir o erro nas informações que prestara e a imputação dos prejuízos especificados pela

reclamante, dispondo-se a indemnizar, motivo por que pôde o processo ser arquivado.

Síntese:

Reclama-se dos danos imputados a errónea informação prestada pela Câmara Municipal de Matosinhos, com base na qual, se alienou terreno a terceiro afiançando-lhe que poderia nele edificar.

Foi solicitada a intervenção do Provedor de Justiça junto da Câmara Municipal de Matosinhos quanto à construção de uma variante à Rua D. Nuno Álvares Pereira, obra a que são imputados elevados prejuízos materiais.

A reclamante afirmava que, em 12.05.2000, solicitara à Câmara Municipal extracto do Plano Director Municipal de onde constasse a solução urbanística prevista para a zona de Matosinhos Sul. Da informação recebida concluíra que o terreno, sito à Travessa D. Nuno Álvares Pereira, não estaria afecto a qualquer projecto urbanístico que alterasse o seu uso ou destino.

Posteriormente, e tendo presente o teor da informação prestada, outorgaria, em 03.07.2000, um contrato-promessa para venda do referido terreno, prevendo celebrar a escritura pública de transmissão até 15.12.2000.

Contudo, em 04.07.2000, viria receber um ofício da Câmara Municipal, comunicando-lhe que se pretendia levar a cabo a construção de uma variante à Rua D. Nuno Álvares Pereira – Eixo Norte/Sul. Do mesmo passo, solicitava-se o preenchimento de uma ficha para identificação de certa parcela de terreno, com apenas 1,69 m2, compreendida no imóvel objecto do contrato-promessa. Este, não obstante, mantinha-se inalterado.

Todavia, em 2.11.2000, a coberto de novo ofício, a Câmara Municipal enviar-lhe-ia nova ficha de identificação, relativa à expropriação de uma parcela de terreno com a área de 707 m2, ou seja, praticamente a totalidade da área do terreno.

Apesar de ter solicitado esclarecimentos, arguindo expressamente ter celebrado contrato-promessa, a Câmara

Municipal não lhe terá prestado qualquer informação. Devido a esta situação, a promitente compradora notificá-la-ia da sua decisão de resolver o contrato.

A Câmara Municipal de Matosinhos informou que, o pedido apresentado pela reclamante, de 14.03.2000, quanto à alteração de uso do imóvel reclamado, para permitir a utilização pela promitente compradora (construção de um local de culto), fora objecto de apreciação favorável.

Não obstante, e porque seria alterado o uso do solo, e bem assim, o uso previsto na licença municipal de utilização, tornar-se-ia necessária a aprovação de novo projecto que cumprisse as condições legais e regulamentares aplicáveis a espaços que recebem o público.

Contudo, em 15.05.2000, viria a ser aprovado o projecto de construção da Via do Eixo Norte/Sul.

Depois da notificação inicial, os serviços técnicos entenderam que seria necessário redefinir o traçado da via a construir, tornando-o mais rectilíneo, permitindo uma melhor inserção na cidade.

De resto, e segundo o Arquitecto Álvaro Siza Vieira, autor do Plano de Urbanização de Matosinhos Sul, o novo traçado permitiria uma melhor integração no espírito deste instrumento de gestão territorial, e aproximava a obra do seu carácter de eixo estruturante. Esta solução permitia ainda uma redução nos custos das obras, pois seria contida a área de intervenção – e de parcelas a expropriar - em cerca de 4.800m2.

No entanto, o traçado continua em estudo, não se conhecendo ainda qualquer decisão final. Esta situação importou a suspensão de todo procedimento de expropriação, que será retomado logo que seja aprovado o novo traçado.

A Câmara Municipal de Matosinhos que reconheceu e assumiu a responsabilidade pela informação errónea prestada, comprometendo-se a calcular o valor da indemnização que se propõe pagar.

Os serviços jurídicos municipais estarão a ponderar sobre a viabilidade de aquisição da propriedade reclamada pelo município.

Quanto aos prejuízos imputáveis à actuação da câmara municipal, e caso não venha a ser obtido acordo, deve-se ter presente que, nos termos da legislação em vigor, a intervenção do Provedor de Justiça não suspende o decurso de quaisquer prazos, nem administrativos nem judiciais.

Assim, deve-se atentar no disposto no art. 498.º do Código Civil, onde se prevê a prescrição do dever de indemnizar, cumpridos três anos, a contar da data em que o lesado teve conhecimento do direito que lhe assistia.

De todo o modo, deve-se ter presente que a declaração de utilidade pública de expropriação não impede a alienação nem a oneração do bem a expropriar. Por maioria de razão, o mesmo se dirá das diligências instrutórias levadas a cabo pela Câmara Municipal de Matosinhos, com vista a requerer a declaração de utilidade pública de expropriação.

Nestes termos, a declarada intenção da Câmara Municipal de Matosinhos de expropriar o imóvel não poderia ter como efeito a impossibilidade de concretização do contrato de compra e venda prometido.

Quanto à falta de prestação dos esclarecimentos solicitados, a câmara municipal foi alertada para o dever de decidir, consagrado no art. 9.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo, sobre os requerimentos que lhe sejam apresentados pelos particulares, nomeadamente, no caso de reclamações ou queixas, mesmo que não haja uma decisão final.

Mais nos foi explicado que a chamada de atenção que formulámos está em consonância com a orientação superior vigente, sendo que foram advertidos os serviços municipais contra estes indevidos procedimentos e os seus autores passarão a ser responsabilizados caso se verifique negligência.

R-1954/02
Assessor: Maria Ravara

Assunto: Ambiente. Poluição.
Objecto: Recursos hídricos. Fauna fluvial. Efluentes e resíduos industriais. Fiscalização.
Decisão: Veio a Direcção Regional do Ambiente e Ordenamento do Território do Centro a providenciar o exercício de poderes de fiscalização do cumprimento do regime de utilização do domínio hídrico e a adoptar procedimentos para regularizar das situações de laboração industrial poluente, por forma a precaver ulteriores danos ambientais no local.
Síntese:

Reclamava-se a investigação, por parte das autoridades administrativas, pela contaminação e morte de cardumes de peixes em águas públicas.

1. Foi pedido ao Provedor de Justiça que interviesse junto das autoridades competentes, de quem reclamaram medidas para eliminar as causas de contaminação de um aquífero e de um significativo conjunto de exemplares piscícolas, na Pateira de Taboeira.

2. De acordo com os reclamantes, verificada a destruição dos peixes, não teriam sido apuradas responsabilidades pelos danos ambientais imputados aos despejos na ria nem tão-pouco adoptadas medidas correctivas.

3. Para apreciação do assunto, ouvimos a Direcção Regional do Ambiente e Ordenamento do Território do Centro (DRAOT-Centro), pedindo que se pronunciasse acerca das conclusões alcançadas quanto aos níveis de contaminação das águas e sobre factores indiciados como determinantes para a destruição da fauna.

4. A DRAOT-Centro foi ainda inquirida acerca das medidas concretas estimadas, tendo presente a necessidade de (C.1) reintegrar, com prontidão, o interesse na preservação dos recursos hídricos e dos ecossistemas fluviais; (C.2) sancionar os comportamentos que se encontram na origem da situação.

5. Veio a DRAOT-Centro reconhecer a gravidade da lesão para a fauna fluvial, identificando como causas o lançamento de águas residuais não tratadas e a descarga de resíduos industriais no solo, com posterior contaminação da linha de água. Do mesmo passo, deu-nos conta de que instaurara procedimentos sancionatórios das infracções praticadas.

6. Parecendo-nos incipiente, do ponto de vista da remoção das causas e da prevenção de novas lesões, a organização de processos contra-ordenacionais, de novo interpelaríamos a autoridade ambiental, procurando persuadi-la a ponderar, ao menos, a aplicação de sanções acessórias e intimar os infractores para reporem, na medida do possível, a situação inicial.

7. Opôs-nos que fora decidido intensificar a fiscalização das condições de funcionamento das estações de tratamento de águas residuais, de modo a garantir a sua conformidade com os condicionalismos fixados nos alvarás de licença de descarga.

8. Solicitámos esclarecimentos suplementares, designadamente, no que toca:

a) à regularidade do exercício das actividades reclamadas, por referência aos parâmetros de depósito, utilização e transporte de resíduos, despejo de efluentes industriais e

b) bem assim aos procedimentos equacionados para reintegração do interesse público na preservação dos recursos hídricos e dos ecossistemas fluviais.

9. Viria a citada direcção regional a informar terem sido corrigidas as situações que originaram o envenenamento dos peixes, encontrando-se em revisão as condições de funcionamento dos estabelecimentos industriais que efectuaram as descargas poluentes, em termos que representariam uma significativa mais-valia para o ambiente.

10. Em face do exposto, foi determinado o arquivamento do processo, por se considerar que, apesar da fragilidade dos ecossistemas fluviais e da irreversibilidade dos danos ambientais reclamados, a imposição de condicionalismos ao uso industrial e o rigoroso controlo das actividades contribuirão para a salvaguarda dos recursos naturais.

R-3204/02
Assessor: Carla Vicente

Assunto: Urbanismo. Infra-estruturas.
Objecto: Abastecimento de água. Rede pública. Ligação. Defeito. Fiscalização.Projecto da especialidade. Declaração do técnico responsável (valor da).
Decisão: Pôde ser determinado o arquivamento, depois de ter a Câmara Municipal de Paredes revisto a sua posição, adoptando providências sancionatórias, e de serem informados os interessados acerca dos meios ao seu dispor para se ressarcirem pelos prejuízos imputados ao reclamado particular.
Síntese:

Reclamava-se da Câmara Municipal de Paredes por se furtarem os seus serviços à fiscalização das condições em que fora ligada certa rede predial à rede pública de abastecimento de água, uma vez que a conformidade fora atestada por declaração do técnico responsável pela obra, quando da apresentação do projecto da especialidade.

1. Foi solicitada a intervenção do Provedor de Justiça relativamente a deficiências detectadas na execução de uma obra, no tocante à ligação da rede predial com a rede pública de abastecimento de água, requerendo-se a intervenção junto da Câmara Municipal de Paredes, para que esta promovesse a regularização da situação.

2. O pedido de emissão da licença de utilização fora instruído com declaração do técnico da obra, conforme o disposto no art. 26.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, com a redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 250/94, de 15 de Outubro, o que obviou à realização de vistoria prévia àquela emissão.

3. Assim, o alvará de licença de utilização fora emitido em 21.11.1997.

4. Na sequência da reclamação apresentada pelos impetrantes, a câmara municipal verificou a desconformidade entre o projecto licenciado e as obras de ligação à rede predial de águas, o que justificaria a instauração do devido processo contra-ordenacional ao técnico responsável pela obra, por indício de falsas declarações apresentadas, para além da comunicação dos factos à respectiva ordem profissional.

5. Dado o tipo de deficiências detectadas, a enunciação das medidas adequadas à regularização da situação deve ser efectuada pelo SBPAR – Saneamento Básico de Paredes, S.A., pelo que a Câmara Municipal de Paredes encaminhou a reclamação apresentada para esta empresa.

6. Quanto à execução das obras necessárias, teve-se presente que, nos termos do disposto no art. 11º, do Decreto-Lei n.º 268/94, de 25 de Outubro, as intimações administrativas para a execução de obras nas partes comuns são dirigidas e notificadas ao administrador do condomínio.

7. Existe, assim, juridicamente, uma dissociação entre a autoria da obra e a responsabilidade perante a Administração Pública, o que em nada interfere nos direitos que assistam aos condóminos perante o construtor. Por outras palavras, a relação jurídica administrativa é sempre com o proprietário, não sendo oponíveis ao município quaisquer direitos ou obrigações de natureza civil constituídas com terceiros.

8. Nesta conformidade, o facto de a execução das obras ilegais poder ter sido promovida por pessoa diferente do proprietário insere-se num litígio entre privados que não compete

à autarquia dirimir e que, pela sua natureza, é estranha à esfera de acção deste Órgão do Estado, só podendo ser alcançada resolução pelos tribunais judiciais.

9. É domínio – o da generalidade das relações entre administrados – onde o Provedor de Justiça não pode intervir, de acordo com o seu Estatuto.

10. Por outro lado, e como se observou em acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 10 de Outubro de 1990 (Pº 884/88), «*estabelece o artigo 4º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas o princípio geral de que, apesar da concessão da licença camarária, o dono da obra não está desobrigado da obediência a outros preceitos gerais ou especiais a que o edifício, pela sua localização ou natureza haja de subordinar-se*».

R-3371/02
Assessor: Miguel Feldmann

Assunto: Urbanismo. Obras.
Objecto: Obras clandestinas. Demolição. Ordem municipal. Publicidade. Edital.
Decisão: Adoptadas providências convergentes com sugestão formulada, no sentido de ultrapassar dificuldades de natureza procedimental, o processo foi arquivado.
Síntese:

Reclama-se a adopção, pela Câmara Municipal de Lisboa, de medidas que levem à reposição de logradouro comum, em propriedade horizontal, depois de executadas obras clandestinas.

1. Foi pedida a intervenção do Provedor de Justiça com fundamento na alegada ausência de medidas, por parte da Câmara Municipal de Lisboa, contra a construção de marquise em alumínio, com uma área de cerca de 7 m^2, sem sujeição a prévio licenciamento municipal.

2. Tal construção destinava-se a ampliar a superfície de

certa fracção no rés-do-chão de edifício constituído em propriedade horizontal e fora implantada no logradouro comum, apesar de não obtido o consentimento dos restantes condóminos.

3. Participada a situação à Câmara Municipal de Lisboa, os serviços municipais haviam promovido acção de fiscalização ao imóvel através da qual se confirmou a irregularidade urbanística reclamada.

4. Subsequentemente, teriam sido promovidas diligências, todas sem sucesso, no sentido de se notificar o proprietário da referida fracção do projecto da decisão que determinava a realização de obras para reposição em conformidade com o projecto inicial, nos termos do disposto nos artigos 100º e 101º do Código do Procedimento Administrativo.

5. A falta de notificação obstaria ao regular andamento do processo administrativo, adiando a decisão de reposição do edifício na situação anterior, bem como a tomada de ulteriores medidas de reintegração da legalidade urbanística, nomeadamente o recurso a medidas coercivas.

6. Iniciada a instrução do processo, esclareceu-se o reclamante de que a intervenção do Provedor de Justiça se encontrava limitada às situações em que estão em causa actuações ou omissões dos poderes públicos, ilegais ou injustas, deixando fora do seu âmbito de actuação, em regra, os conflitos entre particulares.

7. Deste modo, não se cuidaria das questões emergentes nas relações de condomínio ou relativas à administração das partes comuns, porque privadas e sem posições de domínio, cingindo-se a instrução apenas à questão urbanística.

8. Promoveu-se, então, a audição da Câmara Municipal de Lisboa para que se pronunciasse acerca da possibilidade de proceder à citação edital do responsável pela obra reclamada, de modo a ultrapassar o impasse que verificava no caso exposto.

9. Em resposta, foi prestado esclarecimento pelo Gabinete da Vereadora dos Pelouros do Licenciamento Urbanístico e da Reabilitação Urbana de acordo com o qual se iria recorrer ao

expediente da citação edital.

10.Acolhida a sugestão formulada pela Provedoria de Justiça, reveladora de uma alteração no entendimento e na prática administrativa da Câmara Municipal de Lisboa em matéria de procedimentos com vista à reposição da legalidade urbanística, foi determinado o arquivamento do processo.

11.Com a comunicação do arquivamento ao queixoso, chamou-se a sua atenção para a circunstância de a reintegração dos direitos que pudessem ter sido afectados pelas obras não se mostrar impedida ou prejudicada pela actuação da autarquia, em virtude de se encontrarem ao dispor dos condóminos meios judiciais susceptíveis de reagir contra construções abusivas em partes comuns.

R-3729/02
Assessor: José Luís Cunha

Assunto: Ambiente. Águas.

Objecto: Domínio hídrico. Reserva ecológica nacional. Alteração do curso de linhas de água. Movimentação de terras. Ilícito de mera ordenação social. Medidas de polícia administrativa.

Decisão: Reconhecida procedência à queixa, foram adoptadas providências adequadas por parte do órgão visado, em termos que justificaram o arquivamento do processo.

Síntese:

Reclamava-se da Direcção Regional do Ambiente e Ordenamento do Território do Centro que fiscalizasse e adoptasse medidas em relação aos trabalhos que teriam sido levados a cabo no leito e margens de dois ribeiros, no concelho de Trancoso.

1. Na queixa que deu origem ao presente processo de reclamação, uma organização não governamental de ambiente afirmava ter participado à Divisão Sub-Regional da Beira Interior

Norte da Direcção Regional do Ambiente e do Ordenamento do Território do Centro (DRAOT-Centro) a existência das acções acima descritas, não tendo esta prestado informação a respeito da adopção de medidas no sentido da fiscalização de tais acções (as quais se teriam mesmo agravado).

2. Para instrução do processo organizado, foram pedidas explicações à DRAOT-Centro, solicitando-se a averiguação dos factos e o esclarecimento acerca das providências adoptadas ou a adoptar.

3. Em resposta, esta Direcção Regional informou a Provedoria de Justiça sobre a sequência das participações: a instauração de processos contra--ordenacionais com decisão, em ambos os casos, de aplicação de coima.

4. Considerou-se porém que as alterações poderiam vir a ser legalizadas: instalação de manilhas em vala de enxugo, regularização do leito da ribeira, captação por poços.

5. Ulteriormente, a Direcção Regional transmitiu à Provedoria de Justiça ter sido instaurado processo contra-ordenacional por captação de águas sem licença em dois locais, com a aplicação de coima no valor de € 300,00, do mesmo passo que, no outro processo, foi aplicada coima de €1.100,00 por escavações executadas em área de cheias (REN), revelando-se ilegalizáveis estas operações.

6. Analisados os elementos obtidos a partir destas averiguações, concluiu-se que as autoridades ambientais exerceram os poderes que a lei lhes concede na repressão de factos ilícitos contra o domínio hídrico e contra a Reserva Ecológica Nacional.

7. No decurso da intervenção da Provedoria de Justiça os procedimentos contra-ordenacionais vieram a conhecer andamento e a associação reclamante, na qualidade de participante, terá sido informada pela DRAOT-Centro.

8. Em face do exposto, considerou-se que a situação descrita na reclamação foi alterada em sentido convergente com a defesa da legalidade e a protecção do interesse público sobre os

recursos naturais, motivo pelo qual foi determinado o arquivamento do processo.

R-3864/02
Assessor: Carla Vicente

Assunto: Ordenamento do território. Propriedade privada.
Objecto: Expropriação por utilidade pública. Reversão. Pressupostos. Parque urbano (conceito de).
Decisão: Concluiu-se não estarem preenchidos os pressupostos do direito de reversão, uma vez que o conceito de parque urbano não se confunde com o de jardim, parque ou zona verde.
Síntese:

É reclamada a utilização de terrenos expropriados sob declaração de utilidade pública para parque como área compreendendo acessos rodoviários.

1. A parcela ..., sita na Cova da Piedade, concelho de Almada, foi objecto de expropriação por utilidade pública, por despacho do Secretário de Estado da Administração Local e Ordenamento do Território, de 1 de Fevereiro de 1988 (DR, II, 18.02.1988), mostrando-se necessária para a constituição do *Parque da Paz* – Parque Urbano de Almada.

2. Seria pedida pela proprietária a intervenção do Provedor de Justiça, considerando que estaria a ser concedida diferente utilidade à parcela, dado que se destinaria à construção de acessos a uma superfície comercial de grandes dimensões, denominada *Forum Almada*.

3. Dizia que tão-pouco fora informada pela Câmara Municipal de Almada ou pelo promotor do empreendimento.

4. Como tal, considerava reunidos os pressupostos para exercer o direito de reversão.

5. A Câmara Municipal de Almada, interpelada quanto aos factos descritos, defendeu não haver qualquer desvio à utilidade pública declarada.

6. Importava, assim, recensear as razões de parte a parte e confrontar a situação com o direito aplicável:

a) A via em construção tem como principal objectivo o de facultar o acesso directo ao parque urbano, em especial, pelos moradores no Laranjeiro e Feijó, para além de vir a servir os moradores da Sobreda e da Costa de Caparica, graças à passagem inferior sob a A-2 e aos arruamentos executados a poente;

b) Nada justificaria que a nova via em construção fosse interdita à circulação com outros destinos. Esta utilidade em nada desvirtua o fim principal da afectação do terreno;

c) Parecendo controvertido que a expropriação para constituição de um parque urbano pudesse compreender a execução de obras públicas rodoviárias, retorquiu a Câmara Municipal de Almada que o conceito de parque urbano não se identifica com o de jardim ou espaço ajardinado;

d) Como o parque será constituído em prédios rústicos, como áreas de mata e de campos agrícolas, sem resolução urbanística, a sua configuração tem de incluir o atravessamento e ligação com a rede estruturante da cidade;

e) Louva-se a câmara municipal em parecer de reputado urbanista que sustenta esta característica como própria dos grandes parques urbanos, oferecendo exemplos de situações análogas ao modelo, previstas no urbanismo anglo-saxónico. O atravessamento destina-se, segundo o autor, a garantir o ajustamento às funções de circulação na malha urbana onde se integra (de onde parque *urbano*);

f) A via estruturante do *Parque da Paz* parece obedecer à mesma finalidade de outras alterações adjacentes, como os taludes para fins de protecção acústica junto à auto-estrada, a alameda que estabelece a ligação do *Chegadinho* ao *Centro Sul* e os muros com rampas de acesso;

g) Por consulta a cerca de 70 instrumentos urbanísticos do ordenamento do território – e na falta de uma classificação jurídica de parque urbano – conclui-se que estas unidades destinam-se, não só à utilização cultural e desportiva, como também à preservação de ecossistemas ambientais no meio urbano. Assim em boa parte dos planos, o parque urbano surge em áreas classificadas como de *espaço verde/equipamento* e a utilização do solo, não absolutamente interdita, é reservada a obras compatíveis;

h) No PDM de Almada, o *Parque da Paz* está previsto em espaço verde de recreio e lazer, constituindo, de acordo com o art. 19º, o principal espaço desta categoria no UNOP-2, Laranjeiro;

i) Nos termos do art. 6º, alínea d), do regulamento do plano, a categoria *Espaços Verdes de Recreio e Lazer* não exclui liminarmente outros usos que favoreçam ou beneficiem, pelo menos, o fim determinante que, no caso, é o de garantir a estrutura verde fundamental do município;

j) Se pensarmos na estrutura verde do *Parque Florestal de Monsanto*, em Lisboa, não andaremos longe dos objectivos urbanísticos que hoje parecem identificar um parque urbano;

k) Esta relação de compatibilidade – e não da mais exigente conformidade – é afirmada no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 23.11.1999, quando se admitiu que «não constitui desvio ao fim da expropriação a inserção no conjunto habitacional de espaços para comércio e outros equipamentos sociais que não descaracterizam a noção de 'conjunto habitacional' e que estavam previstos no projecto» (Procº 37.869);

l) Por outro lado, ao tempo em que tinha tido lugar a expropriação, aplicava-se o Código das Expropriações de 1976 (Decreto-Lei n.º 845/76, de 11 de Dezembro), onde não se exigia senão o anteprojecto, o esquema dos trabalhos preliminares ou o estudo prévio da obra a empreender;

m) Como tal, não era necessário especificar o fim especificamente previsto para cada parcela.

7. Concluiu-se, pois, não estarem preenchidos os pressupostos para que o Provedor de Justiça recomendasse à Câmara Municipal de Almada o reconhecimento do direito de reversão.

R-4082/02
Assessor: Carla Vicente

Assunto: Urbanismo. Loteamentos urbanos.
Objecto: Cedências. Destinação. Alvará da licença de loteamento. Alteração. Equipamentos colectivos (conceito de).
Decisão: Foi determinado o arquivamento do processo, considerando-se que a alteração não se mostrava relevante do ponto de vista legal nem tão-pouco se traduzia em substancial alteração das condições urbanísticas e ambientais para a população local.
Síntese:

Reclamava-se da Câmara Municipal do Barreiro por consentir na alteração ao destino de uma parcela de terreno, como equipamento colectivo, cedida ao domínio público em operação de loteamento urbano, na medida em que o uso previsto – para edificação de escolas básicas – dera lugar à instalação de um estabelecimento do ensino superior politécnico.

1. Foi solicitada a intervenção do Provedor de Justiça por oposição à obra de construção do Instituto Politécnico de Setúbal, considerando-se ocorrer ilegalidade e lesão de direitos:

a) a obra estaria a ser executada em parcela de terreno cedida ao município do Barreiro, pelo promotor da operação de loteamento, para construção de escolas básicas (EB1+JI e EB2.3), creche e jardim-de-infância, centro de dia, centro sócio-cultural e complexo desportivo;

b) em razão da finalidade a que fora adstrita a parcela, entendia-se ser ilegal esta alteração;

c) a obra determinaria prejuízos para o sossego e qualidade de vida dos residentes na *Urbanização da Mata dos Lóios*.

2. Sobre a situação descrita, apurou-se o seguinte:

a) a *Urbanização da Mata dos Lóios*, foi objecto de uma operação de loteamento titulada pelo alvará mencionado, em 29.03.1996;

b) por razões que se prendem com a gestão e promoção da rede de equipamentos públicos concelhios, a Câmara Municipal do Barreiro entendeu que a localização adequada para a instalação de um estabelecimento de ensino superior – o Instituto Politécnico de Setúbal – seria precisamente nas parcelas que tinham sido destinadas, de acordo com as prescrições daquele alvará, à construção de escolas básicas (EB1+EB2.3);

c) a câmara municipal entende que não houve qualquer alteração do fim para o qual as parcelas foram cedidas, porquanto a finalidade, em último termo, foi observada, ou seja, trata-se de um equipamento escolar.

3. Não se encontra motivo bastante para reprovar este entendimento:

a) com efeito, tendo a operação de loteamento sido licenciada ao abrigo do regime jurídico previsto no Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 334/95, de 28 de Dezembro, o requerente estava obrigado a ceder parcelas de terreno para espaços verdes e de utilização colectiva, infra-estruturas viárias e equipamentos;

b) tendo em atenção o elemento literal e a *ratio* das normas que exigem a cedência de áreas no âmbito dos loteamentos, poder-se-á definir os *equipamentos colectivos* como aqueles que se destinam a satisfazer necessidades colectivas;

c) note-se, a este propósito, que a Portaria n.º 1182/92, de 22 de Dezembro, veio fixar o dimensionamento das parcelas destinadas a equipamentos de utilização colectiva, para efeitos do disposto no art. 15º, do Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro, estabelecendo, expressamente, que se deve entender por este tipo de equipamentos os destinados à prestação de

serviços à colectividade (saúde, educação, assistência social, segurança, protecção civil,...), à prestação de serviços de carácter económico (matadouros, feiras...) e à prática, pela colectividade, de actividades culturais, de desporto, de recreio e lazer;

d) do mesmo modo, no art. 17º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de Setembro, estabeleceu-se que os instrumentos de gestão territorial devem identificar as redes de infra-estruturas e equipamentos colectivos, referindo-se a estes, como aqueles que promovem a qualidade de vida, apoiam a actividade económica e asseguram a optimização do acesso à cultura, à educação e à formação, à justiça, à saúde, à segurança social, ao desporto e ao lazer;

e) não parece haver dúvida quanto ao facto de os estabelecimentos escolares preencherem o conceito de equipamentos colectivos, porquanto é manifesto que a educação constitui uma necessidade cuja satisfação foi assumida como uma tarefa da colectividade (MANUEL COSTA LOBO *et al.*, *in* Normas Urbanísticas – Princípios e Conceitos Fundamentais, Vol. I, 2ª Ed., pág. 86 e ss.);

f) ora, o alvará de loteamento deve definir as condições do licenciamento e, em particular, as áreas a ceder para instalação de equipamentos, de acordo com o disposto nos artigos 29º, n.º 1, alínea f), do Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro;

g) impõe-se concluir que os equipamentos escolares são aceites como equipamentos sociais ou colectivos;

h) e nenhuma regra parece exigir que as áreas cedidas para equipamentos sejam adstritas, desde logo, no licenciamento do loteamento, a uma finalidade tão específica, como seja, a da realização de um determinado tipo de equipamento colectivo;

i) assim, nem sequer era exigível que se discriminasse o tipo de equipamento a instalar naquelas parcelas, podendo mesmo limitar-se a enunciar o destino como, genericamente, equipamento escolar;

j) é certo que a câmara municipal especificou qual o tipo de equipamento escolar, e desta forma ter-se-ia vinculado à sua

observância, o que operaria em proveito dos terceiros adquirentes dos lotes, construções ou fracções na área loteada, que, desta forma, podem conhecer, *ab initio*, o tipo de equipamento que será instalado na área de terreno cedida;

k) contudo, mesmo que nos limitássemos ao rigor das palavras, sempre se diria que aquela alteração não tem maior impacte nas zonas envolventes;

l) não resulta de qualquer norma legal ou sequer do Plano Director Municipal do Barreiro qualquer diferença quanto às regras de construção de um edifício destinado a uma escola secundária ou a um instituto politécnico, pelo que não se entende por que razão, um teria mais impacte do que o outro;

m) é certo que o tipo de utentes é diferente, mas o ruído próprio do funcionamento de um escola básica não será, decerto, menor que o ruído associado a um instituto politécnico. Tendo em consideração as faixas etárias da população escolar, tudo leva a crer como plausível que neste caso haja até menor produção de ruído;

n) no que diz respeito aos problemas de estacionamento e fluxo de trânsito, deve-se ter presente que, no caso das escolas básicas, as horas mais problemáticas coincidem precisamente com o período de tempo em que os moradores tentam entrar ou sair do bairro. No caso dos institutos politécnicos, e porque os horários são mais flexíveis e variados, pode prever-se uma maior distribuição do fluxo automóvel;

o) de referir ainda que a suposta inobservância do fim para o qual as parcelas foram cedidas seria sancionável com a atribuição do direito de reversão ao cedente;

p) porém, não se vê como pudesse proceder um pedido de reversão quanto à alteração reclamada dado que, como já se referiu, o fim último da cedência foi observado;

q) de todo o modo, a decisão quanto ao equipamento colectivo a construir, em áreas cedidas, não está vinculada a parâmetros legais objectivos e traduz-se, assim, numa decisão de política administrativa, adoptada num quadro de prioridades,

definidas à luz das necessidades existentes;

r) dispõem os órgãos autárquicos, para o efeito, de uma larga margem de livre apreciação;

s) trata-se, pois, de uma decisão que, salvo erro manifesto, não é sindicável nem por parte do Provedor de Justiça nem pelos tribunais.

R-58/03
Assessor: Manuela Barreto

Assunto: Domínio público. Utilização.
Objecto: Estacionamento à superfície. Tarifa. Isenção. Requisitos. Cartão de residente.
Decisão: O processo viria a ser arquivado, depois de se verificar que a actuação da empresa municipal SITEE - Sistema Integrado de Transportes e Estacionamento de Évora, EM, estava dentro dos parâmetros normativos (jurídicos e éticos) que devem conformar a actividade administrativa.
Síntese:

Reclamava-se da recusa, por parte de empresa municipal de Évora, na emissão de cartão de residente, para o efeito de isenção de tarifa de estacionamento em zona de estacionamento de duração limitada no centro histórico.

1. O queixoso opunha-se à Câmara Municipal de Évora por não lhe ter sido emitido selo de residente para o efeito de isenção da tarifa de estacionamento, no centro da cidade. Promovida a audição do órgão visado, com vista a conhecer os fundamentos daquela recusa, concluiu-se que o mencionado órgão autárquico - a exemplo do que vem sendo prática noutros municípios - cedeu a gestão dos espaços públicos de estacionamento da cidade de Évora

à empresa municipal SITEE- Sistema Integrado de Transportes e Estacionamento de Évora – EM.

2. De acordo com o teor das informações prestadas pela empresa municipal, o selo de residente não terá sido concedido por motivo de o queixoso não ser o proprietário da viatura que utilizava, encontrando-se esta registada em nome de terceiro, razão por que não seria abrangido pela isenção da tarifa de estacionamento: não poderia ser titular do selo de residente nos termos prescritos pelo Regulamento das Zonas de Estacionamento de Duração Limitada no Centro Histórico de Évora.

3. Com efeito, dispõe-se no art. 12º, n.º 6, do citado regulamento municipal que "*o direito à obtenção dos selos de residente requer que os seus titulares: a) sejam proprietários de um veículo automóvel; b) sejam adquirentes com reserva de propriedade de um veículo automóvel; c) sejam locatários em regime de locação financeira de um veículo automóvel; d) sejam utilizadores de veículo cedido por empresa a que documentem ter vínculo...*" .

4. Assim, a SITEE, ao condicionar a atribuição do dístico de residente nos moldes antes referidos, limitou-se a aplicar o disposto no regulamento municipal a que atrás se alude, nada se impondo observar na sua conduta, do ponto de vista da legalidade e justiça, parâmetros por que se baliza a actuação do Provedor de Justiça.

5. Com efeito, trata-se de uma opção tomada por alguns municípios, com vista ao ordenamento do trânsito em determinadas zonas mais congestionadas, por via da qual se exige o registo do automóvel em nome do titular do dístico de residente como meio de prova do facto material da residência efectiva.

6. Na verdade, a isenção da tarifa de estacionamento, traduzida na outorga dos selos de residente não é de carácter pessoal em termos que permitam concedê-la aos residentes para que estacionem gratuitamente qualquer automóvel dentro da sua área de residência.

7. Se assim não fosse, escaparia ao controlo da empresa concessionária fiscalizar se quem estacionou o automóvel em zona de estacionamento tarifado, é ou não titular da isenção, já que poderia este conceder o uso desse mesmo automóvel a um terceiro não residente, desvirtuando as razões que motivaram a isenção do pagamento de tarifa aos residentes, quais sejam a de estes não sofrerem encargo com automóvel próprio.

8. A solução encontra, por outro lado, fundamento na lei, de acordo com o disposto no art. 64º, n.º 1, alínea u), da Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro, onde se confere às câmaras municipais competência para deliberar sobre o estacionamento de veículos nas ruas e demais lugares públicos.

9. Não se descortinam, por outro lado, normas ou princípios constitucionais violados, tendo presente que no art. 84º, n.º 2, da Constituição se remete para concretização legislativa o regime de utilização dos bens que integrem o domínio público municipal, como é o caso da via pública e dos lugares de estacionamento.

R-1065/03
Assessor: Miguel Feldmann

Assunto: Tempos livres. Terceira idade.
Objecto: Seguro desportivo. Restrições. Terceira idade.
Decisão: O instituto público reclamado viria a atender à reclamação, admitindo, para a época desportiva subsequente, providenciar pela contratação de seguro de acidentes pessoais aos associados que o solicitassem, motivo por que foi determinado o arquivamento do processo organizado.
Síntese:

Reclamou um associado do INATEL com mais de 65 anos, da condição estipulada para acesso à prática desportiva no Parque de Jogos 1º de Maio, em Lisboa, consistindo na apresentação de

apólice de seguro individual de acidentes pessoais, por motivo de as empresas seguradoras praticarem restrições em função da idade.

1. Foi solicitada a intervenção da Provedoria de Justiça junto do INATEL por, desde Janeiro de 2003, ter vindo a ser exigido aos sócios que se inscrevessem para a prática de actividades desportivas no Parque de Jogos 1º de Maio, em Lisboa, a apresentação de apólice de seguro individual de acidentes pessoais.

2. O INATEL fundamentava tal obrigação de contratação de seguro individual de acidentes pessoais no art. 5º da Lei n.º 119/99, de 11 de Agosto, que regula a assistência médico-desportiva.

3. Argumentava-se, porém, que naquela disposição apenas se estabelecia que o seguro desportivo, para ser aceite pela entidade tomadora, dependeria de prévia realização de exame médico.

4. Por outro lado, em anos anteriores existiria um seguro colectivo de acidentes pessoais, contratado pelo INATEL, cujo custo teria sido repartido pelos sócios e pago no acto de inscrição.

5. Mais se arguia o preço agravado dos prémios de seguro individual de acidentes pessoais, ultrapassando largamente o valor das quotas anuais do INATEL, em especial no caso de segurados com idade superior a 65 anos.

6. Pretendia-se a contratação de seguro colectivo, através do INATEL e em condições mais favoráveis que as das apólices individuais, como sucedia nas épocas desportivas anteriores.

7. Promovida a audição daquele Instituto, informou-nos o seu Presidente que, a partir da época desportiva imediatamente subsequente, os associados do INATEL que pretendessem inscrever-se para a prática das actividades básicas e que não se encontrassem cobertos por seguro de acidente pessoais, poderiam subscrevê-lo através do INATEL.

R-1196/03
Assessor: Maria Ravara

Assunto: Ambiente. Saúde pública. Segurança contra o risco de incêndios.

Objecto: Salão de cabeleireiro. Pé-direito mínimo. Licença de utilização. Nulidade.

Decisão: Chamada a atenção da Câmara Municipal de Vizela para a invalidade da licença de utilização outorgada ao salão de cabeleireiro, viria a ser atendida a queixa, por se dispor o órgão visado a declarar a nulidade do acto de licenciamento e não mais permitir o funcionamento sem serem revistas as condições de instalação. Por este motivo, pôde ser determinado o arquivamento do processo.

Síntese:

Reclamava-se da Câmara Municipal de Vizela por consentir na laboração de um cabeleireiro em edifício residencial sem observância das adequadas condições sanitárias, verificada pela autoridade de saúde, e em infracção às prescrições relativas à segurança contra o risco de incêndio.

1. Nos termos de queixa apresentada, o funcionamento de um salão de cabeleireiro em edifício habitacional importaria prejuízo para o bem-estar e a qualidade de vida dos moradores.

2. Afirmava o queixoso que o estabelecimento se encontrava aberto ao público em infracção aos requisitos legalmente previstos nos domínios sanitário e da segurança contra incêndios, não compreendendo como possa ter sido concedido o licenciamento da utilização.

3. Reclamou o encerramento do estabelecimento, arguindo que o edifício não disporia de condições para instalação do estabelecimento, exibindo cópia de um parecer desfavorável do

delegado concelhio de saúde, por violação do disposto no art.4º, alínea c), do Decreto-Lei n.º 243/86, de 20 de Agosto.

4. No âmbito da instrução do processo, foi exposta a situação à Câmara Municipal de Vizela, a qual foi inquirida acerca da conformidade da obra com o projecto aprovado, a adequação ao uso previsto e a observância das normas relativas às condições sanitárias e de segurança contra riscos de incêndios.

5. Seria transmitido que, apesar de a autoridade de saúde ter emitido, em 23.06.2001, um parecer desfavorável ao licenciamento da utilização - por não se conformar o estabelecimento de cabeleireiro com o preceituado no art.4º, alínea c), do Decreto-Lei n.º 243/86, de 20 de Agosto - a licença viria a ser deferida em 10.07.2001.

6. Na base da decisão, encontrar-se-ia a informação dos técnicos municipais, de acordo com a qual, mostrar-se-ia suprida a falta assinalada pelo delegado de saúde, a nível do pé-direito da fracção, já que o local fora dotada de um equipamento de ar condicionado.

7. Apreciados os elementos que nos foram facultados, verificámos que aquela autoridade sanitária não participou na vistoria nem tão-pouco se pronunciou sobre a adequação da solução técnica preconizada.

8. Dirigimo-nos, de novo, à câmara municipal procurando persuadi-la a declarar a nulidade do acto que deferiu o pedido de licenciamento da utilização reclamada, por força do disposto no art. 23º, do Decreto-Lei n.º 370/99, de 18 de Setembro, que determina que aos estabelecimentos de prestação de serviços são aplicáveis as disposições do capítulo II, nomeadamente a que faz depender a aprovação do projecto de arquitectura do estabelecimento da emissão de parecer favorável da autoridade de saúde.

9. No caso vertente, o parecer do delegado de saúde assumiria carácter vinculativo, estribando-se na aplicação de preceitos legais em vigor (artigos 7º e 10º, n.º 3).

10. Viria o Senhor Vice-Presidente manifestar a intenção da câmara municipal de declarar a nulidade do acto de licenciamento, ao abrigo do art. 134º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo e de notificar o proprietário para requerer a alteração do uso para instalação de salão de cabeleireiro, nos termos previstos no art. 19º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 370/99, de 18 de Setembro.

11. Do mesmo passo, e admitindo a probabilidade de a autoridade de saúde reiterar o teor do anterior parecer, quando ouvida a respeito da licença para alteração do uso, questionaria o Senhor Vice-Presidente o carácter vinculativo do aludido parecer, sustentando que a construção do prédio antecedera a vigência do Regulamento Geral das Edificações Urbanas e que a exigibilidade de pé-direito mínimo não relevaria da observância de requisitos de índole higio-sanitária, não competindo, como tal, à autoridade de saúde pronunciar-se sobre este aspecto.

12. Por não concordar com esta posição, viriam a ser empreendidas novas diligências em ordem à tomada de uma posição pela câmara municipal, junto da qual se reafirmaria a natureza vinculativa do parecer e a competência da autoridade de saúde, instando-a a adoptar procedimentos para reintegrar o interesse público lesado.

13. Por fim, veio o executivo municipal dispor-se a actuar em sentido convergente com a exortação que fora dirigida, pelo que se deu por finda a instrução do processo.

R-1333/03
Assessor: Manuela Barreto

Assunto: Ambiente. Ruído.
Objecto: Escola musical. Incomodidade. Fiscalização. Medidas de polícia administrativa.

Decisão: O processo pôde ser arquivado, depois de reconhecida a procedência da reclamação e adoptadas medidas por parte do órgão visado.

Síntese:

Reclamava-se da Câmara Municipal de Coimbra por não adoptar providências sobre uma academia musical, instalada em edificação habitacional e sem as devidas condições de isolamento acústico para o exterior.

1. Opunha a queixosa ser intoleravelmente incomodada pelo ruído imputado ao funcionamento de uma academia musical.

2. Seriam promovidas diligências junto da Câmara Municipal de Coimbra, a fim de conhecer da conformidade do uso dado à fracção com a licença de utilização, e de averiguar o cumprimento das condições de isolamento acústico e de protecção contra o ruído, da prévia certificação do cumprimento do regime jurídico sobre poluição sonora e, ainda, da observância das normas de segurança de pessoas e bens contra incêndio.

3. Em resultado, veio a Câmara Municipal de Coimbra informar não ter sido emitida licença de utilização para o estabelecimento em causa, pelo que terá intimado o proprietário para cessar a utilização da fracção autónoma.

4. Adoptadas pela Câmara Municipal de Coimbra as adequadas providências para a reposição da legalidade administrativa nada mais se impunha diligenciar junto daquela entidade, motivo pelo qual foi determinado o arquivamento do processo.

R-1387/03
Assessor: António Passos Leite

Assunto: Ambiente. Ordenamento do território. Segurança.

Objecto: Protecção dos edifícios escolares. Posto de abastecimento de combustíveis. Distância. Emissões

poluentes. Segurança contra o risco de incêndios. Tráfego.

Decisão: Concluiu-se que a licença concedida ao posto de abastecimento não apresentava desconformidade com as prescrições legais e regulamentares aplicáveis, depois de se ter observado que estes estabelecimentos, por terem deixado de estar classificados legalmente como insalubres, tóxicos, incómodos ou perigosos deixaram também de estar interditos na zona de protecção de doze metros dos edifícios escolares.

Síntese:

Reclamava-se da licença concedida pela Câmara Municipal de Alcochete para obras de instalação de um posto de abastecimento de combustíveis nas imediações de um edifício escolar, de uma zona habitacional e de um depósito de água, arguindo-se o receio de emissões poluentes para a qualidade do ar, de contaminação dos solos e sobretudo dos riscos para a segurança da comunidade educativa.

1. Foi pedida a intervenção da Provedoria de Justiça com o objectivo de evitar a construção de um posto de abastecimento de combustíveis junto de um estabelecimento escolar, de edificações habitadas e de um depósito de água, para presumível uso doméstico da população da vila de Alcochete.

2. Procedeu-se, então, à audição da Câmara Municipal de Alcochete a fim de que se pronunciasse acerca da conformidade da construção com as disposições legislativas e regulamentares em causa.

3. Ouvida a Câmara Municipal de Alcochete, viria a apurar-se que o posto de abastecimento de combustíveis em causa se encontrava previsto em plano de pormenor e em conformidade com as disposições legais e regulamentares aplicáveis.

4. Esclareceu o Senhor Presidente da Câmara Municipal que as zonas de segurança e protecção aos edifícios que recebem o público legalmente previstas se encontravam largamente salvaguardadas e que o procedimento de aprovação do plano de

pormenor cumpriu igualmente as disposições legais aplicáveis.

5. Em especial, especificaria que o procedimento de elaboração, ponderação dos interesses em presença e aprovação do aludido plano decorreu sem que fossem apresentadas quaisquer reclamações.

6. Transmitiu-se ao queixoso que, do ponto de vista do Direito Administrativo, a aplicar pela Câmara Municipal de Alcochete, nada se revelou que indiciasse a prática de violação da lei, reconhecendo que a protecção legalmente dispensada a edifícios que recebem o público, e em especial a edifícios escolares, se mostra insuficientemente regulada, tanto por via do Decreto-Lei n.º 37.575, de 8 de Outubro de 1949, quanto por via do recente regime que disciplina a construção e exploração de postos de abastecimento de combustíveis – Decreto-Lei n.º 302/2001, de 23 de Novembro, e Portaria n.º 131/2002, de 9 de Fevereiro, motivo por que se encontra em instrução processo organizado por iniciativa oficiosa do Provedor de Justiça.

7. Por outro lado, o queixoso foi informado de que poderia lançar mão de um meio contra o proprietário do posto de abastecimento, nos tribunais comuns. Com efeito, podem os tribunais comuns condenar o proprietário do posto de abastecimento a adoptar acrescidas medidas de segurança ou mesmo a cessar, no local, a sua actividade, apesar de esta se encontrar licenciada. Isto, por aplicação do disposto no art. 1347.º, n.º 2, do Código Civil.

R-2196/03
Assessor: Maria Ravara

Assunto: Habitação. Casas económicas. Arrendamento.
Objecto: Despejo administrativo. Privilégio da execução prévia. Procedimento administrativo. Garantias. Código do Procedimento Administrativo. Aplicação supletiva.

Decisão: Observou-se que o Decreto-Lei n.º 35106, de 6 de Novembro de 1945, se mantém em vigor, sem que nada indicie, por seu turno, a violação de normas ou princípios constitucionais, uma vez que teve lugar a aplicação supletiva das garantias dos administrados enunciadas no Código do Procedimento Administrativo.

Síntese:

Reclamava-se da aplicação, pela Câmara Municipal do Porto, do regime especial de ocupação de casas destinadas a famílias pobres, contido no Decreto-Lei n.º 35 106, de 6 de Novembro de 1945, e com fundamento no qual se procedera ao despejo sumário de ocupantes.

1. Foi pedida a intervenção do Provedor de Justiça por forma a sindicar a legalidade da actuação da Câmara Municipal do Porto, traduzida em ordens de despejo de habitações, proferidas ao abrigo do regime especial de ocupação de cassa destinadas a famílias pobres (Decreto-Lei n.º 35 106, de 6 de Novembro de 1945).

2. No âmbito da instrução do processo, seria ouvida a Câmara Municipal do Porto, procurando averiguar-se as circunstâncias de facto que determinaram os despejos e saber do cumprimento das formalidades previstas na lei para garantia dos direitos dos moradores.

3. Isto, porquanto, segundo entendemos, mantém plena vigência o Decreto-Lei n.º 35 106, de 6 de Novembro de 1945, que habilita a Câmara Municipal a decretar o despejo dos moradores, ao abrigo do disposto no art.12º. As relações de arrendamento constituídas para alojamento nestes fogos não resultam da procura e oferta no mercado, antes se destinando a suprir carências económicas de agregados familiares desfavorecidos. Como tal, bem se compreende que os órgãos municipais disponham dos poderes de autoridade que tipicamente caracterizam a actuação administrativa: a execução dos seus actos sem necessidade de prévia intervenção judicial. Esta posição dos órgãos administrativos em nada prejudica o acesso dos

administrados aos tribunais administrativos, em caso de inobservância das prescrições legais e regulamentares aplicáveis.

4. Em face do teor da resposta que nos foi prestada pela câmara municipal, nada encontrámos que motivasse a formulação de um reparo ao citado órgão executivo. Na verdade, tanto quanto nos foi possível apurar, a conduta adoptada pela Câmara Municipal do Porto, ao decretar o despejo encontrou fundamento no disposto no art. 12º, do Decreto-Lei n.º 35 106.

5. Este diploma mantém-se em vigor e as relações constituídas ao seu abrigo não parecem reconduzir-se a contratos de arrendamento, análogos à generalidade dos contratos de Direito Civil. O legislador prevê a cedência de habitações a famílias carenciadas, *a título precário*, ainda que mediante o pagamento de uma renda. São verdadeiros contratos administrativos, onde a Administração Pública – no caso, o município do Porto - conserva uma posição de proeminência para mais pronta garantia do interesse público.

6. Ora, a natureza precária daquela atribuição é incompatível com a sujeição da situação jurídica emergente aos meios e formas de cessação do contrato de arrendamento, previstos nos regimes jurídicos do arrendamento urbano e da locação civil.

7. Trata-se de uma cessão revogável, a todo o tempo, e sujeita ao Direito Administrativo. Assim, podem as câmaras municipais despejar os ocupantes, sempre que concorram as circunstâncias previstas no art. 12º.

8. O despejo, sempre que a ordem não seja cumprida voluntariamente, é promovido por via coerciva, mediante a colaboração da autoridade policial, prescindindo-se da prévia intervenção dos tribunais (art.12º, § 2º).

9. Isto não significa que a ordem de despejo não tenha de cumprir a lei, nomeadamente, indicando os fundamentos de facto e de direito e precedida da audição prévia dos interessados. Da eventual ilegalidade do acto que ordene o despejo poderão os interessados interpor recurso contencioso de anulação para o

Tribunal Administrativo do Círculo do Porto, para além de poderem ali requerer a suspensão da ordem.

10. Em face do exposto, resultando suficientemente indiciados os pressupostos de que a lei faz depender o exercício do poder de despejo, bem como o cumprimento das pertinentes formalidades administrativas (v.g. dever de audiência prévia e notificação da decisão final aos destinatários das ordens de despejo), foi o processo arquivado.

R-2427/03
Assessor: Miguel Feldmann

Assunto: Ambiente. Ruído.
Objecto: Estabelecimento de bebida. Licença de utilização. Emissão de ruído.
Decisão: Determinou-se o arquivamento do processo com base em informação nos termos da qual o estabelecimento reclamado se manteria encerrado até se encontrarem reunidos os requisitos permitindo o seu regular funcionamento.
Síntese:

Reclama-se a adopção, pela Câmara Municipal de Lisboa, de medidas que obriguem o responsável por estabelecimento de bebidas a conter as emissões de ruído para níveis compatíveis com o ambiente dos moradores vizinhos.

1. Foi solicitada a intervenção da Provedoria de Justiça junto da Câmara Municipal de Lisboa com fundamento na alegada omissão de medidas contra o funcionamento irregular e a incomodidade ruidosa imputados ao estabelecimento reclamado.

2. O estabelecimento reclamado provocaria significativa incomodidade sonora, perturbadora do descanso dos residentes nas vizinhanças, em especial durante o período nocturno.

3. Os resultados de medição acústica efectuada pelos

serviços da Divisão de Controlo Ambiental da Direcção Municipal de Ambiente e Espaços Verdes comprovariam a procedência da queixa.

4. Alegava-se, ainda, que o dito estabelecimento viria desenvolvendo a sua actividade sem dispor de licença camarária para o efeito.

5. Promovida a audição da Direcção Municipal das Actividades Económicas acerca do assunto, foi prestada resposta esclarecendo ter sido determinada a realização de obras de insonorização.

6. Mais se comunicou ter sido deliberado que o estabelecimento se mantivesse encerrado durante a realização das obras e até à emissão de licença de utilização para serviço de bebidas.

7. Em posterior contacto telefónico com a Unidade de Projecto do Alto do Lumiar, responsável pela apreciação dos projectos de obras e de emissão de alvará de licença de utilização, confirmou-se que o estabelecimento se encontrava encerrado.

8. Tomadas medidas aptas a ultrapassar a situação reclamada, foi determinado o arquivamento do processo.

2.1.4. Pareceres

R-2028/98
Assessor: Maria Ravara

Entidade visada: Presidente da Câmara de Penedono
Assunto: Ambiente. Saúde pública. Protecção da paisagem. Licenciamento de antenas.

1. Constitui objecto do presente parecer a questão do licenciamento de antenas para a prestação do serviço de telecomunicações móvel terrestre, por motivos de índole urbanística. É prática corrente em diversos municípios não se proceder ao licenciamento dos trabalhos de instalação das antenas, por aplicação do regime contido no Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, escusando-se as câmaras municipais na circunstância de tais trabalhos não constituírem obras de construção civil. Os diversos processos pendentes na Provedoria de Justiça têm por base queixas dos moradores vizinhos, com base, quer em razões de índole urbanística e ambiental – afectação paisagística e da estética urbana e emissão de ruído -, quer por motivos de saúde pública.

2. Nos vários processos em que se discute esta questão, não possuem a mesma natureza as infra-estruturas de telecomunicações afectas à prestação do serviço. Trata-se ora de antenas instaladas na cobertura de edifício, ora de antenas fixadas ao solo através de estruturas metálicas, e, ainda, da edificação de uma estrutura de betão à qual é acoplada uma torre metálica que suporta a antena.

3. A exigência pelos municípios de prévio licenciamento da actividade humana de realização de obras ou trabalhos que impliquem um aproveitamento urbanístico dos solos fundamenta-

se em quanto se dispõe no art.64º, n.º 5, al. a), do regime jurídico do funcionamento dos órgãos dos municípios e das freguesias, aprovado pela Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro, e no artigo 1º, alínea a), do regime aprovado pelo Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, com a redacção conferida pelo Decreto-Lei n.º 250/94, de 15 de Outubro[55]. Nestes preceitos atribui-se às câmaras municipais o poder de conceder licenças para a realização de obras de construção de novos edifícios, e de reconstrução, ampliação, alteração, ou demolição de edifícios já existentes, bem como para os trabalhos que impliquem alteração da topografia local, desde que para fins urbanísticos, ou seja, para fins que excedam um aproveitamento ou exploração conforme à sua própria natureza (agrícola, florestal, pecuário, cinegético)[56].

4. A competência do órgão executivo do município para atribuição das mencionadas licenças, encontra-se limitada pelo âmbito da previsão normativa que opera a delimitação das obras ou trabalhos que não podem ser efectuados sem tal controle administrativo prévio. Para além desta previsão é livre a actividade humana de aproveitamento dos solos para fins não urbanísticos.

5. O apuramento, em concreto, da exigibilidade de licenciamento municipal de uma dada construção, implica determinar se os trabalhos a realizar se podem subsumir ao conceito de obra de construção civil, uma vez que é este conceito que opera a delimitação do objecto dos preceitos legais citados: todas as obras de construção civil, ainda que tenham natureza ou destino exclusivamente agrícola, estão sujeitas a licenciamento municipal, bem como os trabalhos que impliquem alteração da topografia local para fins não exclusivamente agrícolas.

6. A exigência de licenciamento municipal prévio encontra-se, portanto, dependente da natureza da obra a realizar

---

[55] Regime Jurídico do Licenciamento Municipal de Obras Particulares (RJLMOP)

[56] De idêntico teor era o preceito contido no art. 51º, n.º 2, alínea c), da anterior Lei das Autarquias Locais (Decreto-Lei n.º 100/84, de 29 de Março)

– obra de construção civil - ou dos respectivos efeitos – alteração da topografia local.

7. Para que estejamos perante uma obra de construção civil exige-se que a construção em causa esteja ligada ao solo, ou a edifício pré-existente, e que tenha carácter de permanência[57]. A este respeito, ANTÓNIO PEREIRA DA COSTA define obra de construção civil como "*o conjunto erigido pelo homem com quaisquer materiais, reunidos e ligados artificialmente ao solo ou a um imóvel com carácter de permanência, com individualidade própria e distinta dos seus elementos*". Assim, para que os trabalhos humanos de construção sejam licenciáveis é necessário que a obra esteja fixada ao solo ou a construção pré-existente com carácter de permanência.

8. Esta é também a interpretação da jurisprudência, a qual entende não estarem sujeitas a licenciamento as obras de carácter transitório, desmontáveis ou amovíveis. *A contrario*, a inamovibilidade e a permanência constituem, assim, pressupostos da exigibilidade do licenciamento.

9. Por seu turno, a inamovibilidade tem que ser aferida em função da insusceptibilidade de deslocação da estrutura, sem perda da sua individualidade construtiva. A permanência afere-se pela natureza duradoura ou transitória da destinação a que a construção se encontra afecta.

10. As mesmas características de inamovibilidade e permanência têm que constituir o pressuposto do licenciamento dos trabalhos de alteração da topografia local. Qualquer intervenção com esta natureza que produza a alteração das características físicas do solo está sujeita a licenciamento administrativo prévio.

11. São estas as conclusões que se impõem quando se atende às razões que ditam a sujeição da actividade edificatória a um controlo administrativo prévio. Apenas os trabalhos de

---

[57] Cfr. ANTÓNIO PEREIRA DA COSTA, Regime Jurídico do Licenciamento de Obras Particulares - Anotado, pp.24 e ss., e bibliografia aí citada

construção civil que estejam efectivamente ligados ao solo e afectos a um fim não transitório, bem como as alterações topográficas de carácter permanente e irreversível são susceptíveis de suscitar questões de salubridade, segurança, estética[58], paisagística e ordenamento do território que constituem os interesses públicos a tutelar através do controle autárquico e justificam a sujeição a um procedimento administrativo próprio.

12. Assim, importa caracterizar as estações de telecomunicações à luz dos mencionados critérios, tendo presente que o respectivo licenciamento municipal deve ser legitimado por via dos interesses públicos acima mencionados e que determinam a sujeição da actividade privada de edificação a licenciamento administrativo.

13. As estações de radiocomunicações podem apresentar diferente configuração consoante sejam associadas a um imóvel já existente (R-2945/98), como é o caso da generalidade das antenas instaladas em zonas urbanas, ou venham a determinar a instalação de uma torre metálica de suporte ligada ao solo, com ou sem construções de apoio anexas (R-2028/98, R-1722/98 e R-234/99), como sucede por via de regra com as estações instaladas em zonas rurais.

14. As situações reclamadas revelam que, na segunda hipótese, a torre metálica que suporta a antena pode ser instalada sobre uma base de cimento a esta ligada de forma indissociável, sendo, do mesmo passo, as mencionadas torres acompanhadas de pequenas construções destinadas aos respectivos equipamentos.

15. Assim, é inquestionável que os trabalhos de instalação das estações são o resultado de obras de construção civil com carácter inamovível, já que se consubstanciam numa operação de ligação artificial de materiais ao solo, e que se destina a perdurar, afectando, por isso, de forma irreversível, a estética da paisagem e o ambiente em que se inserem.

---

[58] Art. 121º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 38.382, de 7 de Agosto de 1951, art. 63º, n.º 1, alínea d), do RJLMOP

16. Do mesmo passo, as antenas instaladas em edifícios pré-existentes estão sujeitas a licenciamento municipal, uma vez que a instalação está afecta a fim duradouro, encontra-se unida de forma indissociável ao edifício e altera a configuração da cobertura e, como tal, a estética do imóvel. Pode ainda ser afectada em razão da sobrecarga verificada por motivo da instalação da antena, a estrutura resistente do edifício, aspecto que importa acautelar, atentos os riscos para a segurança pública[59].

17. Importa também considerar as implicações que as mencionadas infra-estruturas comportam em termos de segurança e salubridade das edificações vizinhas bem como quanto à sua inserção no ambiente urbano e na paisagem, aspectos que às câmaras municipais cumpre acautelar no procedimento de licenciamento de obras.

18. Com efeito, constitui condição do licenciamento das obras a dignificação e valorização estética do conjunto edificado, não podendo as construções ser efectuadas por forma a comprometer "*pela localização, aparência ou proporções, o aspecto das povoações ou dos conjuntos arquitectónicos, edifícios e locais de reconhecido interesse histórico ou artístico ou de prejudicar a beleza das paisagen*s", constituindo pressuposto de indeferimento do pedido de licenciamento a circunstância de a pretensão edificatória "*afectar a estética das povoações, a sua adequada inserção no ambiente urbano ou a beleza das paisagens*".

19. As preocupações subjacentes aos preceitos mencionados encontram-se reflectidas no regime jurídico atinente ao licenciamento das redes públicas e prestação de serviços de telecomunicações, bem como de instalação das respectivas infra-estruturas.

20. Já no corpo do Decreto-Lei n.º 381-A/97, de 30 de Dezembro, ora revogado, se previa a existência de razões relativas

---

[59] Cfr., a este propósito o disposto nos artigos 128º e 129º do citado Regulamento Geral das Edificações Urbanas.

à protecção do ambiente, do património cultural, do ordenamento do território, ou à defesa da paisagem urbana e rural que não permitissem a instalação das infra-estruturas de telecomunicações (art. 17º).

21. São estes, em síntese, os interesses públicos cuja salvaguarda dita a sujeição da instalação das estações de telecomunicações ao regime jurídico do licenciamento de obras particulares confiado às câmaras municipais, coincidindo tais interesses, no essencial, com a prossecução das atribuições municipais em matéria de ordenamento do território e urbanismo[60].

22. Ao consagrar o novo regime do licenciamento de redes e estações de radiocomunicações, o legislador acolheu o entendimento que acima se expôs quanto à submissão dos trabalhos de instalação de estações de radiocomunicações e antenas a licenciamento municipal de obras particulares.

23. Dispõe-se, com efeito, no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 151-A/2000, de 20 de Junho "relativamente à instalação de redes e estações, incluindo antenas, mantém-se o actual princípio de que o licenciamento radioeléctrico não dispensa quer as autorizações inerentes ao direito de propriedade, quer os actos de licenciamento, autorização ou outros previstos na lei, nomeadamente da competência dos órgãos autárquicos, os quais visam tutelar interesses diversos dos que estão cometidos à entidade gestora do espectro radioeléctrico".

24. Neste sentido, estabelece-se no corpo do diploma que a exigência de consentimento dos proprietários dos prédios objecto da instalação "não dispensa quaisquer outros actos de licenciamento ou autorização previstos na lei, designadamente os da competência dos órgãos autárquicos" (v. art.20º, n.º 1 e n.º 2).

25. Não há, assim, no actual estado de evolução do ordenamento jurídico dúvidas quanto à sujeição dos trabalhos de

[60] Art. 13º, n.º 1, alínea o), da Lei n.º 159/99, de 14 de Setembro, que estabelece o quadro de transferência de atribuições e competências para as autarquias locais.

construção e instalação de antenas para estações de telecomunicações móveis ao regime jurídico do licenciamento municipal de obras particulares.

26. A evolução legislativa é favorável aos interesses que determinam que os reclamantes se opusessem à instalação de antenas nas proximidades de habitações, uma vez que às câmaras municipais, no âmbito do procedimento de licenciamento municipal de obras particulares, caberá acautelar os interesses públicos em matéria de integração paisagística e estética urbana e contenção dos níveis de ruído, cabendo à Administração Central, por meio do Instituto das Comunicações de Portugal, assegurar a conformação com os parâmetros técnicos julgados suficientes para defesa da saúde pública.

Nota:
Viria a câmara municipal a adoptar o comportamento sugerido, empreendendo diligências no sentido da remoção da antena.
Por fim, em 29.01.2003, ser-nos-ia informado encontrar-se iminente a realização dos trabalhos reclamados, pelo que pôde ser determinado o arquivamento.

R-3140/00
Assessor: Carla Vicente

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Almada
Assunto: Ordenamento do território. Obras públicas.

1. Foi solicitada a intervenção do Provedor de Justiça relativamente à obra de construção de uma estrada municipal, no concelho de Almada, designada por Via Turística, por, alegadamente, a mesma implicar a destruição de património natural e histórico existente na Área Protegida da Arriba Fóssil da Costa da Caparica.

2. Sobre o assunto, foi ouvida a Câmara Municipal de Almada, a Direcção Regional do Ambiente e Ordenamento do Território de Lisboa e Vale do Tejo e a Comissão Instaladora da Paisagem Protegida da Arriba Fóssil da Costa da Caparica.

(I)
Dos Factos

3. Os esclarecimentos prestados pelas entidades públicas supra mencionadas permitiram apurar os seguintes factos:

A) Projecto de construção da Via Turística

a) A designada Via Turística é uma estrada municipal que a Câmara Municipal de Almada se propõe construir por sua iniciativa;

b) A via projectada situa-se na freguesia da Charneca da Caparica, tem início no nó com a L3 e termina na intersecção com a Avenida do Mar (Aroeira), desenvolvendo-se em dois lanços, numa extensão total de 7.704 metros. O seu objectivo é aumentar as condições de circulação dentro do concelho de Almada e garantir o acesso às praias, assim como a uma zona de ocupação turística e áreas de lazer, que se encontram previstas no Plano Director Municipal;

c) A Câmara Municipal de Almada já aprovou os projectos de execução relativos aos dois lanços da via, respectivamente, em 19/01/2000 e 16/02/2000 e decidiu, nas mesmas datas, o lançamento do procedimento de concurso público para adjudicação das empreitadas relativas à execução dos trabalhos;

d) A Via Turística faz parte da rede viária principal prevista no Plano Director Municipal de Almada e a sua implantação estará de acordo com o traçado previsto nesse instrumento de planeamento territorial, situando-se no espaço-

canal que aí foi previsto, de acordo com as informações prestadas pela autarquia;

e) A aprovação do projecto não foi antecedida de avaliação de impacte ambiental, porquanto a legislação em vigor à data da aprovação dos projectos de execução não exigia a realização deste estudo senão para os casos de construção de estradas ou segmentos superiores a 15 quilómetros. Todavia, foram executados estudos sobre as incidências ambientais da obra e determinada a adopção de medidas de minimização das mesmas;

f) A aprovação do projecto também não foi precedida de audiência pública, embora a execução da via tenha sido submetida a audição no âmbito da discussão que precedeu a aprovação do Plano Director Municipal de Almada;

g) A via situa-se, em parte, em áreas incluídas na Reserva Ecológica Nacional, na Paisagem Protegida da Arriba Fóssil da Costa da Caparica e na Mata Nacional dos Medos;

B) Procedimento junto da Direcção Regional do Ambiente de Lisboa e Vale do Tejo

h) Em 03.09.1999, a Câmara Municipal de Almada requereu à Direcção Regional do Ambiente de Lisboa e Vale do Tejo, um parecer que confirmasse a implantação da via como uma acção já prevista, de acordo com o art. 4º, n.º 2, alínea a), do Decreto-Lei n.º 93/90, de 19 de Março, com a redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 213/92, de 12 de Outubro, e Decreto-Lei n.º 79/95, de 20 de Abril;

i) Foi invocado, a este propósito, que a obra de construção da Via Turística está prevista no Plano Director Municipal de Almada e que embora este diploma seja posterior à aprovação da Carta REN, foi submetido a ratificação antes da aprovação desta;

j) Em 13.10.1999, a Direcção Regional do Ambiente e do Ordenamento do Território de Lisboa e Vale do Tejo informou a Câmara Municipal de Almada de que a pretensão apenas poderia ser enquadrada no âmbito do art. 4º, n.º 2, alínea c), do citado

regime jurídico aprovado pelo Decreto-Lei n.º 93/90. Nessa data solicitou alguns elementos, onde se destaca a deliberação da Assembleia Municipal considerando de interesse público a execução da via;

k) Em 16.02.2000 a Câmara Municipal de Almada decidiu solicitar à Assembleia Municipal a emissão de declaração de utilidade pública da construção da Via Turística, manifestando o seu assentimento quanto à localização da mesma e dos respectivos projectos;

l) Em 24.03.2000, a Câmara Municipal de Almada solicitou, declaração de acção de interesse público ao abrigo do preceito mencionado na alínea j), perante a Direcção Regional do Ambiente e do Ordenamento do Território de Lisboa e Vale do Tejo;

m) Em 06.07.2000, é solicitado à Câmara Municipal de Almada a remessa dos elementos necessários ao reconhecimento do interesse público da obra, no sentido de o pedido poder ser remetido ao Secretário de Estado do Ordenamento do Território e da Conservação da Natureza;

n) Em 04.09.2000, a Direcção Regional do Ambiente de Lisboa e Vale do Tejo remeteu à Secretaria de Estado do Ordenamento do território e da Conservação da Natureza, os elementos apresentados para o efeito, embora aí alertasse para a instrução deficiente do pedido;

o) Não foi emitido, até à presente data, qualquer despacho, por parte do Secretário de Estado do Ordenamento do Território e da Conservação da Natureza que reconheça o interesse público na execução da obra;

C) Procedimento junto da Comissão Instaladora da Paisagem Protegida da Arriba Fóssil da Costa da Caparica

p) Tendo tomado conhecimento da execução de trabalhos de levantamento de dados destinados à elaboração do projecto da

Via Turística, a Comissão Instaladora da Paisagem Protegida da Arriba Fóssil da Costa da Caparica requereu, em 21.10.98, a remessa de cópia do traçado daquela via;

q) Contudo, a Câmara Municipal de Almada não deu resposta ao pedido de informação formulado, nem apresentou pedido de autorização para a construção da via, ao Presidente da Arriba Fóssil da Costa da Caparica;

r) Em 17.07.2000, o Instituto da Conservação da Natureza informou a Câmara Municipal de Almada de que o projecto da via em causa carecia de parecer prévio da Paisagem Protegida da Arriba Fóssil da Costa da Caparica;

D) Procedimento expropriatório

s) Em 19.04.2000, a Câmara Municipal de Almada deliberou requerer à assembleia municipal a declaração de utilidade pública da expropriação das parcelas de terreno necessárias à execução da via e a atribuição com carácter de urgência, ao abrigo do disposto no art. 14º, n.º 2, da Lei n.º 168/99, de 18 de Setembro;

t) Em 20.09.2000, o mesmo órgão autárquico declarou a nulidade da referida deliberação de 19.04.2000 e determinou que fosse requerida a declaração de utilidade pública da expropriação e a atribuição de carácter urgente das parcelas de terreno necessárias à implantação da via ao Secretário de Estado da Administração Local, ao abrigo dos artigos 10º, 14º, n.º 1, alínea a) e 15º da Lei n.º 168/99, de 18 de Setembro e art. 64º, n.º 2, alínea f), da Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro;

u) Em 25.09.2000, foi dirigido ao Secretário de Estado da Administração Local, o pedido de declaração de utilidade pública com carácter de urgência;

v) Não se conhece, à presente data, que tenha sido deferido o pedido formulado a Sua Excelência o Secretário de Estado da Administração Local.

(II)
Do Direito
A) Da eventual violação do regime jurídico da Reserva Ecológica Nacional

4. A Câmara Municipal de Almada e a Direcção Regional do Ambiente e do Ordenamento do Território de Lisboa e Vale do Tejo confirmaram que a via projectada atravessa áreas incluídas na Reserva Ecológica Nacional, por força da Resolução do Conselho de Ministros n.º 34/96, de 6 de Abril.

a) De acordo com o art. 4.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 93/90, de 19 de Março, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 213/92, de 12 de Outubro e Decreto-Lei n.º 79/95, de 20 de Abril, são proibidas em áreas abrangidas pela Reserva Ecológica Nacional, todas as acções de iniciativa pública ou privada que se traduzam na construção de vias de comunicação;

b) Desta forma, a construção da via reclamada nas áreas de Reserva Ecológica Nacional só poderá ser admitida, à luz do art. 4º, n.ºs 2 e 3, do citado regime, verificada que fosse uma das excepções que estes normativos contemplam;

c) Ora, a instrução do processo não comprovou que a iniciativa configure uma excepção à proibição de construção de vias de comunicação em áreas da Reserva Ecológica Nacional;

d) Por um lado, não se trata de uma acção já prevista ou autorizada antes da entrada em vigor do diploma legal que delimita a área abrangida pela Reserva Ecológica Nacional, porquanto, como a Direcção Regional do Ambiente e do Ordenamento do Território de Lisboa e Vale do Tejo comunicou à Câmara Municipal de Almada, a via só veio a ser prevista no Plano Director Municipal de Almada, o qual é posterior à Carta REN, aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 34/96, de 6 de Abril;

e) A argumentação da câmara municipal, em sentido contrário, não pode ser aceite. Efectivamente, o facto de o Plano Director Municipal ter sido sujeito a ratificação em data anterior à

data de aprovação da Carta REN não confere àquele qualquer prioridade legal em relação a esta;

f) Por outro lado, a existência de um estudo designado *Plano Rodoviário de Almada*, mandado elaborar pela câmara municipal não configura qualquer vinculação;

g) Por outro lado, ainda não foi reconhecido o interesse público na execução da obra, por parte do Secretário de Estado do Ordenamento do Território e da Conservação da Natureza, para efeitos do disposto no art. 4º, n.º 2, alínea c), do citado Decreto-Lei n.º 93/90, na sua actual redacção;

h) Importa, a este propósito, referir que, contrariamente ao alegado pela Câmara Municipal de Almada, não se encontra deferido tacitamente o pedido de declaração de acção de interesse público, apresentado por esta autarquia, em 24.03.2000, perante a Direcção Regional do Ambiente e do Ordenamento do Território de Lisboa e Vale do Tejo, para efeitos do mencionado art. 4º, n.º 2, alínea c), do Decreto-Lei n.º 93/90;

i) Na verdade, relativamente à excepção prevista no citado preceito não prevê o diploma a constituição de deferimento tácito, pelo que a ausência de resposta, pela entidade competente, dá lugar à presunção de indeferimento tácito, nos termos previstos no art. 109º do Código de Procedimento Administrativo, ao invés do que acontece com as acções insusceptíveis de prejudicar o equilíbrio ecológico, quando não exista plano municipal de ordenamento do território, consignadas no citado art. 4º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 93/90;

j) Veja-se ainda que a competência para emitir o parecer previsto no n.º 4 ou a competência para reconhecer o interesse público da acção prevista é atribuída a entidades diversas pelo que, o pedido efectuado para uma destas finalidades não pode levar à formação do deferimento tácito de pedido (não) efectuado para a outra finalidade. Não só porque a entidade competente não é a mesma mas também porque a própria instrução e fundamentação do pedido tem de ser diversa atento os diferentes pressupostos de facto e jurídicos de que se parte;

k) Por outro lado, deve-se ter em consideração que embora o aludido regime jurídico da Reserva Ecológica Nacional não se aplique nas áreas classificadas ao abrigo do Decreto-Lei n.º 613/76, de 27 de Julho, e respectiva legislação complementar, conforme estabelece o art. 6º, alínea a), do citado Decreto-Lei n.º 93/90 as áreas da Reserva Ecológica Nacional afectadas pelo traçado da Via Turística não coincidem com as áreas da Paisagem Protegida da Arriba Fóssil da Costa da Caparica. Nestes termos é aplicável a proibição constante do art. 4.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 93/90, de 19 de Março;

l) Nestes termos, e tendo em consideração o disposto no art. 15 do Decreto-Lei n.º 93/90, de 17 de Março, os actos administrativos praticados pela Câmara Municipal de Almada, que aprovaram o projecto de execução relativos aos dois lanços da via, são nulos por violação do disposto no art.º 4, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 93/90, de 19 de Março;

m) Importa, ainda, referir que o traçado aprovado para a via atravessa uma parte da Mata Nacional dos Medos, a qual constitui uma reserva botânica, criada por força do Decreto n.º 444/71, de 23 de Outubro, ao abrigo da Lei n.º 9/70, de 19 de Junho;

n) Dispõe o art. 4º do citado Decreto n.º 444/71, que constitui contravenção a realização de quaisquer trabalhos, obras ou actividades, em terrenos abrangidos pela reserva, sem autorização da Direcção-Geral dos Serviços Florestais e Aquícolas;

o) Embora a Direcção-Geral das Florestas tenha sucedido na competência da referida Direcção-Geral dos Serviços Florestais e Aquícolas, a administração da área em causa, na medida em que se situa dentro dos limites da Área Protegida da Arriba Fóssil da Costa da Caparica que veio a ser criada, posteriormente, pertencerá, em primeira linha, à comissão instaladora desta última entidade.

B) Da violação do regime jurídico da Área Protegida da Arriba Fóssil da Costa da Caparica

5. A Paisagem Protegida da Arriba Fóssil da Costa da Caparica foi criada pelo Decreto-Lei n.º 168/84, de 22 de Maio, com vista à preservação das características geomorfológicas e das comunidades naturais existentes, promovendo o seu equilíbrio biológico e paisagístico.

a) Previa o citado diploma a elaboração de um plano de ordenamento, assim como a instituição, por via de regulamento, de órgãos definitivos sob superintendência do então Serviço Nacional de Parques, Reservas e Conservação da Natureza, o que, até à presente data, não veio a ocorrer;

b) Desta forma, na ausência de nomeação dos órgãos definitivos, a administração dos interesses específicos da Paisagem Protegida cabe, nos termos do art. 5º, n.º 1, do citado Decreto-Lei n.º 168/84, a uma comissão instaladora, nomeada por despacho do membro do Governo que superintenda no ambiente;

c) Inicialmente, a Câmara Municipal de Almada informou, decerto, por lapso, que a Comissão Instaladora da Paisagem Protegida da Arriba Fóssil da Costa da Caparica nunca havia sido nomeada;

d) No entanto, a sua existência é incontestável dado que a mesma Comissão foi nomeada, conforme resulta do Despacho n.º 8/89, do Secretário de Estado do Ambiente e dos Recursos Naturais, publicado no Diário da República, II Série, de 7 de Março de 1989;

e) A Câmara Municipal de Almada nomeou em sua representação, na comissão instaladora, por deliberação de 07.02.1986, a Presidente da Câmara, facto que comunicou ao Presidente do Serviço Nacional de Parques, Reservas e Conservação da Natureza, por ofício de 06.09.1988;

f) À presente data, a comissão instaladora encontra-se a ser presidida pelo Senhor Eng. Ricardo Guerreiro, nomeado pelo

Despacho n.º 46/99, do Presidente do Instituto da Conservação da Natureza, de 23 de Novembro de 1999;

g) A câmara municipal vem, posteriormente, afirmar que embora a Comissão tenha sido nomeada, nunca chegou a ser "empossada" e, consequentemente, nunca entrou em funções;

h) Esta afirmação é infirmada, desde logo, pela prática da Câmara Municipal de Almada que tem vindo a reconhecer a competência desta Comissão, conforme assegurou o seu Presidente, enviando os projectos que carecem da sua autorização para análise;

i) Mas, para além deste aspecto funcional há que considerar a sua regularidade jurídica;

j) Como já constatámos, o art. 5.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 168/94, de 22 de Maio, determina que deve ser nomeada uma comissão instaladora, com vista a administrar os interesses específicos que se prosseguem na Paisagem Protegida. Em nenhuma outra disposição deste diploma se estabelece qualquer outro requisito prévio que necessite de ser cumprido para assegurar o início das funções da comissão nomeada, tal como a posse dos representantes das entidades mencionadas no n.º 2 do referido preceito;

k) Deste modo, não existindo qualquer disposição legal que determine a tomada de posse nas funções para que foi nomeada a comissão esta não é exigível. Efectivamente, não existe qualquer outro diploma legal ou princípio que determine, em termos gerais, a obrigatoriedade da tomada de posse num caso como o que está em apreço;

l) A posse, aliás, quando legalmente exigível, é o acto pelo qual o nomeado manifesta a vontade de aceitar a nomeação, pelo que a sua falta não afecta nem a existência nem a validade da nomeação;

m) No caso concreto não existe, assim, qualquer outro condicionamento ao início do exercício de funções além da nomeação. Nestes casos, a nomeação implica, desde logo, a investidura do nomeado na situação jurídico-funcional

legitimadora do início imediato do exercício de funções, com o inerente acervo de direitos, poderes e deveres que lhes são legalmente atribuídos;

n) De todo o modo, os sujeitos que integram a comissão referida, fazem-no na sua qualidade de representantes das entidades referidas no art. 5, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 168/94, de 22 de Maio. A sua nomeação implica uma actividade de representação externa destas entidades, pelo facto de aí possuírem um estatuto jurídico que lhes permite essa actividade de representação;

o) A abertura de novas vias de comunicação, dentro dos limites da Paisagem Protegida da Arriba Fóssil da Costa da Caparica depende de autorização, precisamente, do presidente da comissão instaladora, nos termos do art. 7º, n.º 1, alínea d), do mencionado Decreto-Lei n.º 168/84;

p) Esta exigência resulta igualmente do próprio Plano Director Municipal de Almada cujo art. 118.º, n.º 6, alínea g), determina que no interior da Paisagem Protegida da Arriba Fóssil da Costa da Caparica ficam dependentes de parecer favorável desta área de paisagem protegida, nomeadamente, a aprovação de construção de novas estradas ou caminhos e a ampliação ou qualquer modificação das vias existentes;

q) De acordo com os elementos recolhidos junto do Presidente da Comissão Instaladora da Paisagem Protegida da Arriba Fóssil da Costa da Caparica não foi solicitada pela Câmara Municipal de Almada a autorização legalmente necessária para efeitos de construção da Via Turística;

r) Desta forma, os actos de aprovação dos projectos de execução dos dois lanços da Via Turística, praticados pela Câmara Municipal de Almada, em 19.01.2000 e 16.02.2000, enfermam de nulidade, por falta de autorização do Presidente da Comissão Instaladora da Paisagem Protegida da Arriba Fóssil da Costa da Caparica, nos termos do art. 7, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 168/84, de 22 de Maio. Enfermam ainda de nulidade, por violação do regime

jurídico da Reserva Ecológica Nacional, conforme já acima enunciado;

s) Pelo exposto propõe-se que seja efectuada a elaboração de uma Recomendação à Câmara Municipal de Almada, com vista a promover a reposição da legalidade, em face da situação concreta supra mencionada.

R-5139/00
Assessor: Isabel Canto

Entidade visada: Câmara Municipal de Lisboa
Assunto: Urbanismo. Edificações urbanas. Salubridade.

1. Como é do conhecimento de V. Ex.a., tem vindo o Provedor de Justiça a interpelar a Câmara Municipal de Lisboa no sentido de se averiguar a regularidade de certas obras executadas no n.º 14, uma vez que lhe são atribuídos prejuízos na casa de habitação de V.Ex.a. (n.º 12).

2. Assim, e na sequência da última vistoria realizada às habitações em causa, veio a Câmara Municipal de Lisboa dar-nos conta do seu resultado, informando que depois de verificar o estado dos dois fogos, não fora possível concluir que o local habitado por V. Ex.a. se encontre em mau estado por motivo das obras realizadas pelo vizinho.

3. Aliás, e se é certo que o proprietário do n.º 14 veio a observar a intimação que para o efeito lhe foi dirigida pela Câmara Municipal de Lisboa, executando os trabalhos de conservação interior e exterior que se impunham, já no local habitado por V. Ex.a. não terão sido promovidas obras dessa natureza, o que poderá ter contribuído para o estado de degradação do imóvel que presentemente se observa.

4. A este propósito lembro que é obrigação dos proprietários realizar, pelo menos uma vez em cada período de

oito anos, obras de conservação (art. 89º do regime jurídico da urbanização e da edificação, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, com as alterações que lhe sucederam).

5. Por este motivo, vai a Câmara Municipal de Lisboa notificar os proprietários para realizarem as obras que se mostrem necessárias para reabilitar os locais em causa com as condições de higiene e salubridade mínimas.

6. No entanto, caso o não façam, não irá a Câmara Municipal de Lisboa substituir-se a eles na sua promoção, por entender que existem na área do município situações mais graves que necessitam da sua intervenção[61].

7. Não tem o Provedor de Justiça o poder de impor as suas tomadas de posição, não assumindo, por conseguinte, a sua apreciação carácter decisório (art. 3º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril).

8. Por seu turno, e como se disse, a substituição da câmara municipal ao infractor na promoção de obras da natureza das agora em apreço, constitui uma faculdade e não uma obrigação, caindo essa decisão, portanto, no âmbito dos seus poderes discricionários.

9. Com efeito, o exercício da competência em causa, balizar-se-á por critérios e prioridades definidos pela própria câmara municipal que terá em conta, para o efeito, os meios humanos e materiais de que dispõe e as situações a que entende ter de acorrer com caracter prioritário.

10. Assumiu, pois, a câmara municipal que a situação exposta não merece a sua tutela, porque para a mesma terá contribuído a falta de obras de conservação também por parte de V. Ex.a., bem como ainda por o interesse público aconselhar a que acorra a situações de maior gravidade.

11. Considerando o exposto, entendo encontrar-se esgotada a intervenção do Provedor de Justiça o que não a impossibilita de recorrer à via judicial.

---

[61] Cfr. arts. 89º a 91º

12. Aliás, os contornos deste caso parecem aconselhar uma tomada de posição dessa natureza, até porque, nunca poderia a Câmara Municipal obrigar o vizinho a realizar obras de conservação e de reparação no interior da habitação de V. Ex.a.. Estas teriam sempre de ser executadas a expensas suas, podendo, depois, ser ressarcida pelo responsável das despesas suportadas com os trabalhos. Mas sempre teria de recorrer aos tribunais.

13. Embora nem sempre a generalidade dos munícipes tenha em consideração este aspecto, a verdade é que as câmaras municipais não podem ordenar a um vizinho que custeie as obras em casa do outro. Se o fizer, ele poderá recorrer ao tribunal e alegar que a Câmara Municipal se desviou das suas funções.

14. Assim, as câmaras municipais devem limitar-se a fiscalizar a regularidade das obras praticadas e intimar os proprietários de edificações degradadas ou mal conservadas para cumprirem os seus deveres. Se a degradação ou má conservação é devida a terceiros, isso pouco importa às câmaras municipais, devendo tais litígios ser resolvidos nos tribunais.

15. Por último, informo V. Ex.a. de que a Lei n.º 30-E/2000, de 20 de Dezembro, confere o direito de informação e protecção jurídica às pessoas singulares que demonstrem não ter meios económicos suficientes para suportar os honorários dos profissionais forenses, devidos pela prestação dos seus serviços jurídicos ou para custear, no todo ou em parte, os encargos normais de uma acção judicial (art. 7º).

16. Para efeitos de prestação de consulta jurídica foi criado, pelo Ministério da Justiça em cooperação com a Ordem dos Advogados, um gabinete que se encontra instalado na Av. Duque D'Ávila, 169, 4º Esq., 1050-081 Lisboa (Tel. 21-3512830).

17. Determinei, em face da posição assumida pela Câmara Municipal de Lisboa, e pelos motivos expostos, o arquivamento do presente processo ao abrigo do disposto no art. 31º, alínea b), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril (Estatuto do Provedor de Justiça).

R-5166/00
Assessor: Maria Ravara

Entidade visada: Direcção Regional do Ambiente e Ordenamento do Território de Lisboa e Vale do Tejo
Assunto: Ambiente. Ruído. Segurança. Paisagem.

1º
Exposição de motivos

1. Foi o presente processo organizado para apreciação de queixa atinente a situação de incomodidade ambiental imputada à exploração de pedreiras pelas sociedades supra identificadas, nas imediações de habitações.

2. Em particular, insurgem-se os reclamantes contra a não actuação das pertinentes autoridades, em face do risco verificado para a saúde e a segurança de pessoas e bens, imputado às explosões promovidas nas pedreiras, ao intenso ruído propagado por equipamento de corte de pedra e à dispersão de poeiras na atmosfera.

3. Opõem-se, ainda, à lesão paisagística, agravada, de resto, por a exploração não ter sido precedida do plantio de cortina arbórea, nem tão pouco associada a medidas de reflorestação. Opõem-se, por fim, ao prejuízo imputado aos rebentamentos praticados, traduzido na exaustão de cursos de água sitos nas imediações das explorações e outrora utilizados pelos moradores para fins vários.

4. No âmbito da instrução do processo, foram desencadeadas diligências junto da Direcção Regional do Ambiente e do Ordenamento do Território de Lisboa e Vale do Tejo (DRAOT-LVT), da Câmara Municipal de Vila Franca de Xira, e da Direcção Regional de Lisboa e Vale do Tejo do Ministério da Economia (DRE-LVT).

5. A instrução desenvolvida visou conhecer, essencialmente, da conformidade das actividades reclamadas com

os pertinentes requisitos legais e regulamentares, aferindo do regular exercício dos poderes de polícia urbanística e ambiental por parte das autoridades administrativas.

6. Assim, procedendo-se à inquirição da DRE-LVT, no cumprimento do dever consignado no art. 34º do Estatuto aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, veio a ser apurado, em síntese, o seguinte:

6.1. O aproveitamento de massas minerais prosseguido pela Construtora do Tâmega, S.A, em Trancoso de Cima, é exercido ao abrigo de um licenciamento camarário concedido nos termos do Decreto-Lei n.º 89/90, de 16 de Março, em 15/10/1990 (alvará de licença n.º 5306).

6.2. No ano de 1998, a sociedade solicitou a reconversão da exploração e apresentou um estudo de impacte ambiental.

6.3. Por ter sido apurada a ocupação de terrenos integrados na Reserva Ecológica Nacional, à margem do licenciamento concedido, foi a sociedade autuada pelos serviços regionais do Ministério da Economia.

6.4. Presentemente, a exploração parece conter-se nos limites da área licenciada. Contudo, a actividade extractiva excede os 10 metros de profundidade.

6.5. A oficina de britagem situa-se junto à pedreira, a cerca de 50 metros da área licenciada para o exercício do aproveitamento de massas minerais.

6.6. Em 5/01/1999, a Comissão de Coordenação da Região de Lisboa e Vale do Tejo emitiu certidão de não autorização da localização relativa à central de britagem em virtude de a mesma se situar em área agrícola de silvo-pastorícia, de acordo com a classificação prevista no Plano Director Municipal de Vila Franca de Xira.

6.7. Todavia, entende a DRE-LVT, segundo nos foi transmitido pelo Senhor Director de Recursos Geológicos, em reunião realizada nas instalações da Provedoria de Justiça em 23/05/2001, que a legalização da situação é viável. Isto, porque, apesar da desconformidade da localização da indústria com as

restrições ao uso e ocupação do solo previstas pelo Regulamento do Plano Director Municipal de Vila Xira, encontrar-se-ia em ponderação, no âmbito dos estudos de revisão do PDM, a ampliação da área destinada a indústria extractiva. Foi invocado o teor de declaração emitida pela Câmara Municipal, em cujos termos "a unidade de exploração de inertes, em Trancoso, número dois, na freguesia de S.João dos Montes, será contemplada no âmbito da revisão do Plano Director Municipal".

6.8. Por seu turno, a Britatejo-Britas de Alverca, Lda., explora as actividades de extracção de inertes e de britagem, dispondo, para o efeito, de alvarás de licença emitidos pela DRE-LVT. O licenciamento da pedreira remonta ao ano de 1966, e o da instalação da oficina de britagem ao ano de 1982. A licença de laboração foi concedida no ano de 1992.

A exploração da pedreira parece conformar-se com o licenciamento concedido no que respeita à área ocupada. Não conhecem os serviços regionais se existe uma situação de ocupação de terrenos da Reserva Ecológica Nacional.

A DRE-LVT apenas dispõe de quatro técnicos afectos ao exercício das funções de fiscalização. Por outro lado, nos termos da lei, o explorador da pedreira não se encontra adstrito a proceder à marcação georeferenciada dos limites autorizados à exploração, o que impõe a realização de complexas diligências no terreno para aferir da delimitação da área licenciada.

São estas as razões que determinam a ausência de informação rigorosa quanto à extensão e à natureza dos terrenos ocupados pela Construtora do Tâmega, S.A.

7. No que concerne à incomodidade imputada às actividades reclamadas, foi-nos transmitido que o problema das vibrações se encontraria resolvido, na sequência de uma intimação para adopção das pertinentes medidas técnicas. Admite-se, no entanto, que possam subsistir efeitos de onda aérea.

Deverá ser suscitada a intervenção da DRAOT-LVT para apurar do cumprimento dos parâmetros fixados no domínio da qualidade do ar.

8. Colhido o depoimento dos representantes da Câmara Municipal de Vila Franca de Xira, foi obtida a informação que passo a condensar:

Compete aos serviços regionais do Ministério da Economia o licenciamento de ambas as pedreiras visadas na queixa, nos termos previstos no art. 18º, n.º 2, al. a) do Decreto-Lei n.º 89/90, de 16 de Março, tendo em conta as características da exploração actualmente prosseguida.

Nos termos do Plano Director Municipal, encontra-se afecta à extracção de inertes uma área de reduzidas dimensões em Trancoso e em S. Romão, a qual se confina aos parâmetros do licenciamento concedido. Os terrenos envolventes estão compreendidos em área de silvo-pastorícia.

Parte dos terrenos que a Construtora do Tâmega, S.A, adquiriu e afectou ao aproveitamento de massas minerais, compreendem-se na Reserva Ecológica Nacional. Assim, a estrema oeste e sul coincide com zona de riscos de erosão e a estrema este corresponde à zona de cabeceira.

8.1. A câmara municipal dispõe de elementos que permitem concluir, com segurança, que a exploração da pedreira por parte da Construtora do Tâmega, S.A, não se conforma, nas actuais circunstâncias, com o licenciamento municipal concedido, seja porque as escavações não se confinam ao limite de 10 m de profundidade, seja por se mostrar largamente ultrapassada a potência autorizada de 500 cv.

Por outro lado, a área de exploração da pedreira encontra-se em expansão.

Em 14/12/1999, a Direcção de Serviços de Recursos Geológicos da DRE-LVT lavrou um auto de ocorrência contra a Construtora do Tâmega, S.A, por motivo de instalação e laboração não autorizada de um estabelecimento industrial de quebra, britagem e classificação de pedra. Na mesma data, foi o industrial advertido de que deveria suspender a laboração. Todavia, a situação não sofreu atenuação, antes parece ter-se agravado.

8.2. No que tange à actividade prosseguida pela Britatejo-Britas de Alverca, Lda., dispõe a câmara municipal de elementos que indiciam que foi excedido o limite autorizado à área de exploração. Assim, pediu a intervenção da DRE-LVT para clarificação da situação, considerando a ocupação eventual de terrenos de vocação silvo-pastorícia e de área da Reserva Ecológica Nacional.

Não se mostra cumprido o plano de recuperação paisagística apresentado pela Britatejo-Britas de Alverca, Lda.

8.3. É intenção da Câmara Municipal de Vila Franca de Xira não inviabilizar a exploração das pedreiras cuja laboração se iniciou anteriormente à publicação do Regulamento do Plano Director Municipal.

8.4. A câmara municipal comprometeu-se a ponderar a situação das pedreiras no âmbito da revisão do Plano Director Municipal, mas não é certo que este instrumento de planeamento venha a sofrer alteração. Por outro lado, a declaração emitida pela câmara municipal, supra mencionada (v.ponto 6.7), não vincula aquele órgão perante terceiros por não produzir quaisquer efeitos jurídicos.

8.5. A câmara municipal detectou fissuras diversas nas habitações dos moradores.

9. Por parte da Direcção Regional do Ambiente e do Ordenamento do Território de Lisboa e Vale do Tejo, foi-nos confirmado o teor da informação anteriormente prestada quanto à não aprovação da localização da central de britagem explorada pela Construtora do Tâmega, S.A.

Do mesmo passo, foi esclarecido que, desencadeado o procedimento de avaliação do impacte ambiental, atinente ao projecto de ampliação do estabelecimento de pedreira propriedade da Construtora do Tâmega, S.A, (compreendendo uma área de 10,8 ha), determinou Sua Excelência o Secretário de Estado do

Ambiente que o mesmo fosse reformulado, por despacho de 8/07/2000[62].

O plano de recuperação paisagística correspondente à licença de estabelecimento concedido à Construtora do Tâmega, S.A, apenas foi apresentado junto da DRAOT-LVT em 23/02/2001, na sequência de diversas intimações nesse sentido dirigidas à sociedade reclamada.

2º
Apreciação

1. A exploração exercida pela Construtora do Tâmega, S.A, excede os limites do licenciamento concedido, considerando a área de terreno ocupada, a profundidade da extracção e a potência autorizada (v. art.18º, n.º 2, al. a) do Decreto-Lei n.º 89/90, de 16 de Março).

2. Não foi aprovada a localização do estabelecimento industrial de britagem, cuja instalação e laboração não foi, por conseguinte, licenciada.

---

[62] O referido despacho homologa a informação n.º 179/20000-SAI/DIA, de 5/7/2000, do Senhor Director de Serviços da Direcção-Geral do Ambiente, onde se dispõe "em termos específicos, a caracterização do projecto é insuficiente não contemplando, *inclusive*, um Plano de Lavra adequado, para um correcto entendimento do empreendimento e a caracterização da Situação de Referência apresenta lacunas e insuficiências graves. A Avaliação de Impactes reflecte as lacunas atrás mencionadas, não permitindo a correcta e completa identificação e avaliação dos impactes em descritores relevantes. Acresce que as Medidas de Minimização apresentadas são vagas e inadequadas à situação concreta, não identificando medidas direccionadas para situações específicas de impacte. O Resumo Não Técnico apresenta-se com deficiências graves, reflectindo as deficiências do EIA, não tendo sido considerado apto para a fase de Consulta Pública. Neste contexto, a CA concluiu que "...o Estudo de Impacte Ambiental e o Resumo Não Técnico não permitem apoiar adequadamente a tomada de decisão e proceder à Consulta Pública, as Entidades Responsáveis pela AIA propõem a reformulação destes documentos".

3. Mostra-se indiciado o aproveitamento de massas minerais em condições irregulares pela Britatejo-Britas de Alverca, Lda. Importa, no entanto, que a entidade licenciadora encete diligências, no uso dos poderes de fiscalização, que permitam clarificar a situação, apurando, com rigor, qual a extensão e qual a natureza dos terrenos afectos à exploração.

4. Merece, também, ponderação a circunstância de não terem as sociedades reclamadas, tanto quanto foi possível apurar, providenciado pela adopção das pertinentes medidas de recuperação paisagística.

5. Em reunião realizada na Provedoria de Justiça em 23/05/2001, suscitou o representante dos serviços regionais do Ministério da Economia apreensão quanto a um possível tratamento desigual em face das demais explorações de pedreiras onde se labora ilegalmente, sustentando que a imposição de medidas restritivas poderia traduzir-se num abrandamento do crescimento económico nacional.

5.1. Ora, a preocupação com a prossecução do crescimento económico, em si mesma legítima, não pode prevalecer sobre a imposição da legalidade e a protecção do interesse público. Está por provar, de resto, que o cumprimento da lei seja causa necessária do abrandamento económico.

5.2. O encerramento ou a imposição de restrições a pedreiras que mantenham laboração ilegal visa alcançar a regularização da situação perante a lei administrativa, propiciando a introdução de adaptações aos condicionalismos legais e regulamentares. Nesta perspectiva, tal actuação poderá concorrer, também, para a melhoria das condições de funcionamento dos estabelecimentos. Do mesmo modo, a contenção da actividade aos locais delimitados pelos órgãos da Administração Pública favorece a necessária harmonização entre o desenvolvimento económico e a preservação dos recursos naturais e da qualidade de vida dos moradores.

5.3. A exploração desordenada, norteando-se por fins lucrativos, sem a sujeição ao controlo imposto pelos parâmetros

administrativos, atenta contra a necessária preservação dos recursos, podendo conduzir à sua exaustão, e comprometer, assim, a própria viabilidade da exploração.

5.4. Obedecendo ao fim de encontrar a necessária articulação entre o imperativo económico da exploração de recursos com o equilíbrio ecológico e paisagístico, o regime de revelação e aproveitamento dos recursos geológicos, introduzido pelo Decreto-Lei n.º 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".

5.5. Para melhor garantir a concretização de tal desiderato, o legislador 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).

5.6. 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 16º do Decreto-Lei n.º 90/90 de 16 de Março).[63]

---

[63] A protecção de bens jurídico-ambientais prossegue a tutela de interesses públicos e de interesses difusos e, ainda, de interesses colectivos particulares.
Neste domínio importa distinguir entre danos provocados ao ambiente (o ambiente é o bem jurídico objecto do dano) e danos provocados às pessoas e aos bens pelas perturbações ambientais (danos ambientais) (JOSÉ CUNHAL SENDIM, ob.cit., p.p. 133 e segs).
O dever de indemnizar o dano ambiental há-de aferir-se em estrita conexão com a teleologia da norma jurídica violada. Assim, sempre que a norma ambiental

5.7. Em execução do disposto no art 12º do Decreto-Lei n.º 90/90, de 16 de Março, estabelece-se no art. 44º do Decreto-Lei n.º 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).

Prevê-se, do mesmo passo, a faculdade de imposição administrativa de medidas específicas, tais como, a 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, n.º 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).

Podem, ainda, ser impostas medidas de natureza especial para garantia da segurança na lavra da pedreira, ou, se 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).

5.8. O Decreto-Lei n.º 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 n.º 548/77, de 31 de Dezembro, atribuindo-lhes poderes de intervenção nos domínios da administração energética e dos recursos mineiros.

---

tutela interesses individuais, definidos por referência a uma categoria abstracta de pessoas, a sua inobservância acarreta perturbação de tais interesses, e, consequentemente, prejuízo imediato para a esfera de indivíduos que preencham tal categoria. Os titulares da indemnização podem ser individualmente identificados.

Em execução do disposto no citado diploma, o Decreto Regulamentar n.º 9/91, 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 ex-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, n.º 1, al. a), e n.º 2).

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 n.º 222/96, de 25 de Novembro, e Decreto-Lei n.º 78/99, de 16 de Março).

5.9. Por fim, julga-se que só o cumprimento da lei permite salvaguardar a igualdade. Igualdade que deve ser aferida por reporte às pedreiras que se conformam com a lei – com os custos que isso possa comportar – e não com as actividades que se mostram em desrespeito à legalidade vigente. É a igualdade que há-de mover-se na legalidade; não o contrário, num Estado de Direito Democrático.

6. O prejuízo dos valores paisagísticos e ambientais não pode deixar de ser considerado pela entidade com poderes de superintendência técnica, à qual, quando verificada uma utilização abusiva, em lesão do interesse público urbanístico e ambiental, incumbirá providenciar pela contenção da exploração aos limites devidamente autorizados.

Do mesmo modo, na falta de adopção de medidas que assegurem a recuperação ambiental dos terrenos objecto de exploração, impõe-se uma actuação restritiva que permita salvaguardar os bens jurídicos lesados.

7. Deve observar-se ainda que o não exercício dos poderes cometidos à Direcção Regional do Ministério da Economia em ordem à preservação do património ambiental, pode constituir o

Estado em responsabilidade civil pelos prejuízos verificados na esfera jurídica de terceiros quando associados esses danos à perpetuação da iniquidade por parte de quem pode e deve fazê-los cessar.[64]

8. Não merecem protecção os interesses dos infractores que não usaram de diligência na regularização da situação, nem na adequada redução dos inconvenientes de ordem ambiental que vêm produzindo com a sua actividade, obstando à prestação da colaboração que lhes foi requerida pela Administração. Desrespeitaram, desta forma, os deveres legais a que se encontram adstritos, os compromissos assumidos no acto de licenciamento e, *a posteriori*, as intimações proferidas pela entidade licenciadora do uso.

Como já se afirmou, a tolerância para com os infractores introduz um tratamento discriminatório de todos quantos cumprem escrupulosamente os deveres legais com os inerentes

---

[64] A responsabilidade do Estado por danos emergentes do exercício da função administrativa encontra consagração constitucional no art. 22º do texto fundamental, cuja redacção, ao prever expressamente o ressarcimento dos danos imputados a omissões de deveres de agir por parte da Administração Pública, veio acolher a anterior orientação jurisprudencial, consolidada na vigência do Decreto-Lei n.º 48.051, de 21 de Novembro de 1967.
Dispensa-se, assim, a violação de uma norma legal concreta.
Os juízos de reprovação e censura que se contêm no conceito de ilicitude bastam-se com a violação do dever de boa administração.
A ilicitude do facto danoso pode, ainda, residir na violação culposa de um direito, liberdade ou garantia fundamental.
Também em consonância com o teor da Recomendação n.º R 8 (84) 15 do Comité de Ministros do Conselho da Europa, podem gerar a responsabilidade dos poderes públicos quer a acção quer a omissão que produza efeitos directos sobre os direitos, liberdades ou interesses dos indivíduos. A presunção de ilicitude opera em caso de violação de uma norma jurídica, ainda que deva assegurar-se a reparação do dano sempre que "*se puder razoavelmente esperar determinada conduta dos poderes públicos e esta faltar*"(MARIA DA GLÓRIA FERREIRA.P.D.GARCIA, A Responsabilidade Civil do Estado e Demais Pessoas Colectivas Públicas, Conselho Económico e Social, Série Estudos e Documentos, Lisboa 1997,p.79).

custos para a produção, podendo propiciar situações de concorrência imperfeita.

9. A situação em apreciação é tanto mais grave, quanto é certo disporem as pedreiras de instalações nos limítrofes de um aglomerado populacional, o que contribui para a acrescida responsabilidade dos proprietários, competindo à Administração Pública actuar com zelo e diligência na defesa dos interesses da população.

10. A mera declaração de intenção de revisão do Plano Director Municipal com o propósito de reequacionar as opções efectuadas pelo legislador em matéria de uso, ocupação e transformação dos solos, em sentido favorável à consolidação de usos não permitidos pelas regras contidas em instrumento de planeamento territorial de carácter municipal, não pode convalidar a exploração prosseguida em desrespeito dos parâmetros urbanísticos vigentes.

Diferente entendimento atentaria contra a concretização do imperativo constitucional que impõe ao Estado o ordenamento do território, tendo em vista uma correcta localização das actividades, um equilibrado desenvolvimento socio-económico e a valorização da paisagem (cfr. art.66º, n.º 2 da Constituição).

11. O art. 103º do Decreto-Lei n.º 380/99 de 22 de Setembro comina com a sanção da nulidade os actos praticados em violação de regras de planeamento territorial.

Seria, por conseguinte, nulo e de nenhum efeito o acto administrativo que aprovasse a localização de um estabelecimento industrial em desconformidade com instrumento de ordenamento do território ou de planeamento urbanístico válido e eficaz. A ilicitude do acto faria recair sobre o Estado a obrigação de indemnizar adequadamente os particulares pelos prejuízos que lhes causasse.

12. A viabilidade económica de uma determinada exploração ou a prévia afectação do solo a fim alheio à afectação prevista pela disposição planificatória, não pode constituir motivo dirimente da aplicação do regime de planeamento territorial.

13. Fundando-me na ordem de razões supra enunciada, entendo merecer censura o não exercício dos poderes cometidos à Delegação Regional de Lisboa e Vale do Tejo do Ministério da Economia, no domínio da fiscalização e da reposição da legalidade. Mostra-se, desta forma, comprometida a defesa do interesse público e a preservação do património ambiental, não devendo ser menosprezados os riscos para a população e os ecossistemas envolventes.

R-1347/01
Assessor: Carla Vicente

Entidade visada: Câmara Municipal do Porto
Assunto: Urbanismo. Edificação. Alteração ao uso. Propriedade horizontal. Título constitutivo. Conceito de comércio.

1. Como é do conhecimento de V. Ex.a., foi solicitada a intervenção do Provedor de Justiça devido a obras, alegadamente ilegais, realizadas no local identificado em epígrafe e ao funcionamento ilegal de uma lavandaria.

2. Analisados os argumentos em que se baseou a queixa e os esclarecimentos prestados pela Câmara Municipal do Porto e pelo Batalhão de Sapadores Bombeiros, foi possível concluir que as condições de segurança e de estabilidade do edifício se encontrariam salvaguardadas.

3. Subsequentemente, apurou-se que as obras ilegais, executadas na fachada principal da loja sita na Rua Costa Cabral n.º ....., serão brevemente regularizadas.

4. Quanto à legalidade do licenciamento da lavandaria objecto de reclamação, foi possível apurar que a Câmara Municipal do Porto não requereu, contrariamente ao que seria de exigir, a apresentação de documento comprovativo da autorização

dos condóminos para a alteração do uso da fracção, licenciada apenas para fins comerciais.

5. Contudo, porque esta questão apenas poderia ter sido apreciada, pela câmara municipal, no prazo de oito dias a contar da data da apresentação do pedido de licenciamento, ultrapassado este prazo, aquele pedido considera-se, nos termos do art. 16.º, do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, correctamente instruído.

6. Permito-me, no entanto, manifestar a minha reprovação perante a posição assumida pela Câmara Municipal do Porto, por entender que o pedido de licenciamento do funcionamento da lavandaria deveria ter sido indeferido liminarmente por motivo de ilegitimidade do requerente.

7. Cumpre-me advertir para a necessidade de o licenciamento ou autorização municipal de alterações ao uso, mesmo não comportando obras, poder representar uma alteração unilateral ao título constitutivo da propriedade horizontal (art. 1418º, n.º 3, do Código Civil). Penso fazer todo o sentido que na Câmara Municipal do Porto seja futuramente adoptado este entendimento.

8. Pelo exposto, e pelas razões que melhor se alcançam da informação em anexo, com cujo teor concordo, determinei o arquivamento do processo em epígrafe, ao abrigo do art. 31º, alínea c), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril (Estatuto do Provedor de Justiça).

A - Dos Factos

1. Os esclarecimentos prestados pelas entidades supra mencionadas permitiram apurar os seguintes factos:

Obras realizadas nas lojas sitas na Rua Costa Cabral, n.sº ...

a) Foram realizadas obras ilegais nas lojas referidas em epígrafe, que consistiram no aumento de área construída sobre o respectivo logradouro;

b) As referidas obras terão provocado graves problemas de segurança, nomeadamente quanto ao acesso dos meios de emergência contra incêndios. Assim, por ordem da Câmara Municipal do Porto, estas obras foram demolidas. Contudo, a reclamante alegou que a demolição fora apenas parcial, pelo que os problemas de segurança ainda persistiriam. Além do mais, no logradouro, teria sido construída uma parede, com mais de dois metros de altura, para abertura de uma porta;

c) A reclamante referia ainda que, entretanto, na loja n.º 2259, começou a funcionar uma lavandaria, sem a devida licença;

d) Ademais, a utilização da fracção para lavandaria não seria compatível com a utilização licenciada, isto é, uso comercial;

e) Referia-se ainda, na queixa, que os proprietários da lavandaria terão efectuado alterações no sistema predial de escoamento das águas pluviais, o que provocaria, alegadamente, uma situação de insalubridade e de mau funcionamento das canalizações do edifício;

f) Por outro lado, afirmava-se que a loja n.º 2245 procedera a alterações na estrutura do prédio através nomeadamente, da demolição de uma parede e de um pilar, o que, alegadamente, prejudicaria a estabilidade do edifício.

Procedimento junto da Direcção Municipal de Planeamento e Gestão Urbanística

a) A câmara municipal confirmou a execução de obras ilegais – ampliação para o logradouro – nas lojas reclamadas, e informou que as mesmas terão sido demolidas em 09.05.1997;

b) Por outro lado, a câmara municipal entende que não ocorreram alterações na estrutura do prédio, que perigassem a

sua segurança, e que a utilização da fracção para lavandaria não é desconforme com a utilização aprovada;

c) Quanto à alteração da fachada principal do prédio, efectuada pelo proprietário do estabelecimento sito na Rua..., foi informado que, por visita ao local, em 09.08.2002, se verificou que a mesma se encontrava de acordo com o alvará de licença de construção n.º 221/78, e que o local se encontrava devoluto. Nesta sequência, foi arquivado o processo de demolição n.º 27/94;

d) Posteriormente, de acordo com a informação de técnico municipal verificou-se que, neste estabelecimento comercial, teriam sido efectuadas obras ilegais de alteração da fachada principal, através da substituição da caixilharia de alumínio e vidros, por vidro temperado;

e) Nesta sequência, não só terá sido instaurado procedimento contra-ordenacional, como também terá sido notificado o transgressor, com vista a proceder à demolição voluntária das obras ilegais e à reposição do prédio no seu estado original ou, em alternativa, a apresentar projecto de legalização das obras em causa;

f) Nesta data, encontra-se a decorrer o prazo para apresentação de projecto de legalização.

Procedimento junto do Batalhão de Sapadores Bombeiros do Porto

a) Foi questionado o Comandante do Batalhão de Sapadores de Bombeiros quanto às dificuldades de acesso, de viaturas de socorro, ao imóvel reclamado;

b) Não obstante ter sido informado, pela câmara municipal, que as obras ilegais, no logradouro, teriam sido demolidas em 09.05.1997, apurou-se que o Batalhão de Sapadores de Bombeiros realizou, posteriormente, duas vistorias ao imóvel, o que poderia indiciar a persistência dos problemas denunciados pela reclamante;

c) Foi informado que a auto-escada de socorro, embora não possa ser colocada junto à fachada a tardoz, pode, sem qualquer dificuldade, ser colocada na Rua Igreja da Areosa, atingindo-se, assim, perfeitamente, a escada de emergência existente e que serve os andares superiores a partir do 6.º andar;

d) Quanto à persistência das obras ilegais, que afectariam a estrutura do prédio, o Batalhão de Sapadores de Bombeiros remete para a informação prestada pela Direcção Municipal de Planeamento e Gestão Urbanística onde se assegura, por vistoria efectuada ao local, em 19.09.1997, que o prédio está conforme com o projecto aprovado;

e) Quanto à lavandaria, foi informado que a mesma se encontra provida das condições mínimas de segurança contra incêndios;

f) Em conclusão, as condições de segurança e estabilidade do edifício estarão asseguradas.

Procedimento junto da Direcção Municipal de Apoio às Actividades Económicas

a) Depois de ter sido alertada pela Direcção Municipal de Planeamento e Gestão Urbanística, quanto ao funcionamento ilegal da lavandaria, a Direcção Municipal de Apoio às Actividades Económicas notificou a empresa proprietária, com vista a proceder aos trâmites necessários à legalização do estabelecimento;

b) Actualmente, o licenciamento da lavandaria corre os seus termos. A referida direcção municipal alerta, no entanto, para o facto de as lavandarias, anteriormente ao Decreto-Lei n.º 370/99, de 18 de Setembro, não carecerem de licenciamento. Assim, o estabelecimento em causa, a laborar há cerca de dez anos, estará abrangido pelo art. 32.º deste diploma, dispondo do prazo de um ano para requerer a licença de utilização, legalmente exigida, e de dois anos para proceder às adaptações necessárias;

c) De momento, ainda não é possível apurar se o licenciamento do referido estabelecimento é viável.

Procedimento junto do Serviços Municipalizados de Águas e Saneamento do Município do Porto

a) O SMAS confirmou a existência de alterações na rede predial de drenagem de águas residuais domésticas, face ao projecto aprovado em 1979;

b) Estas alterações terão consistido na ampliação da rede predial, mediante a construção de uma nova caixa de visita, de modo a drenar os efluentes produzidos na lavandaria instalada numa das fracções. Nesta sequência, a administração de condomínio foi notificada, com vista a proceder à reposição da rede predial de águas residuais, conforme o projecto inicial;

c) Face à natureza da infracção foi, de acordo com o Regulamento dos Sistemas Públicos e Prediais de Distribuição de Água e Drenagem de Águas Residuais Domésticas dos Serviços Municipalizados, instaurado o respectivo processo contra-ordenacional.

B – Do Direito
Alteração do uso da fracção

2. A questão de direito controvertida, circunscreve-se à necessidade de alteração do uso da fracção onde se encontra a laborar a lavandaria e à exigência, ou não, de autorização dos condóminos.

a) A questão concerne, não tanto a autorização dos condóminos, em si, para a alteração do uso – de comércio para lavandaria - mas o entendimento da Câmara Municipal do Porto – Direcção Municipal de Apoio às Actividades Económicas - quanto à inexistência de alteração de uso, o que, consequentemente, não careceria daquela autorização;

b) Já se defendeu a posição contrária, perante a Câmara Municipal do Porto, argumentando-se que a actividade de uma lavandaria consiste, essencialmente, numa actividade de prestação de serviços, de carácter especial;

c) Efectivamente, trata-se de uma actividade classificada como incómoda, nos termos do Decreto-Lei n.º 370/99, de 18 de Setembro e da Portaria n.º 33/2000, de 28 de Janeiro;

d) Conforme é expressamente reconhecido por este diploma, trata-se de uma actividade de prestação de serviços, cujo funcionamento pode gerar prejuízos para a saúde e segurança das pessoas;

e) Assim, à semelhança dos institutos de beleza ou salões de cabeleireiro, carece de um licenciamento específico. O respectivo procedimento visa, nomeadamente, assegurar a protecção da saúde e segurança das pessoas;

f) Mas o licenciamento da lavandaria, ao abrigo do Decreto-Lei n.º 370/99, de 18 de Setembro, não visa apenas dar a conhecer a terceiros que a sua instalação e funcionamento cumprem os requisitos legais, estando assim salvaguardada a saúde e segurança das pessoas, como defende a Câmara Municipal do Porto;

g) As consequências da alteração do uso de comércio para lavandaria não se circunscrevem apenas a este problema. Há igualmente que salvaguardar o interesse público, traduzido em questões técnico-urbanísticas, o que apenas pode ser alcançado através, não só do Decreto-Lei n.º 370/99, de 18 de Setembro, mas também do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, na versão dada pelo Decreto-Lei n.º 250/94, de 15 de Outubro, ou, actualmente, do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4 de Junho;

h) Efectivamente, a teleologia subjacente à exigência do licenciamento municipal, para a alteração do uso, prevista nestes últimos diplomas, encontra-se na salvaguarda de valores atinentes, não só à segurança e à saúde das pessoas, mas também

ao urbanismo, que podem legitimar restrições à utilização dos prédios;

i) Ora, as exigências técnico-urbanísticas, inerentes à actividade de uma lavandaria, não se assemelham às exigências inerentes à actividade de um mero estabelecimento comercial, ou seja, a aquisição de mercadorias e sua revenda;

j) Nestes termos, arguiu-se que a actividade inerente a uma lavandaria, ainda que não possa ser considerada como actividade industrial, também não corresponde à mera noção de actividade comercial, ou seja, à actividade de intermediação entre a produção e o consumo;

k) Neste sentido, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 22.11.1995, considerou-se que a utilização de uma fracção para fabrico de pão e pastelaria, quando o local, segundo o título constitutivo se destinava a comércio, constitui uso diverso. Além do mais, foi considerado que de nada releva a circunstância desse fabrico estar relacionado com o comércio de tais produtos;

l) Foi igualmente considerada, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27.01.1993, utilização desconforme com o título de propriedade horizontal, a utilização de uma fracção, licenciada para comércio, por uma estação de serviço automóvel;

m) No mesmo sentido, pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17.06.1982, foi considerado uso diverso a utilização de uma fracção destinada a comércio, para o ensino de ballet e de artes marciais. O mesmo entendimento foi sufragado por este mesmo tribunal, no Acórdão de 09.12.1999, quanto à utilização de uma fracção, com licença para uso comercial, para reparação de bicicletas e motorizadas;

n) A Câmara Municipal do Porto, pelo contrário, entende que uma lavandaria, não pode deixar de ser considerada, do ponto de vista jurídico-comercial, como estabelecimento comercial;

o) Trata-se, em suma, duma divergência quanto ao conceito de actividade comercial, a perfilhar. O conceito jurídico, perfilhado pela Câmara Municipal do Porto, teria uma abrangência mais ampla e englobaria, ao contrário do primeiro, a

prestação de serviços. Pelo contrário, a noção económica e comum de comércio, restringir-se-ia ao conceito já referido, isto é, à mera função de intermediação entre a produção e o consumo;

p) Pondera-se que, no título constitutivo da propriedade horizontal, se deve adoptar o conceito económico e não o conceito jurídico, no seguimento, aliás, da jurisprudência citada;

q) Com efeito, de acordo com jurisprudência uniforme[65], a expressão comércio, constante da cláusula do título constitutivo da propriedade, só pode ter o sentido vulgar e corrente, de mediação nas trocas, coincidente com o seu sentido económico, isto é, aquele que um declaratário normal deduz;

r) Assim, atendendo à forte componente subjectiva inerente à protecção proporcionada pelo título constitutivo da propriedade horizontal, a todos e a cada um dos condóminos, entende-se que é precisamente a noção comum, que deve ser adoptada na interpretação do título constitutivo da propriedade horizontal;

s) É, inclusivamente, defensável que, em caso de dúvida sobre a necessidade de autorização, se deve decidir no sentido positivo, tutelando-se, de modo pleno e efectivo, os interesses subjectivos dos condóminos;

t) Só deste modo se observa a protecção legal concedida aos condóminos, no Código Civil e no Código do Notariado, no que concerne as alterações ao título constitutivo da propriedade horizontal;

u) Ora, nos termos do disposto no art. 1418.º, n.º 2, alínea a), do Código Civil, deve constar, do título constitutivo, a menção do fim a que se destina cada fracção ou parte comum;

v) Cada um dos adquirentes das fracções autónomas poderá, deste modo, conhecer quer o fim da fracção autónoma que vai adquirir, quer o fim das outras fracções. Em consonância, nos termos do disposto no art. 1422.º, n.º 2, alínea c) do Código Civil, é

[65] Veja-se, por todos, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 09.12.1999.

proibido, aos condóminos, dar uso diverso do fim a que é destinada cada fracção autónoma;

w) Aquando da aquisição de qualquer uma das fracções, e estando a fracção licenciada para comércio, não é vislumbrável a hipótese de ser instalada uma lavandaria, com todos os incómodos e insegurança inerentes;

x) Com a menção do fim visa-se, não só proteger o interesse público objectivo, subjacente ao procedimento de licenciamento, atestando-se que tal uso foi objecto do licenciamento devido, mas igualmente os direitos subjectivos dos interessados. Assim se explica que, aquando do licenciamento de alteração do uso, para além da verificação da observância dos requisitos objectivos, efectuada pelas entidades públicas competentes, se exija a autorização de todos e cada um dos condóminos;

y) Consequentemente, o art. 1419.º do Código Civil, ao exigir a anuência de todos os condóminos para a alteração do uso consagrado no título constitutivo da propriedade horizontal, tem como finalidade principal, conferir aos condóminos a possibilidade de impedirem utilizações das fracções que possam pôr em causa o seu direito ao uso da propriedade. Assim, não se admite uma qualquer maioria, ainda que qualificada, mas sim a unanimidade dos condóminos, o que implica a concessão, a cada um deles, do direito de veto à alteração do uso[66];

z) Assim, a autorização de todos os condóminos é um elemento imprescindível para a viabilidade da alteração de uso das fracções competindo, à entidade licenciadora, o controle da regularidade da alteração.;

aa) Face ao exposto, a alteração de uso não pode depender da decisão unilateral da câmara municipal, nem do simples requerimento do interessado, pois o uso licenciado será vinculativo enquanto não for devidamente substituído por outro;

---

[66]O Supremo Tribunal de Justiça, no Acórdão de 17.04.1990, considerou, inclusivamente, que a norma do art. 1419.º, n.º 1 do Código Civil, é de interesse e ordem pública, não podendo, consequentemente, ser afastada ou inaplicada.

bb) Não se pode olvidar que a alteração do uso implica a alteração da correspondente disposição do título constitutivo da propriedade horizontal que, como já verificámos, pressupõe a anuência dos condóminos, deliberando por unanimidade;

cc) Parece que terá sido para obstar a que, através do licenciamento municipal conseguissem os condóminos interessados a alteração da composição das fracções e das partes comuns, sem necessidade de alteração do título constitutivo e, consequentemente, sem necessidade de obtenção do acordo de todos os condóminos, que previu a Portaria n.º 1115-B/94, de 15 de Dezembro, e, actualmente, a Portaria n.º 1110/2001, de 19 de Setembro, que o pedido de licenciamento municipal de obras particulares devesse ser acompanhado de documento comprovativo da legitimidade do requerente[67];

dd) E o documento comprovativo da legitimidade do requerente para o efeito pretendido, será a acta da assembleia de condóminos onde conste o acordo de todos os condóminos;

ee) Diferente entendimento, que se baste com a exibição de documento que titule a posse do requerente sobre a fracção autónoma, sujeita os condóminos às consequências da alteração do uso da fracção, sem a autorização legalmente exigível de todos os condóminos, frustando-se os princípios da salvaguarda da segurança jurídica e da boa fé de terceiros;

---

[67]Ademais, a legislação actualmente em vigor dá mais importância à falta de legitimidade do requerente do licenciamento que a anterior. Assim, a falta de legitimidade deixou de constituir apenas motivo de rejeição liminar do requerimento de licenciamento, limitado ao prazo de 8 dias, conforme previa o art. 16.º, n.sº 2 e 6 do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Outubro. Actualmente, a falta de legitimidade, nos termos do art. 11.º do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4 de Junho, ao contrário de outras questões de ordem formal ou processual, pode ser conhecida em qualquer momento do procedimento de licenciamento, até à decisão final. É aliás, considerada como uma questão, entre outras, que prejudica o desenvolvimento normal do processo ou impede a tomada de decisão final.

ff) Ademais, consubstanciaria o subvertimento da escritura de constituição da propriedade horizontal, por deliberação camarária;

gg) Assim, no caso concreto, entende-se que a câmara municipal deveria ter indeferido o pedido de licenciamento por falta de legitimidade do requerente porquanto este não apresentou documento comprovativo da autorização do condomínio, conforme prescreve o disposto no art. 30.º, n.ºs 2 e n.º 4, alínea b) do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 250/94, de 15 de Outubro;

hh) Sem que o requerente apresentasse documento comprovativo da autorização dos condóminos, quanto à utilização projectada, não disporia a câmara municipal de elementos que atestassem a legitimidade do requerente, pelo que o pedido não poderia proceder;

ii) Contudo, tendo presente que a Câmara Municipal do Porto, informou que não exigiria a alteração do destino da fracção e, assim, a anuência de todos os condóminos, propõe-se que seja efectuada uma advertência, para o futuro;

jj) No caso concreto, não seria legítimo exigir qualquer outra actuação por parte da Câmara Municipal do Porto, porquanto já há muito que terá sido ultrapassado o prazo - oito dias a contar da entrega do pedido de licenciamento - para apreciação da legitimidade procedimental do requerente, previsto no art. 16.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro. Após o decurso deste prazo, o pedido de licenciamento considerava-se, nos termos deste diploma, correctamente instruído;

kk) Não obstante, ainda que a Câmara Municipal do Porto venha a licenciar o funcionamento da lavandaria, os condóminos poderão interpor acção judicial contra o particular responsável pela alteração do uso da fracção visada na queixa, em infracção ao título constitutivo da propriedade horizontal, mediante o uso de meios cíveis disponíveis, perante os tribunais judiciais.

R-3399/02
Assessor: Carla Vicente

Entidade visada: Câmara Munuicipal de Sines
Assunto: Habitação. Concurso público.

1º - Dos factos

1. Por deliberação da Câmara Municipal de Sines foi decidido proceder à venda de seis lotes, resultantes da operação de loteamento supra referida, destinados à construção de habitação própria dos adquirentes.

2. O presente processo teve origem na queixa apresentada por ... e ..., quanto a alegadas irregularidades na alienação destes lotes, por preterição das condições estabelecidas no programa do concurso.

3. Os reclamantes, assim como quatro outros candidatos, procederam, atempadamente, à inscrição no concurso, nos termos do regulamento.

4. Contudo, consultado o processo, vieram a constatar que outros dois candidatos, não teriam efectuado, atempadamente, o pagamento da caução, obrigatório nos termos do programa do concurso. Com efeito, as guias de receitas, emitidas pelos serviços de tesouraria, relativas ao pagamento da caução exigida, estariam datadas de 24.09.2002, quando a data limite, para o efeito, seria 13.09.2002.

5. Além do mais, aqueles candidatos, também não teriam entregue a respectiva ficha de inscrição na Secção de Expediente Geral da Câmara Municipal. Estas fichas de inscrição não conteriam qualquer registo de entrada, em qualquer dos serviços municipais, nem a respectiva data, porquanto terão sido entregues, pessoalmente, ao Presidente da Câmara Municipal de

Sines, no seu gabinete, conforme informação prestada pelo próprio em resposta à queixa apresentada pelos reclamantes.

6. Quando da atribuição dos lotes, os reclamantes foram informados que não lhes havia sido atribuído qualquer lote, por terem sido preteridos a favor dos candidatos reclamados, devido às especiais condições de habitação e de agregado familiar destes últimos. Não são contestados os critérios de selecção substanciais que levaram à atribuição dos lotes aos candidatos reclamados.

7. Os reclamantes solicitam que o processo seja reapreciado, à luz das regras do programa do concurso, por forma a repor-se a legalidade, alegadamente violada, pelas razões acima enunciadas.

2º - Do concurso

8. A realização do concurso, para alienação dos lotes reclamados, fora deliberada pela Câmara Municipal de Sines, em 17.07.2002, ao abrigo da autorização concedida pela Assembleia Municipal de Sines, em reunião de 19.07.2002, e do art.º 5.º, n.º 3, conjugado com o art.º 29.º, n.º 1, alínea c), ambos da Lei dos Solos.

9. Foi decidido proceder à venda dos lotes, em propriedade plena, mediante concurso publico, e de acordo com o procedimento consubstanciado no programa do concurso, sendo que o preço dos lotes foi previamente estabelecido pela Câmara Municipal de Sines.

10. Segundo o constante no Edital n.º 82/2002, o concurso destinar-se-ia a todos os indivíduos maiores ou emancipados, que residissem ou trabalhassem em Sines há, pelo menos, quatro anos, e que preenchessem as condições de acesso constantes do programa do concurso.

11. Nos termos do art. 4.º, n.º 1 deste instrumento, sob a epígrafe "Condições de Acesso", determinava-se que o acesso ao concurso estaria dependente de prévia inscrição, em impresso próprio, a fornecer pela Câmara Municipal.

12. De acordo com o n.º 2 deste preceito, o acesso ao concurso estaria ainda dependente da verificação dos seguintes requisitos, cuja omissão constituiria fundamento de exclusão, numa fase preliminar:

a) Requisitos de verificação obrigatória:

a.a) ser maior ou emancipado;

a.b) residir ou trabalhar no Concelho de Sines há, pelo menos, seis anos[68];

b) Condições preferenciais:

b.a) possuir habitação desadequada, designadamente para deficiente motor;

b.b) ser responsável por agregado familiar;

b.c) não possuir habitação própria ou terreno apto a construção;

b.d) possuir habitação própria desajustada às necessidades do agregado familiar;

b.e) tempo de residência no concelho.

13. Nos termos do art.º 5.º, sob a epígrafe "Inscrição", determina-se que esta deveria ser efectuada mediante o preenchimento da "Ficha de Inscrição", referida no n.º 1 do art. 4.º, que deveria ser entregue dentro do prazo fixado pela autarquia – entre 29.07.2002 a 14.08.2002 - na Secção de Expediente Geral da Câmara Municipal de Sines. Ademais, no n.º 4 daquele artigo prescreve-se que, no acto de inscrição, o candidatado deveria entregar, na câmara municipal, a quantia de € 1000,00, a titulo de caução, a deduzir do valor da aquisição. Esta quantia seria restituída aos candidatos caso não lhes fosse atribuído qualquer lote.

14. Nos termos do preceituado no programa do concurso, os candidatos deveriam candidatar-se apenas ao lote pretendido. Caso existisse mais do que um candidato interessado, no mesmo

---

[68] Verifica-se desconformidade entre o número de anos exigido no Edital e no "Programa do Concurso". Este facto não é objecto de qualquer reclamação e não será apreciado porquanto, o prazo publicitado, no Edital n.º 82/2002, é inferior ao prazo constante do "Programa do Concurso".

lote, far-se-ia um sorteio para a sua atribuição, respeitando-se, sempre, a ordem de preferência fixada nas alíneas b) do n.º 2 do art.º 4.º.

15. A atribuição dos lotes seria efectuada em reunião pública da Câmara Municipal de Sines, no dia 28.08.2002, pelas 15 horas. Contudo, devido à não publicação de jornais da região durante o mês de Agosto, o prazo de inscrição viria a ser alargado para o dia 13.09.2002, sendo os lotes atribuídos no dia 25.09.2002.

3º - Da posição do órgão visado

16. Segundo os esclarecimentos prestados pela Câmara Municipal de Sines, a ausência de carimbo de entrada, nas inscrições dos candidatos reclamados, ter-se-á devido à entrega das fichas de inscrição, directamente, ao Presidente da Câmara Municipal de Sines, no dia 10.09.2002.

17. A Câmara Municipal de Sines entende que a aposição de carimbo de entrada não constitui requisito obrigatório para certificar a validade da inscrição, nem constitui condição de eficácia da mesma.

18. Ademais, o próprio programa do concurso não estabeleceria a obrigatoriedade de carimbar as fichas de inscrição e, de qualquer modo, a sua falta não constituiria prova de que as fichas de inscrição não teriam dado entrada, atempadamente, nos serviços municipais.

19. Entende o Presidente da Câmara Municipal de Sines que, por este motivo, não faria sentido, do ponto de vista legal, afastar os concorrentes reclamados porquanto estes terão tido plena consciência que, daquele modo, estariam regularmente inscritos.

20. Por outro lado, pelo facto destes dois últimos candidatos não possuírem, na data limite, o valor necessário para pagar a caução exigida, o seu pagamento viria a ser diferido para momento ulterior, por decisão do Presidente da Câmara

Municipal de Sines. O entendimento quanto à regularidade deste procedimento é confirmado nos esclarecimentos prestados.

21. A Câmara Municipal de Sines entende que o concurso teve como especial preocupação contribuir para a resolução de problemas de habitação, junto de famílias com manifestas carências habitacionais, sem meios sócio-económicos para adquirir uma habitação no mercado imobiliário.

4º - Conclusões

22. Da análise da queixa, dos esclarecimentos prestados pela câmara municipal e da documentação reunida, é possível indiciar que, ao terem sido aceites as inscrições dos candidatados reclamados, sem pagamento da caução expressamente exigida no programa do concurso, dentro do prazo previsto para o efeito, ocorreu uma preterição das condições do concurso publicitadas, violando-se claramente o principio da igualdade.

23. De acordo com o programa do concurso, o pagamento atempado da caução constituía uma condição de acesso ao mesmo.

24. De facto, como já foi referido, o art. 4.º, n.º 1 do referido programa dispõe que o acesso ao concurso estaria dependente de prévia inscrição a qual, para se considerar regularmente efectuada, estaria condicionada à observância dos requisitos expressamente enunciados no art.º 5.º deste programa.

25. Neste preceito, estabelece-se que a inscrição no concurso estaria dependente, não só do preenchimento de ficha de inscrição fornecida pela câmara municipal como também, no mesmo momento, da entrega da caução de € 1000,00.

26. Só com a observância destes dois requisitos se poderia considerar, qualquer candidato, inscrito no concurso. Assim, a sua verificação seria, inclusivamente, prévia e condicionaria a própria apreciação do preenchimento dos restantes requisitos substanciais, cuja não verificação levaria à exclusão do concurso desses candidatos.

27. Deste modo, o não pagamento atempado da referida caução implicaria que os requerentes nem sequer deveriam ter sido considerados como candidatos ao concurso. O mesmo sucederia caso não tivessem entregue a ficha de inscrição.

28. E não se dissesse, como alegou a Câmara Municipal de Sines, que o art. 5.º se destinaria, apenas, a assegurar a manifestação da vontade dos interessados, em fazer-se incluir no âmbito do procedimento concursal. Em contraposição, alega esta autarquia local, apenas o art.º 4.º estabeleceria os requisitos ou condições de acesso cujo não preenchimento consubstanciaria factor de exclusão preliminar.

29. Pelo contrário consideramos que o art.º 5.º, não visaria apenas servir, de modo unilateral, os concorrentes, pois visar-se-ia, igualmente, assegurar que os requerentes adquiram o estatuto de concorrentes, ficando assim, subsequentemente, sujeitos à apreciação dos restantes requisitos, substanciais, de acesso.

30. Aliás, a própria redacção do art.º 4 não deixa qualquer margem para dúvidas: n.º 1: *"O acesso ao concurso está dependente de prévia inscrição"*, efectuada nas condições enunciadas no art.º 5, sendo que a sua omissão constituiria, desde logo, fundamento de não admissão ao concurso; n.º 2: *"O acesso ao concurso está ainda dependente da verificação dos requisitos a seguir discriminados, cuja omissão será fundamento de exclusão"*.

31. Para este efeito, parece irrelevante a finalidade para a qual foram estabelecidas as condições de acesso pois, uma vez estabelecidas, devem ser cumpridas. Assim, não colhe o argumento da Câmara Municipal de Sines, ao considerar irrelevante o não pagamento da caução porque esta teria sido instituída apenas para evitar a prestação de falsas declarações.

32. De qualquer modo sempre se dirá que a perda da caução, devido à prestação de falsas declarações, antes constitui uma sanção e não explica necessariamente a razão da sua instituição.

33. De facto, a exigência do pagamento de uma caução poderá ter qualquer outra justificação, nomeadamente garantir,

de algum modo, que os concorrentes disporiam de alguma solvabilidade. Com efeito, caso lhes viesse a ser atribuído um lote, teriam de desembolsar, a breve trecho, o valor do mesmo. Ademais, a construção das moradias, nos lotes adquiridos, estaria igualmente sujeita a prazos previamente estabelecidos. Assim, ainda que os concorrentes tivessem de recorrer a empréstimo bancário para concretizar estas duas operações imobiliárias, sempre se haveria de garantir que já disporiam de alguns rendimentos, de modo a evitar que concorressem pessoas sem quaisquer tipo de rendimentos, o que poderia inviabilizar, *a posteriori*, a finalidade do concurso, isto é, a construção de uma habitação.

34. Pelo exposto, sendo possível concluir que a exigência da prestação da caução, constituiria uma condição de admissão ao concurso, a preterição da mesma, admitida pela Câmara Municipal de Sines, constitui uma violação do princípio da igualdade.

35. Com efeito, este princípio, ao nível concursal, tem uma vertente que se manifesta, desde logo, aquando da abertura do concurso, e que não se pode descurar, sob pena da sua violação.

36. Assim, aquele princípio deve ser observado, desde logo, aquando da fixação das condições de concurso, não se podendo introduzir quaisquer factores discriminatórios injustificados, que provoquem uma situação de desigualdade de oportunidades no acesso ao concurso, quer entre todos os potenciais candidatos quer entre os candidatos efectivos.

37. Ademais, as condições de concurso, previamente fixadas, não poderão ser posteriormente alteradas, o que, segundo MARCELO REBELO DE SOUSA[69], consubstancia o princípio da estabilidade das regras concursais.

38. Este princípio não permite alterações das condições do concurso, subsequentes à abertura do concurso, por forma a

[69] Marcelo Rebelo de Sousa, "O concurso público na formação do contrato administrativo", Lex Edições Jurídicas, Lisboa, 1994, pág. 69

garantir-se o respeito dos direitos e interesses legítimos dos potenciais concorrentes e dos concorrentes efectivos, logo que admitidos ao concurso.

39. Com efeito, a abertura de um concurso público dirige-se a um conjunto indeterminado de candidatos, aos quais se deve propiciar condições igualitárias, nomeadamente, e desde logo, ao nível dos requisitos do concurso, os quais condicionam a formação da vontade de concorrer.

40. Nesse momento, a avaliação do respeito pelo princípio da igualdade é efectuada em termos abstractos, face ao universo indeterminado de potenciais candidatos. Não se poderia, de todo, e em relação a estes, efectuar-se a sua avaliação em termos concretos. Por este motivo, não colhe a argumentação da Câmara Municipal de Sines, no sentido da invocação do princípio da igualdade, nos termos acima expostos, pecar pela abstracção.

41. Ainda assim, sempre se dirá que a actuação da câmara municipal violou do mesmo modo, e em termos concretos, o princípio da igualdade entre os candidatos efectivos ao concurso.

42. Com efeito, dentro das regras concursais inalteráveis encontram-se, precisamente, as atinentes às cauções exigidas no concurso, o que é aliás referido, expressamente, por aquele Ilustre Professor.

43. Esta situação mostra-se tanto mais grave quanto, tratando-se de um concurso dirigido a pessoas com carências económicas, o adiamento da prestação da caução exigida constituiria, para todos os candidatos, um factor de fulcral importância para a formação da vontade de concorrer.

44. Importa assim, estabelecer, claramente, critérios objectivos de acesso aos concursos, proporcionando-se igualdade de condições e de oportunidades entre os candidatos, potenciais e efectivos. Consequentemente, não são admissíveis quaisquer decisões casuísticas, subjectivas e, por isso, discriminatórias que, *a posteriori*, alterem aqueles critérios.

45. Do mesmo passo, a alteração das condições de acesso ao concurso constitui uma clara violação do princípio da publicidade,

porquanto não foram devidamente publicitadas. De resto, a intenção declarada pelo Presidente da Câmara Municipal de Sines, no sentido de tratar, de modo igual, qualquer interessado que manifestasse interesse em protelar o pagamento da caução, não terá sido, igualmente, publicitada pelos mesmos meios que o próprio concurso[70]. Consequentemente, esta decisão, tomada *a posteriori* e sem qualquer publicidade, em nada sana a violação do princípio da igualdade, já constatada.

46. Para mais, a proibição de alteração das regras do concurso reflecte os princípios da justiça, da imparcialidade e da transparência e projecta o princípio da tutela da confiança dos administrados nos actos da Administração[71].

47. A violação destes princípios gerais, em especial, o da igualdade, inquina de ilegalidade o concurso.

48. Quanto à falta de registo de entrada das fichas de inscrição, entregues pelos candidatos reclamados, deve-se atentar no disposto no art.º 80.º do Código de Procedimento Administrativo, aplicável aos contratos administrativos por força do art.º 181.º do mesmo diploma.

49. Nos termos daquele preceito, a apresentação de requerimentos, qualquer que seja o modo por que se efectue, será sempre objecto de registo, que deve mencionar o respectivo número de ordem, a data, o objecto do requerimento, o número de documentos juntos e o nome do requerente. Nos termos do mesmo preceito, os requerimentos deverão ser registados segundo a ordem de apresentação e o registo deverá ser anotado nos requerimentos, mediante a menção do respectivo número e data.

50. Visa-se, com esta exigência processual, acautelar razões de segurança jurídica, que aproveitam quer ao candidato que

---

[70] Restam ainda dúvidas quanto à publicidade da decisão de alargar o prazo do concurso. A Câmara Municipal de Sines limita-se a referir que foram notificados todos os candidatos que já haviam procedido à respectiva inscrição. A confirmar-se que esta alteração não terá sido publicitada, publicamente, o concurso será anulável com base neste fundamento.

[71] Marcelo Rebelo de Sousa, "O concurso público...", cit., pág. 70

apresenta o requerimento, quer a todos os outros candidatos, como prova de que todos os requerimentos foram apresentados atempadamente. Este procedimento constitui, assim, um meio de prova idóneo, com carácter objectivo afastando, assim, potenciais suspeitas sobre a regularidade do procedimento.

51. Desta forma, a preterição daquela formalidade pode lançar suspeitas sobre a regularidade das candidaturas apresentadas, em especial, quanto à sua extemporaneidade.

52. Tudo visto e apreciado, e face às irregularidades detectadas, propõe-se que se dê conhecimento das conclusões alcançadas, à Câmara Municipal de Sines, por forma a que comunique se pretende adoptar as medidas adequadas à reintegração da legalidade, através da revogação da decisão concursal adoptada, e da consequente exclusão do concurso, dos candidatos reclamados.

53. Interpelada quanto às conclusões alcançadas na informação supra, a Câmara Municipal de Sines veio a revogar a oferta pública de alienação dos lotes, objecto de queixa.

R-3568/02
Assessor: Manuela Barreto

Entidade visada: Direcção Regional do Ambiente e do Ordenamento do Território - Centro.

Assunto: Ordenamento do território. Domínio hídrico.

1. Solicitou V. Ex.a a intervenção do Provedor de Justiça por não ver adoptadas medidas pelas autoridades ambientais contra a construção de um muro de suporte de terras junto a linha de água e, bem assim, contra a instalação indevida de uma conduta de águas pluviais, obras realizadas em local afecto ao domínio hídrico.

2. Com vista a conhecer os factos reclamados, veio a Provedoria de Justiça a promover diligências junto da Direcção

Regional do Ambiente e do Ordenamento do Território - Centro, entidade com competências no âmbito do licenciamento e fiscalização, em ordem a apurar a legalidade das obras reclamadas, tendo presente os condicionalismos fixados para a utilização do domínio hídrico.

3. Dos esclarecimentos veiculados pela referida Direcção Regional, cujo teor, aliás, foi, oportunamente, dado a conhecer a V. Ex.a, conclui-se, em síntese, o seguinte:

- foi instaurado processo contra-ordenacional à Srª... por ter procedido a diversas obras, na margem direita da ..., sem o competente licenciamento, designadamente: construção de um muro paralelo ao curso de água, abertura de uma vala e construção de um muro de suporte, aterro e mudança de terras ao longo da margem, na extensão aproximada de 55 metros, alterando as características do solo e da própria margem da linha de água;
- foi a mesma intimada para proceder à demolição do muro antes referido, ordem que, contudo, não foi acatada;
- os serviços regionais do Ministério das Cidades, Ordenamento do Território e Ambiente não procederam à demolição coerciva do muro em causa por não disporem de verba orçamentada para o efeito.

4. Questionada, suplementarmente, a referida Direcção Regional sobre se estaria prevista, a curto prazo, cabimentação orçamental de verba, foi-nos transmitido que, atentas as restrições orçamentais existentes, não dispõem os serviços de receita para aquele fim, nem se prevê, a curto e médio prazo, cabimentação para custear a referida demolição coerciva. Inquirida, ainda, quanto à participação daqueles factos ao Ministério Público, por os mesmos poderem indiciar a prática de um crime de desobediência (art. 348º, do Código Penal), foi-nos retorquido ter sido expedida participação, conforme emerge do documento cuja cópia se junta, para conhecimento de V. Ex.a.

5. Em face do teor dos esclarecimentos prestados, concluo não ser de reprovar a actuação da Direcção Regional do Ambiente

e do Ordenamento do Território – Centro, quanto ao assunto. Com efeito, no plano da legalidade e justiça, não é possível formular um juízo de reprovação quanto à posição assumida por aqueles serviços regionais. Trata-se, na verdade, de saber da viabilidade financeira de se proceder à demolição coerciva de um muro ao que os serviços competentes opõem inviabilidade de execução por não disporem de recursos financeiros.

6. Faço notar a V. Ex.a que nos termos estatutários o Provedor de Justiça exerce apenas um controlo externo de legalidade e justiça da actuação dos poderes públicos, não lhe competindo apreciar o mérito das decisões tomadas por estes quando ditadas por imperativos de ordem financeira, os quais só podem ser compreendidos à luz de opções adoptadas quanto à gestão dos recursos financeiros. De outro modo, formular-se-ia um juízo sobre o mérito e oportunidade das decisões assim tomadas, sem apoio a considerações de ordem jurídica,

7. Mais acresce que foi feita a competente participação ao Ministério Público do não acatamento da ordem de demolição a que atrás se alude, a fim de se promover a instauração de eventual procedimento criminal por crime de desobediência.

8. Observo, finalmente, que os prejuízos imputados por V. Ex.a à realização das obras supra referidas poderão ser reparados através da atribuição de indemnização pelos danos efectivamente causados. É, porém, nos tribunais judiciais comuns que poderá V. Ex.a fazer valer os seus direitos. Com efeito, a qualificação dos danos depende de elementos de prova cujo contraditório não está o Provedor de Justiça em condições de assegurar nos mesmos termos que os tribunais, por ser matéria da estrita competência destes.

9. Atento o exposto, não se justifica prosseguir a realização de ulteriores diligências instrutórias por não merecer censura a conduta da Direcção Regional do Ambiente e do Ordenamento do Território – Centro. Determinei, em conformidade, o arquivamento do processo, nos termos do disposto no art., 31º,

alínea c), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril (Estatuto do Provedor de Justiça).

R-4059/02
Assessor: José Luís Cunha

Entidade visada: Secretário de Estado-Adjunto e do Ordenamento do Território
Assunto: Ordenamento do território. Instrumentos de gestão territorial. Formação. Acompanhamento. Regulamento. Comissões mistas de coordenação. Omissão. Representatividade de associações locais.

1. Na queixa apresentada por V. Ex.as, através de comunicação contesta-se a não inclusão da ..., na condição de organização não governamental de ambiente (ONGA) do concelho de Alenquer, na Comissão Mista de Coordenação (CMC) constituída para proceder ao acompanhamento do procedimento de revisão do PDM daquele concelho, nos termos do Despacho n.º 22 483/2000 (2ª Série), de 18.10.2000, do Secretário de Estado do Ordenamento do Território e da Conservação da Natureza, publicado no Diário da República, 2ª Série, de 07.11.2000.

2. O Despacho n.º 22 483, fundamentando-se no art. 157º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de Setembro (determina que o regime aplicável ao acompanhamento da elaboração dos planos municipais de ordenamento cujo procedimento se encontre em curso à data de entrada em vigor desse diploma seja o anterior ao do Decreto-Lei n.º 380/99) estabelece a composição da CMC em conformidade com o disposto no art. 6º do Decreto-Lei n.º 69/90, de 2 de Março, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 155/97, de 24 de Junho.

3. Na reclamação, invoca-se que, à data do início do procedimento de revisão do PDM de Alenquer (24.07.2000), o

Decreto-Lei n.º 380/99 já se encontraria em vigor, pois a *vacatio legis* de 6 meses, estabelecida no art. 160º do mesmo diploma, terminaria em 22.03.2000 [em bom rigor, o prazo estabelecido nesse artigo é de 60 dias, pelo que terá terminado em finais de Novembro de 1999], razão pela qual o disposto no referido art. 157º, n.º 1, desse diploma que não seria aplicável.

4. Assim, pretender-se-á que a CMC seja constituída com a participação das ONGA - nomeadamente, da ... - enquanto entidades representativas dos interesses ambientais (v. art. 75º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 380/99).

5. Contudo, a norma do art. 75º, n.º 2, ao referir os "representantes dos interesses económicos, sociais, culturais e ambientais" revela-se vaga, não decorrendo, da mesma quaisquer determinações vinculativas para a Administração Pública, a respeito dos critérios de selecção de tais entidades.

6. Aliás, no art. 155º, n.º 1, alínea a), do mesmo diploma, determina-se a elaboração, no prazo de 120 dias a contar da data de entrada em vigor da referida lei (ou seja, até finais de Março de 2000), de um diploma regulamentar visando, precisamente, estabelecer a composição e o funcionamento da CMC.

7. É certo que tal diploma – como quase todos os restantes diplomas de regulamentação desse Decreto-Lei – há muito deveria estar em vigor. Contudo, enquanto tal não suceder, determina expressamente, o art. 157º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 380/99, que se aplique o disposto no art. 6º do Decreto-Lei n.º 69/90, como veio a suceder no caso vertente.

8. Por outro lado, não se dá conhecimento, na presente reclamação, de que tenha expressamente apresentado pela ..., à Câmara Municipal de Alenquer, um pedido no sentido da integração da CMC, no qual se justificasse a invocada representatividade.

9. Ora, no exercício do direito de queixa do Provedor de Justiça a respeito da omissão, pela Administração Pública, de medidas consideradas devidas pelos particulares (como seria, neste caso, a integração da ... na CMC), torna-se necessário

conhecer as diligências desenvolvidas, pelo queixoso, no sentido de promover a adopção da medida considerada em falta, pois só assim será possível averiguar a justificabilidade da omissão.

10. Por estas razões, comunico a V. Ex.a que determinei o arquivamento do presente processo, nos termos do disposto no art. 31º, alínea b), do Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, mas não sem me dirigir ao Governo, através de S.Ex.a. o Secretário de Estado-Adjunto e do Ordenamento do Território, assinalando a demora na aprovação da portaria que virá concretizar o direito de participação das associações de defesa do ambiente na revisão dos instrumentos de gestão territorial, por via das comissões mistas de coordenação.

11. Cumpre-me, porém, informar V. Ex.as de que, no âmbito dos procedimentos de elaboração e revisão dos planos municipais de ordenamento do território, assistem às ONGA os seguintes direitos procedimentais:

a) O direito de, no prazo a fixar na deliberação que determina o início do procedimento (e não inferior a 30 dias), apresentarem sugestões e informações que considerem relevantes para a elaboração do plano, as quais devem ser ponderadas e, em certos casos, objecto de resposta (art. 77º, n.ºs 1, 2 e 5, do Decreto-Lei n.º 380/99);

b) O direito de consulta, durante 20 dias antes do início do prazo de audição, dos estudos e outros elementos preparatórios do plano, nos termos do disposto no art. 6º da Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto (v. art. 9º, n.º 1, da Lei n.º 35/98, de 18 de Julho);

c) O direito de integrarem a CMC (direito esse que, como foi visto acima, depende da regulamentação prevista no art. 155º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 380/99);

d) O direito de participarem na discussão pública do plano, nos termos estabelecidos no art. 77º, n.ºs 3 a 7, do Decreto-Lei n.º 380/99;

e) O direito à informação sobre o procedimento (art. 5º da Lei n.º 35/98), que compreende:

i. a consulta dos processos (art. 5º, n.2, alínea a), do Decreto-Lei n.º 380/99);
ii. a obtenção de cópias de actas de reuniões deliberativas e de certidões dos projectos aprovados (art. 5º, n.2, alínea b), do Decreto-Lei n.º 380/99);
iii. a prestação de informações e esclarecimentos (art. 5º, n.2, alínea c), do Decreto-Lei n.º 380/99);
iv. a prestação de informações, a passagem de certidões e a reprodução de documentos não classificados nem que revelem segredo comercial ou industrial, de propriedade intelectual ou da vida privada, nos termos do disposto nos art.s 62º a 64º do Código do Procedimento Administrativo;
v. poderá, ainda, considerar-se a aplicação subsidiária do disposto na Lei n.º 65/93, de 26 de Agosto, na redacção introduzida pela Lei n.º 94/99, de 16 de Julho, aos aspectos não regulados pelo Decreto-Lei n.º 380/99 ou pelo Código do Procedimento Administrativo (por ex., quanto à resposta da Administração Pública ao pedido de acesso à informação, à possibilidade de acesso parcial ou, ainda, ao custo da reprodução de documentos, v., o disposto nos art.s 15º, n.º 1, 7º, n.º 6, 12º, n.º 2, respectivamente);

f) Recorda-se, finalmente, enquanto meio de acesso à informação e garantia de transparência, a regra da natureza pública das reuniões da câmara municipal e da assembleia municipal, relativas à elaboração dos planos (art. 77º, n.º 9, do Decreto-Lei n.º 380/99).

R-1576/03
Assessor: Maria Ravara

Entidade visada: Direcção Regional do Ambiente e Ordenamento do Território do Centro

Assunto: Ambiente. Domínio hídrico. Águas. Princípio do aproveitamento racional dos recursos naturais. Proibição do arbítrio.

1. Interpelámos o Gabinete de S.Ex.a. o Secretário de Estado do Ambiente, com base em queixa de V.Ex.a. sobre o indeferimento, do pedido identificado em epígrafe, apresentado por ... , relevando o despacho de 21.Ago.2000, que interditou a construção de aproveitamentos mini-hídricos no rio Mondego, a montante do açude de Caldas de Felgueiras.

2. Opunha V.Ex.a. que o empreendimento hidroeléctrico se destinaria a servir outras unidades já licenciadas, nomeadamente de classificação de ovos, reciclagem de cartão e fabrico de embalagens para acondicionar fruta e ovos, razão por que o indeferimento teria sido causa de grave prejuízo.

3. Pode resumir-se o procedimento aos seguintes factos:

a) foi apresentado estudo de viabilidade técnica e económica, em 30.Jun.2000;

b) decorrendo subsequentemente a avaliação do impacte ambiental de um outro aproveitamento, o de ....., também no rio Mondego;

c) o projecto veio a obter parecer favorável condicionado à não constituição de quaisquer novas mini-hídricas no Mondego, a montante do açude de Caldas de Felgueiras;

d) V.Ex.a. foi notificado, em 18.Out.2000, da decisão negativa, sustentada no aludido despacho que considera deverem ser recusadas as licenças para novos empreendimentos congéneres.

4. Importa então considerar o seguinte:

a) a aprovação de localização por parte da CCR Centro para um estabelecimento industrial não é constitutiva do direito a instalar o aproveitamento hídrico;

b) a interdição de novos aproveitamentos encontra-se fundamentada em motivos ponderosos de interesse público;

c) mesmo o licenciamento para captação da água destinada à produção de energia eléctrica sempre dependeria de uma prévia avaliação dos impactes negativos no meio hídrico e da sua compatibilidade com outros usos considerados prioritários;

d) o facto de o requerimento de V.Ex.a. ser anterior ao despacho que inviabilizou futuros empreendimentos hidro-eléctricos não é relevante, pois não se descortina que houvesse já algum direito consolidado a obter o deferimento;

e) nova avaliação do impacte ambiental mostrar-se-ia inútil, uma vez que se concluíra já pela inviabilidade de novos empreendimentos;

f) V.Ex.a. tinha a expectativa de lucros e terá porventura visto desaproveitados investimentos, mas isso não basta para se obrigar o Estado a indemnizar por responsabilidade civil;

g) com efeito, não detinha qualquer direito nem qualquer interesse legítimo constituído que deva dar-se como lesado pelo despacho de S.Ex.a. o Secretário de Estado do Ambiente;

h) em suma, os investimentos desaproveitados e os lucros impedidos correm por conta e risco de V.Ex.a.

5. Em face do exposto, e sem prejuízo de poder V.Ex.a. recorrer aos tribunais, não se conformando com este entendimento, determinei o arquivamento do processo, nos termos do disposto no art. 31º, alínea b), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril (Estatuto do Provedor de Justiça).

R-3375/03
Assessor: Miguel Feldmann

Entidade visada: Câmara Municipal de Sernancelhe
Assunto: Urbanismo. Edificação.

1. Reclama V.Ex.a. junto do Provedor de Justiça contra o que considera ser uma violação do direito de construir sobre prédio de que dispõe em ..., Sernancelhe.

2. Afirma ter adquirido o prédio em 1990 e subsequentemente terá requerido licença municipal para o destaque de uma parcela com 1.427 m2, a fim de edificar uma moradia. Jamais porém veio a fazê-lo.

3. Recentemente, em Agosto p.p., e porque pretendia alienar a parcela destacada e a parcela sobrante do prédio, requereu informação prévia à CM de Sernancelhe acerca da aptidão urbanística.

4. Ser-lhe-ia transmitido, por informação da Divisão Técnica de Obras e Urbanismo, de 9.9.2003, que o imóvel se encontra em *zona classificada como não edificável* pelo Plano Director Municipal de Sernancelhe (ratificado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 75/94, de 21 de Julho).

5. As únicas excepções admitidas para a edificação nestes solos resultam do disposto no art. 37º, n.º 1, alíneas a) e f), do PDM, mas o terreno de V.Ex.a. não preenche tais condições.

6. Não vemos que devesse ou pudesse a câmara municipal adoptar outra posição.

7. O destaque – forma de divisão de um prédio rústico com uma única inscrição predial – é, por si, uma excepção. Trata-se de tolerar o aproveitamento parcial de um prédio rústico sem os encargos de proceder à sua urbanização, como haveria de resultar de uma operação de loteamento urbano. Por isso mesmo, dispõe-se hoje no Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação[72] que, depois de destacada uma parcela, não poderá haver qualquer novo destaque para o mesmo prédio nos dez anos subsequentes (art. 6º, n.º 6).

8. Mas o destaque não confere, por si, qualquer direito a construir, havendo o interessado, por regra, de requerer o licenciamento da edificação.

---

[72] Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, com a redacção do Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4 de Julho.

9. Não o fez V.Ex.a. e, entretanto, foram substancialmente alteradas as regras sobre o uso dos solos, designadamente por via do PDM, em 1994.

10. Repare que, mesmo que dispusesse V.Ex.a de licença de construção anterior a 1994, de há muito que esta já teria caducado por não ter sido aproveitada em devido tempo.

11. Por outro lado, nem a descrição autónoma do terreno na Conservatória do Registo Predial nem a sua inscrição própria na matriz predial conferem qualquer direito a construir. A primeira confere-lhe segurança em caso de conflito com terceiros sobre a propriedade do imóvel. A segunda identifica o prédio para efeitos fiscais.

12. Assim, as informações que a câmara municipal lhe terá prestado em 1990 não foram erróneas, muito menos falsas. Se, ao tempo, V.Ex.a. tivesse providenciado por construir no terreno destacado, nada obstaria do ponto de vista urbanístico.

13. Em face do exposto, concluo pela improcedência da reclamação e determino o arquivamento do processo que fora organizado sobre a mesma, nos termos do disposto no art. 31º, alínea b), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril (Estatuto do Provedor de Justiça).

2.1.5. Censuras, reparos e sugestões à Administração Pública

R-1662/97
Assessor: Maria Ravara

Entidade visada: Ministro das Cidades, do Ordenamento do Território e do Ambiente
Assunto: Ambiente. Estação de tratamento de águas residuais. Localização. Reserva Ecológica Nacional. Orla costeira. Insalubridade.

1. Vem a Provedoria de Justiça averiguando a situação de uma estação de tratamento de águas residuais, em Porto de Barcas, Atalaia, concelho da Lourinhã, desde há perto de seis anos, sem que tenham sido alcançadas conclusões satisfatórias, motivo por que me dirijo a Vossa Excelência, Senhor Ministro. O equipamento – fora de ordenação – encontra-se em zona sensível e persistem queixas sobre a ineficácia do mesmo, de par com a incomodidade causada aos moradores vizinhos.

2. Para apreciação da queixa, já foram ouvidas a Câmara Municipal da Lourinhã e a Direcção Regional do Ambiente e do Ordenamento do Território de Lisboa e Vale do Tejo. Subsequentemente, foram expostas ao Gabinete do antecessor de Vossa Excelência as conclusões da apreciação efectuada pela Provedoria de Justiça, vertidas em parecer, sugerindo uma tomada de posição sobre o assunto.

3. Por via de comunicação de 11.12.2002, facultou-nos o Chefe do Gabinete de S.Ex.a. o Secretário de Estado Adjunto e do Ordenamento do Território conhecimento do teor da informação

n.º 224/DOT/02, de 27.09.2002, da Direcção Regional do Ambiente e do Ordenamento do Território de Lisboa e Vale do Tejo, elaborada com o propósito de clarificar a tramitação do processo de licenciamento do projecto da estação de tratamento reclamada.

4. Todavia, não nos foi transmitida a posição sobre a matéria assumida pelo antecessor de Vossa Excelência nem tão-pouco pelo anterior Secretário de Estado.

5. Com efeito, parece questionável a congruência da posição adoptada pela Direcção Regional, ao não prever, prontamente, as providências necessárias à regularização do funcionamento do equipamento de depuração.

6. De acordo com o entendimento perfilhado pela DRAOT-LVT, os trabalhos de construção da estação de tratamento reclamada terão obtido parecer favorável, ao abrigo do regime transitório da Reserva Ecológica Nacional, em data anterior à publicação da Resolução do Conselho de Ministros que delimitou a área REN do concelho da Lourinhã (RCM n.º 61/2000, de 29 de Junho). Como tal, tratar-se-á de uma acção já prevista ou autorizada ao abrigo do art.4º do Decreto-Lei n.º 213/92, de 12 de Outubro.

7. Confirma porém a Direcção Regional não se mostrar licenciada a descarga de águas residuais, situação que, todavia, não se vê que haja merecido a devida ponderação. Assim, por um lado, se a DRAOT-LVT admite que "*só após o respectivo licenciamento será possível o controlo do funcionamento da estação*" (Inf.n.º 224/DOT/02), nada esclarece quanto aos procedimentos que, na falta de uma iniciativa por parte da câmara municipal - apresentação do pedido de licenciamento - se mostram equacionados com vista à reposição da legalidade. Os inconvenientes de ordem sanitária e ambiental – para cuja defesa se mantém a actuação da Administração Central – ficam destarte à mercê da iniciativa municipal.

8. Considerou a DRAOT-LVT que o projecto de construção mereceria uma apreciação favorável, tendo em conta a eficácia do tipo de tratamento proposto que permitiria obter "*um tratamento*

de boa qualidade em termos de CBO e SST" e a "*estabilização de lamas*", aptas a serem aplicadas em solo agrícola e espaços verdes. Do mesmo passo, alertou para a necessidade de se efectuar um programa de operação e manutenção da ETAR, realçando o imperativo do controlo da qualidade do efluente final, que, despejado num afluente do Rio Grande, é depois lançado no mar em zona balnear, de contacto directo (cfr. parecer homologado por despacho do Director Regional de 29.03.1996).

9. O projecto de construção foi objecto de uma aprovação condicionada à instalação de um exutor ao longo da linha de água para condução do efluente até ao mar, bem como à desinfecção final do efluente. Todavia, e segundo nos informou a própria Câmara Municipal, os efluentes são restituídos ao meio receptor, através de um emissário que descarrega numa linha de água, pelo que não são observados os condicionalismos estabelecidos aos procedimentos de descarga dos resíduos.

10. O arrastamento desta situação lesiva do equilíbrio ambiental – e com riscos para a saúde pública que não poderemos excluir – parece imputável ao menor zelo das autoridade ambientais que não providenciaram, como lhes competiria, pela adopção de mecanismos para garantia da qualidade da água e do ressarcimento de eventuais danos imputados à drenagem e tratamento de efluentes.

11. Não deve, do mesmo modo, ser menosprezada a deficiente integração paisagística da obra, considerando o impacte visual em zona de arriba e a localização da construção em terrenos do domínio hídrico. Embora não possa nem deva o Provedor de Justiça apontar – salvo manifesto erro de apreciação – objecções de ordem estética *praeter legem*, também não pode nem deve deixar de fazer notar a falta de toda e qualquer ponderação por parte das autoridades competentes.

12. Fundando-me nesta ordem de razões, entendo que a situação não se mostra ultrapassada, subsistindo a lesão do interesse público ecológico e sanitário.

13. Dirijo-me, por conseguinte, a Vossa Excelência, solicitando que se digne equacionar a adopção de procedimentos para controlo do funcionamento da estação, como forma de reabilitar o interesse público na preservação da paisagem e da qualidade dos recursos hídricos e naturais, sem comprometer os benefícios resultantes do depuramento das águas residuais.

14. Certo de que não deixará Vossa Excelência de partilhar as minhas preocupações, dignar-se-á comunicar-me a sequência conferida ao assunto.

R-2197/98
Assessor: José Luís Cunha

Entidade visada: Vereadora com o pelouro da Reabilitação Urbana da Câmara Municipal de Lisboa
Assunto: Urbanismo. Edificações. Segurança. Ruína iminente. Providências administrativas.

1. Na queixa que deu origem à organização do processo com a nossa referência em epígrafe, era invocada a omissão, por parte da Câmara Municipal de Lisboa, na adopção das medidas necessárias para restabelecer condições mínimas de segurança e salubridade no edifício acima identificado.

2. Apesar das diversas diligências instrutórias desde então realizadas, a Câmara Municipal de Lisboa não viria, por diversas razões, a lograr uma intervenção oportuna, no sentido de travar o processo degradativo do imóvel: a dificuldade em intimar todos os múltiplos comproprietários, a inviabilidade, até dada altura, de limitar as obras coercivas à cobertura (e que decerto teriam evitado o agravamento da erosão).

3. Assim, a reclamante veio alertar a Provedoria de Justiça para a degradação das condições de segurança do edifício, o que teria já motivado a sua deslocação provisória para outro local.

4. Perante os indícios que apontavam também para uma situação de perigo para a segurança de terceiros, foi solicitada a intervenção urgente da Senhora Directora Municipal da Conservação e Reabilitação Urbana, através do n/ ofício de 18.02.03.

5. Em resposta, foi enviada à Provedoria de Justiça a informação referenciada em epígrafe, onde se comunica o teor do auto de vistoria de 27.02.03 (relativo a uma vistoria realizada em 05.07.2002), e que conclui pela ruína técnica da edificação.

6. Isto, apesar de, ainda em 02.05.2001, a Câmara Municipal ter informado a Provedoria de Justiça de que a situação do imóvel se manteria estável.

7. O estado do imóvel foi-se degradando progressivamente, de vistoria em vistoria, até ao irremediável, limitando-se a actuação do município à realização espaçada de vistorias – ao longo de morosas diligências – e à tentativa de obtenção do acordo dos proprietários para cumprirem voluntariamente a intimação que lhes fora dirigida.

8. Impossibilitada a satisfação da reclamação, no sentido da reposição das condições de segurança e salubridade do imóvel, parece importar, presentemente, proceder à demolição, de modo a evitar o colapso iminente.

9. A este respeito, foi prestada a informação de que o procedimento visando a intimação dos proprietários para procederem à demolição já foi iniciado. De todo o modo, não se descortina qualquer providência adoptada para acautelar a segurança dos imóveis confinantes nem tão-pouco dos transeuntes na via pública.

10. Não deixo, por fim, de fazer notar que a esta situação poderia ter sido obstada, não apenas se os proprietários tivessem cumprido a intimação municipal para realização de obras de conservação do edifício, mas se a câmara municipal tivesse procedido com maior celeridade e eficácia, determinando a execução coerciva dessa intimação em tempo útil.

11.E não deixa de se notar, também, que, se os proprietários não vierem a proceder voluntariamente à demolição do edifício agora ordenada, a câmara municipal terá, forçosamente, de assumir esse trabalho, a fim de prevenir, como lhe compete, o risco para a segurança pública daí decorrente.

12.Em tal situação, poderá o Município de Lisboa ser chamado a despender – já sem utilidade social – os custos que, no passado, terá querido evitar, recusando-se a proceder a uma actuação coerciva, em substituição dos proprietários inadimplentes.

13.Por outro lado, não posso deixar de apontar a situação especialmente desprotegida em que pode ficar a arrendatária do imóvel (...) caso este venha a ruir ou a ser demolido em resultado da omissão de obras de conservação e do incumprimento da intimação municipal nesse sentido.

14.Estando em curso uma actuação no sentido da prevenção do risco de derrocada do imóvel – e porque já não se justifica a sua conservação, inicialmente reclamada por V. Ex.a – venho por este meio dirigir a V. Ex.a. uma especial chamada de atenção para a gravidade da situação descrita e para os deveres municipais de minorar, na medida das suas possibilidades, os prejuízos daí decorrentes, designadamente:

a) assegurando a demolição do imóvel e a prevenção do risco de derrocada sobre a via pública;

b) provendo ao realojamento da inquilina, caso esta venha a provar tal necessidade, por força da ruína do imóvel.

R-3626/98
Assessor: José Cunha

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal do Fundão
Assunto: Urbanismo. Edificação. Abertura de vãos.

1. Apreciado o teor do ofício ..., verifico permanecer ainda por prestar informação a respeito da alegada existência de um vão na fachada posterior da construção reclamada, referida no ponto 2. 6., a), i., do relato da reunião de 30.01.03 e expressamente solicitada no ponto 2. do n/ ofício de 23.04.03.

2. Contudo, analisada a reclamação à luz dos elementos constantes do processo – e sem prejuízo da necessidade de esclarecimento da questão referida no supra – determinei o arquivamento do presente processo de reclamação, nos termos do disposto no art. 33º do Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril.

3. Cumpre-me, assim, dirigir a V. Ex.a uma especial chamada de atenção a respeito do seguinte:

a) Por um lado, para o incumprimento reiterado do dever de colaboração para com o Provedor de Justiça demonstrado ao longo da instrução do presente processo de reclamação.

Esta situação traduziu-se, não apenas na excessiva demora na prestação das informações, como na sua frequente insuficiência, relativamente ao solicitado.

Devo recordar V. Ex.a de que se registou neste processo um número anormalmente elevado de situações que determinaram de S. Ex.a o Provedor de Justiça a necessidade de recorrer à convocatória pessoal da entidade visada, prevista no art. 29º, n.º 5, do seu Estatuto, a fim de obter a prestação de informações solicitadas pela Provedoria de Justiça;

Exorta-se, portanto, V. Ex.a para que sejam tomadas providências adequadas para que, futuramente, venha a ser assegurada com diligência a colaboração devida ao Provedor de Justiça.

b) Por outro lado, para o dever de fiscalização da existência de algum vão de compartimento de habitação na fachada posterior da construção reclamada e, caso tal se verifique, de exercício do dever de se determinar a correcção da situação, impondo o cumprimento do projecto inicialmente aprovado, nos termos do disposto no art. 105º do RJUE.

4. Por fim, cumpre-me agradecer a colaboração dispensada pela Câmara Municipal do Fundão na instrução do presente processo de reclamação, sobretudo, após a reunião de 30 de Janeiro p.p.

R-4844/98
Assessor: Manuela Barreto

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal do Porto
Assunto: Ambiente. Ruído. Tráfego. Via circular interna. Obras de contenção.

1. Tenho a honra de me dirigir a Vossa Excelência, dando-lhe conta de nesta data me ter dirigido ao Senhor Presidente do Instituto das Estradas de Portugal a respeito do assunto sumariamente descrito em epígrafe.

2. Com efeito, vem o Provedor de Justiça acompanhando a situação dos moradores do Bairro do Relógio que pediram a intervenção deste Órgão do Estado por serem sujeitos a níveis de ruído excessivos, sem duvida devidos à proximidade da VCI.

3. Houve já oportunidade de solicitar a pronúncia da Câmara Municipal superiormente presidida por Vossa Excelência, o que me permitiu observar que a situação é vista com preocupação pela autarquia.

4. Todavia, na última informação que o Instituto das Estradas de Portugal me enviou, fazia-se eco de alguma demora por parte da Câmara Municipal do Porto no tocante ao fornecimento de elementos cartográficos – em bases digitais – necessários aos estudos preliminares da obra.

5. Vejo com algum receio a estimativa apontada de que os trabalhos poderão ver o seu início comprometido por mais um ano, quando a minuta do contrato de empreitada terá já sido aprovada pelo Instituto das Estradas de Portugal em 8.08.2002.

6. Tal como observo ao Senhor Presidente do IEP, permito-me recordar a Vossa Excelência que os inconvenientes da exposição ao ruído nocturno estão longe de se confinar à diminuição da qualidade de vida dos moradores.

7. É também o rendimento no trabalho e nos estudos que sai afectado, para além de perturbações de ordem clínica que habitualmente surgem associadas à perturbação no sono.

8. Certo de que Vossa Excelência não deixará de se empenhar pessoalmente no sentido de levar a bom porto esta obra – cuja necessidade há muito é reconhecida – pedir-lhe-ia que me mantivesse a par da evolução do assunto da parte da câmara municipal.

R-4844/98
Assessor: Manuela Barreto

Entidade visada: Instituto das Estradas de Portugal
Assunto: Ambiente. Ruído. Tráfego. Via rápida urbana.

1. De acordo com as últimas informações prestadas pelo Instituto das Estradas de Portugal, considerei estarem em curso medidas que permitirão reparar a reconhecida perturbação causada pelo tráfego na VCI aos moradores vizinhos.

2. Incumbido constitucionalmente de zelar pelo respeito dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, e tendo ouvido e recolhido informação de todas as partes interessadas, não posso deixar de concluir que esta situação se vem protelando no tempo, muito mais do que seria razoável.

3. Com efeito, há perto de dez anos que os moradores das zonas adjacentes à VCI são expostos a níveis de ruído intoleráveis, factor que a ciência não tem dúvidas em reconhecer como lesivo, não apenas do equilíbrio psicológico, como também

potencialmente causador de patologias físicas e de perda de concentração na escola e no emprego.

4. Não será excessivo reconhecer, pois, que tão imperioso se afirma o interesse público na resolução deste problema, como o foi a própria concepção e execução da VCI do Porto.

5. Nesta mesma data, dirijo-me também a S.Exa. o Presidente da Câmara Municipal do Porto, exortando-a a corrigir todas as indesejáveis disfunções que possam vir obstando a uma menos profícua colaboração entre o município do Porto e o instituto presidido por V.Exa.

6. Em face do exposto, determinei o arquivamento do processo, mas não sem excluir a possibilidade de o mesmo ser reaberto por iniciativa devidamente fundamentada dos reclamantes, o que confio não venha a ser necessário.

R-1895/00
Assessor: A. Passos Leite

Entidade visada: Directora Regional de Educação de Lisboa
Assunto: Ambiente. Saúde pública. Alojamento de animais. Edifício escolar. Zona de protecção.

1. Tenho presente o teor do ofício de V.Exa., determinei o arquivamento do processo que fora organizado com base em queixa por insalubridade imputada a um curral de bovinos sito em perímetro de edifício escolar. Isto, por considerar que as diligências em curso, relatadas por V.Exa., são adequadas à solução do problema.

2. Não posso porém deixar de chamar a atenção para os antecedentes desta situação e para o facto de, algo insolitamente, jamais ter sido adoptada uma providência, apesar dos privilégios executórios de que dispõe a Administração Pública, como garantia, precisamente, da superior posição do interesse público.

3. Devo observar que entre a Câmara Municipal de Almada, a Autoridade de Saúde e a Direcção Regional de Educação jamais foi concertada uma posição que, em devido tempo, atendesse às exigências de protecção da comunidade escolar no seu bem-estar e saúde pública.

4. Para mais, e no que especialmente diz respeito à Direcção Regional de Educação, cremos que sempre importaria atender ao Decreto-Lei n.º 37.575, de 8 de Outubro de 1949, onde no art. 2º expressamente se proíbe a edificação ou qualquer construção cuja distância a um edifício escolar previsto, em execução ou já concluído, seja inferior a uma vez e meia a altura da referida construção, com um mínimo de 12 metros.

5. No art. 3º, por seu turno, incumbe-se o Ministério da Educação de embargar e demolir as obras executadas em contravenção ao citado preceito.

R-2116/00
Assessor: Manuela Barreto

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Estarreja
Assunto: Resíduos sólidos urbanos. Contentor. Localização. Insalubridade.

1. Informo V.Ex.a. de que determinei o arquivamento do processo identificado em epígrafe, considerando as medidas que vieram a ser adoptadas.

2. Observo porém que, apesar das diligências empreendidas e que decerto melhoraram as condições de salubridade, em geral, *parece subsistirem problemas com o contentor reclamado*, devidas, muito provavelmente à utilização imprudente de alguns moradores vizinhos.

3. Só assim se explicará que, apesar de recolhida a carga diariamente e de distribuídos novos contentores pelas imediações, continue o vazamento de resíduos em redor do contentor.

4. Por outro lado, e tanto quanto nos é dado perceber, o contentor em questão não se mostra devidamente apetrechado de tampa que garanta o isolamento da carga.

5. Bem se compreendendo que não possa a câmara municipal fiscalizar sistematicamente os utilizadores do contentor, pondero, no entanto, que a afixação de um aviso, enunciando as sanções a que se sujeitam os infractores, pudesse ter algum efeito dissuasor. Isto, para além da instalação de tampa própria.

6. Prevaleço-me da oportunidade para agradecer a V.Ex.a. a cooperação prestada.

R-3855/00
Assessor: Isabel Canto

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Sesimbra
Assunto: Urbanismo. Edificação. Altimetria. Erro nos pressupostos de facto.

1. Como é do conhecimento de V. Ex.a. tem vindo o Provedor de Justiça a apreciar, no que respeita ao corpo D do Empreendimento Mar da Califórnia, a conformidade do projecto de arquitectura com o determinado pelo estudo prévio EP 13/92.

2. Analisadas as peças desenhadas, recentemente facultadas por V. Ex.a., *tal qual* serviram de suporte ao determinado no art. 81º, n º 2, alínea b), do Regulamento do Plano Director Municipal de Sesimbra, observou-se que o trecho da memória descritiva onde se refere que "*a cobertura dos edifícios A e B é complanar com o arruamento superior à cota 35.30, com excepção do núcleo nascente, que possui mais um piso*

correspondente à estrutura de betão existente, e do núcleo poente, que possui mais dois pisos", não se apresentava em consonância com a representação das plantas referentes aos pisos 8, 9 e 10 no desenho - Cortes A e B, todos respeitantes ao corpo D, e todos integrando o mesmo estudo prévio EP13/92.

3. De facto, nestes desenhos, o volume do edifício D (corpo poente) já apresentava três pisos acima do referido "*arruamento superior*". Isto, porque, representando-se o nível do piso 8 à cota 35.10 e o nível do piso 10 à cota de 40.70, o volume resultante em termos de impacte da construção é o equivalente a três pisos.

4. Conclui-se, pois, que a memória descritiva do estudo prévio EP13/92, enuncia uma descrição pouco rigorosa - no que se refere à volumetria do corpo poente na sua relação com o arruamento superior - quando comparada com a representação gráfica que pretendia traduzir.

5. Analisado o projecto de arquitectura, à luz destes novos elementos, conclui-se que, em relação ao corpo D, este apresenta uma volumetria próxima da representada nos desenhos que integraram o estudo prévio EP13/92.

6. Contudo, verificou-se, por outro lado, que as cotas de soleira altimétricas dos pisos 8 a 10 são superiores, em cerca de 0.40m, no nível do piso 10, ao previsto no estudo prévio EP 13/92. Deste modo, e embora resultando em idêntico número de pisos acima da cota do arruamento superior, o projecto de arquitectura aumentou a altimetria/cércea do edifício em cerca de 0.40m.

7. Em síntese, o projecto de arquitectura respeita o estudo prévio EP 13/92 quanto ao número de pisos, mas não observa, em 0.40m, a altimetria máxima prevista.

8. Dadas as conclusões alcançadas, e embora tenha determinado o rearquivamento do presente processo – por não ter ainda sido iniciada a obra – entendi oportuno advertir V. Ex.a. para a necessidade de assegurar o cumprimento escrupuloso das cotas de implantação dos pisos, previstas no estudo prévio EP 13/92, de forma a não permitir o agravamento do impacte do volume do corpo D sobre o arruamento a norte.

R-2048/01
Assessor: Carla Vicente

Entidade visada: Câmara Municipal de Sintra /REFER, E.P.E
Assunto: Ordenamento do território. Obras públicas. Caminhos de ferro. Túnel rodoviário. Localização. Alvará de loteamento. Edificações habitacionais. Aumento do tráfego. Ruído.

A) Enunciado da reclamação

1. Foi solicitada a intervenção do Provedor de Justiça por oposição à obra de alargamento da via férrea junto à Av. dos Missionários, no Cacém, assim como à obra de construção de um túnel rodoviário na mesma via pública, com vista ao encerramento da passagem de nível rodoviária aí existente.

2. Contestava-se a localização escolhida para o túnel rodoviário, sobretudo, em razão da sua proximidade em relação aos prédios de habitação situados nos n.ºs ..... da Avenida dos Missionários, dado que, alegadamente, essa situação determinaria uma degradação da qualidade de vida (níveis de ruído excessivos e poluição atmosférica) e uma deterioração das próprias construções (por efeito da trepidação resultante da passagem dos automóveis junto às janelas das habitações).

3. Invocava-se ainda que a localização escolhida se mostraria inconveniente, porque se situaria nas imediações da Escola Secundária António Sérgio, assim como de um grupo de escolas primárias e de uma creche/jardim-de-infância.

4. Por outro lado, a queixa referia que a localização do túnel estaria prevista em terreno do domínio público, situado entre dois blocos de edifícios habitacionais, destinado, desde a construção destes imóveis, a espaço verde e/ou desportivo.

5. Em face das razões aduzidas, alegava-se que a construção do túnel rodoviário no final da Avenida dos Missionários (início da Quinta dos Lóios) e do lado oposto à Quinta da Oca, se afiguraria mais desejável, até porque, além dos menores custos sociais, contribuiria para o escoamento do tráfego para zonas carenciadas de acessos (Mira Sintra, Agualva e Cacém de Cima), descongestionando, do mesmo passo, a Baixa do Cacém.

6. Ademais, contestava-se a aprovação da obra sem prévia audição dos moradores dos imóveis confinantes.

7. Face aos prejuízos decorrentes da execução da obra, entendia-se que, para além das medidas mitigadoras dos incómodos causados, os moradores deveriam beneficiar de uma indemnização quanto aos prejuízos causados, nomeadamente materiais.

8. Assim, solicitaram a fixação de exigências mínimas para minorar todos os prejuízos e exigem o seu ressarcimento pois, em certas habitações, já teriam aparecido algumas fissuras, motivadas pelas obras em curso.

9. Da instrução do processo, fundado em tal queixa, nomeadamente pela deslocação ao local, foi possível apurar as informações que se seguem.

B) Do direito à informação

1. Segundo informado pela REFER, ocorreram várias reuniões com os moradores representantes dos condóminos, elementos das associações de pais da Escola António Sérgio e da direcção da mesma escola, nomeadamente no dia 05.07.2001, conjuntamente com a Câmara Municipal de Sintra. Nesta reunião, foram avaliados os problemas decorrentes da construção da passagem inferior e discutidas as propostas tendentes a minorar os inconvenientes causados aos moradores e alunos das escolas.

2. A realização destas reuniões foi, aliás, confirmada pelos reclamantes, nomeadamente, a realizada em 21.03.2001.

C) Do procedimento para aprovação das obras reclamadas: o alargamento da via férrea

1. O extinto Gabinete do Nó Ferroviário de Lisboa contratou, com a empresa Ferbritas, a elaboração dos estudos e projectos com vista à quadruplicação da Linha de Sintra, entre os quilómetros 14,000 e 19,200 - Troço PK 16,900 a 18,270 - e à duplicação da Linha do Oeste, incluindo a remodelação da estação do Cacém e a construção da nova estação de Meleças. As obras reclamadas inserem-se no projecto global de remodelação da estação do Cacém, que se desenvolve entre os Kms 16,7 e 18,2 (extensão de 1,5Km) sendo o custo estimado de 20 milhões de euros.

2. A quadruplicação da linha de Sintra, inserida no Programa de Remodelação da Linha de Sintra, estende-se até ao Cacém, estando já em funcionamento até à Amadora, desde Setembro de 1999. Com a remodelação da estação de Queluz/Belas e das estações de Barcarena e Cacém, a via quádrupla passará a funcionar até esta estação.

3. Uma vez que o espaço disponível, na estação do Cacém, não permitiria dotá-la de condições para permitir a reversão de comboios, foi previsto um novo terminal ferroviário em Meleças, de onde partirão os comboios da actual família Cacém.

4. No troço, objecto da reclamação, já existem três linhas: duas definitivas, por onde circulam os comboios com destino/provenientes de Sintra e uma via, com duplo sentido, destinada aos comboios da Linha do Oeste. Esta via, no futuro, constituirá a via descendente da família Cacém, proveniente de Meleças, faltando ainda construir a nova via descendente.

D) Do procedimento para aprovação das obras reclamadas: a construção do túnel rodoviário

1. Em 14.07.1999, a Câmara Municipal de Sintra aprovou, por unanimidade, o respectivo projecto.

2. A obra foi declarada de utilidade pública por despacho do Secretário de Estado dos Transportes, de 09.11.1999, e visa garantir a segurança da linha férrea em causa porquanto permitirá o encerramento de uma das duas últimas passagens de nível rodoviária da linha de Sintra.

3. Aliás, nos termos do disposto no art.º 5 do Decreto-Lei n.º 156/81, de 9 de Junho, vigente à data da aprovação da obra, sempre que o traçado de uma via pública a construir cruze com a via férrea, tal cruzamento é obrigatoriamente desnivelado.

4. Assim, visa-se construir uma alternativa à passagem de nível actualmente existente, cujo encerramento será efectuado logo que entre em funcionamento o túnel rodoviário.

5. O projecto de execução da rede viária é composto pela rectificação e beneficiação dos troços dos arruamentos existentes no local, nomeadamente da Av.ª dos Missionários e da Av.ª Cidade de Londres, respectivamente a poente e nascente da linha da CP e, por um novo arruamento, que irá assegurar a interligação das avenidas atrás indicadas. No projecto está ainda incluída a construção de obras de arte e muros.

6. O novo arruamento atravessa inferiormente a Av. Cidade de Londres, bem como a linha da CP através das passagens inferiores P.I.2 e P.I.1. A articulação do novo arruamento com as referidas avenidas e restantes arruamentos secundários é efectuada através de uma rotunda, com um raio de 20.5 m a nascente, e outra rotunda alongada a poente.

7. No que respeita à Av. dos Missionários, e dado tratar-se de uma zona de escolas, foi prevista a construção de um separador central de vias, garantindo uma maior protecção aos peões.

8. O troço que atravessa inferiormente a Av. Cidade de Londres (P.I.2) será executado em escavação, estando prevista a execução de muros de suporte para contenção de terras.

9. A decisão de localização da passagem inferior teve como base os seguintes factores:

a) de acordo com o disposto no Plano Director Municipal, o local em causa é classificado como espaço urbano;

b) o local escolhido é o único, nas proximidades da passagem de nível a eliminar, que apresenta aptidão para o efeito porquanto, as restantes hipóteses, colidem fisicamente com edifícios existentes na zona;

c) a hipótese de construir uma passagem superior após a Escola António Sérgio (Quinta da Oca-Quinta dos Lóios) foi ponderada. Contudo, apresentou-se como inconveniente por estar comprometida com uma urbanização ainda não construída (Quinta da Oca) e pelo facto de ter custos elevados devido às dificuldades de acessos, e de inserção na rede rodoviária existente, em especial do lado esquerdo da linha;

d) com efeito, a rede viária que ladeia estas duas quintas não permitiria uma adequada fluidez do trânsito devido, nomeadamente, ao estrangulamento das vias, provocada pela falta de alinhamento dos prédios ali existentes;

e) esta solução teria ainda como agravante o facto de conduzir todo o tráfego, exactamente, para a rua em frente à Escola António Sérgio e restantes escolas instaladas na zona;

f) acresce o facto da Quinta dos Lóios ser propriedade privada, pelo que a sua utilização implicaria o recurso à expropriação;

g) ademais, uma passagem inferior na Quinta da Oca não constituiria alternativa à passagem de nível dos Missionários devido ao afastamento da passagem de nível a eliminar, o que prejudicaria os seus utilizadores;

h) a construção da passagem inferior reclamada permitirá o encerramento da passagem de nível junto à Escola Ferreira Dias;

i) a obra não se encontra abrangida pelo Programa POLIS.

E) Da obrigatoriedade de realização de avaliação de impacte ambiental e do cumprimento do Regulamento Geral do Ruído

1. Face às características da obra, no que diz respeito à sua extensão (menor que 10km) e natureza (remodelação das infra-estruturas existentes), não seria exigível a realização de estudo de impacte ambiental.

2. Não obstante, a REFER, atenta ao problema ambiental e consciente dos transtornos para os moradores circundantes, implementou um Processo de Gestão Ambiental da Obra, quer para a fase de construção, quer para a fase de exploração.

3. Nesta sequência, tomou a iniciativa de realizar um estudo de incidências ambientais, tendo presente, nomeadamente o ruído, a integração paisagística e a gestão ambiental, a desenvolver em consonância com o projecto de remodelação da Estação do Cacém. Este estudo foi submetido à apreciação da Câmara Municipal de Sintra.

4. Da realização do estudo resultaram recomendações que serão implementadas na obra, quer ao nível do pavimento, quer ao nível do revestimento dos muros do novo arruamento, os quais serão constituídos por materiais absorventes e dissipadores do ruído, por forma a promover o adequado isolamento acústico. Ademais, serão colocadas barreiras acústicas no local.

5. Do referido estudo resultou, igualmente, uma proposta de acompanhamento da obra, no que respeita à emissão do ruído, através de campanhas de monitorização, durante a sua execução e, posteriormente, após a entrada em funcionamento do túnel rodoviário.

6. Nesta sequência, a REFER já realizou duas campanhas de medição do ruído. A terceira, e última medição do ruído, far-se-á na fase final da obra.

7. Tratando-se da construção de um arruamento urbano, após a sua conclusão será transferido para a gestão da câmara municipal, que, de acordo com o estudo de incidências ambientais, deverá promover o controle da emissão do ruído.

F) Ressarcimento dos prejuízos causados pela obra

1. De acordo com o disposto no art. 64.º do Regulamento da Exploração e Polícia dos Caminhos de Ferro, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 39780, de 21 de Agosto de 1954, a empresa concessionária é responsável pelas perdas e danos que causar às pessoas e à propriedade alheia, nos termos estabelecidos naquele normativo, sendo aplicáveis, supletivamente, as regras gerais da responsabilidade civil.

2. Não estando a situação, em análise, prevista expressamente naquele diploma, é necessário recorrer às regras gerais, no caso, da responsabilidade civil extracontratual, por actos lícitos.

3. A REFER informou que, como é habitual nestes casos, procedeu ao levantamento das condições do interior e do exterior das edificações adjacentes à obra, para instruir eventuais pedidos de indemnização dos interessados afectados no seu património pela obra em causa.

4. A descrição do estado de conservação do património, composta por texto, fotos e vídeo, está devidamente registada em cartório notarial, contendo a assinatura de cada morador.

5. Assim, caso sejam apresentadas reclamações, quanto ao estado das habitações, será efectuada a comparação com o seu estado ao início da execução das obras e, sendo o caso, a REFER assume a reparação dos danos verificados.

6. No que respeita à questão da desvalorização (comercial) dos imóveis confinantes com a obra, pelo facto das traseiras ficarem junto a um arruamento, o assunto foi estudado e enquadrado pelos Serviços Jurídicos da REFER, não se encontrando fundamento legal para conceder qualquer indemnização aos moradores.

7. Por um lado, e na sequência do entendimento da REFER, diga-se que a situação criada pelo novo arruamento é idêntica a tantas as outras, existentes numa cidade, onde as habitações ladeiam as ruas, com todos os inconvenientes e

vantagens resultantes desta situação. Esta opinião é, também, partilhada pela Câmara Municipal de Sintra.

8. Encontra-se, assim, afastado um dos pressupostos da responsabilidade civil extracontratual por actos lícitos, ou seja, a existência de prejuízos especiais e anormais, inviabilizando-se o seu accionamento contra a REFER.

9. Note-se que, na senda da jurisprudência dominante, por prejuízo especial entende-se aquele que não é imposto à generalidade das pessoas, mas a pessoa certa e determinada em função de uma específica posição relativa; por prejuízo anormal aquele que não é inerente aos riscos normais da vida em sociedade, suportados por todos os cidadãos, ultrapassando os limites impostos pelo dever de suportar a actividade lícita da Administração (veja-se neste sentido, e por todos, o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 10.10.2002).

10. Por outro lado, a câmara municipal informou que as reivindicações da associação de moradores têm vindo a ser satisfeitas, progressivamente, como sejam os lugares de estacionamento, equipamentos de moderação de velocidade, guardas de segurança ao longo dos passeios e paisagismo.

11. Ademais, há que ter em consideração que a obra em questão visa promover a segurança das linhas, optimizada com a construção da passagem rodoviária inferior.

12. De referir ainda que, a Câmara Municipal de Sintra, tendo verificado que os titulares do alvará de loteamento não teriam concluído as obras de urbanização previstas no alvará de loteamento reclamado – nomeadamente, o arranjo dos espaços verdes e execução de calçadas de vidraço – e que, após nova notificação, se recusaram a executá-las, deliberou, em reunião de 23.05.2001, a execução coerciva das referidas obras, por conta da caução hipotecária prestada sobre os lotes n.º 24 a 26, 36 a 54, 60 e 61, conforme previsto no art. 47.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 334/95, de 28 de Dezembro.

13. Com esta deliberação, visa-se proteger os interesses dos terceiros adquirentes dos lotes, a qualidade do meio urbano e a estética do local.

G) Ressarcimento dos prejuízos causados pela mutação dominial do terreno onde será implantada a passagem inferior

1. Os reclamantes alegam que o túnel rodoviário encontra-se a ser executado num espaço destinado a espaço verde, por força do alvará de loteamento emitido para o local.

2. Segundo informação da REFER, antes do início da obra, o local estaria completamente abandonado, conforme se poderá comprovar pelos registos fotográficos efectuados por esta empresa.

3. A propósito desta questão foi emitido um parecer jurídico, pelo Departamento Jurídico da Câmara Municipal de Sintra, onde se concluiu que não se trataria de um acto administrativo ilícito para efeitos de constituição de responsabilidade civil extracontratual.

4. Com efeito, recentemente, e após inúmeras insistências, a Câmara Municipal de Sintra informou que os terrenos, onde se localiza o túnel rodoviário, foram cedidos para o domínio público, no âmbito do alvará de loteamento n.º 63/73, para arruamentos, passeios, parques de estacionamento e zonas verdes, conforme se poderá comprovar mediante a cópia do alvará enviada.

5. Nestes termos, a execução do túnel rodoviário não constitui alteração da finalidade pública para que foram cedidos aqueles terrenos, para efeitos de reversão dos mesmos ou da constituição do direito de indemnização, a favor dos reclamantes.

6. Ademais, deve-se ter presente o despacho do Secretário de Estado dos Transportes, datado 09.11.1999, onde se declarou a utilidade pública da expropriação dos imóveis necessários à obra. Nesta declaração, incluíram-se as parcelas de terreno de domínio

público municipal reclamadas, com vista a serem afectadas à REFER.

H) Conclusões

A apreciação precedente tomou em devida conta todas as considerações expendidas pelos reclamantes, os elementos solicitados à REFER, E.P., e à Câmara Municipal de Sintra, de par com as observações colhidas em visita ao local. Tomou como parâmetro o direito aplicável e os demais padrões de justiça administrativa, aferida na margem de racionalidade e ponderação precedendo as opções tomadas, dentro da esfera de discricionariedade concedida aos órgãos da Administração Pública, para levarem a cabo as tarefas que lhes estão cometidas. Assim:

I) - A decisão de localização do túnel rodoviário reclamado foi adoptada após a avaliação de outras alternativas;

II) - A Câmara Municipal de Sintra tem vindo a satisfazer as reivindicações da associação de moradores como seja, o acréscimo de lugares de estacionamento e a colocação de guardas de segurança ao longo dos passeios;

III) - Embora não fosse exigível a realização de avaliação de impacte ambiental, a REFER implementou um Processo de Gestão Ambiental da Obra como forma de mitigar os transtornos causados pela obra, que incluiu um estudo de incidências ambientais, tendo presente, nomeadamente, o ruído, a integração paisagística da obra. Nesta sequência, estão a ser implementadas as medidas ali recomendadas;

IV) - A REFER adoptou os procedimentos adequados ao ressarcimento de eventuais prejuízos derivados da execução da obra;

V) - Contrariamente ao alegado pelos reclamantes, a obra não se encontra localizada em espaço cedido ao município de Sintra, para espaços verdes. O espaço terá sido cedido para diversas finalidades, nomeadamente para arruamento público;

VI) - Os terrenos necessários à execução da obra reclamada foram objecto de declaração de utilidade pública de expropriação;

VII) - Não se encontram reunidos os pressupostos de accionamento da responsabilidade civil extracontratual por factos lícitos, quer contra a REFER, quer contra a Câmara Municipal de Sintra, devido à ausência de prejuízos anormais e especiais atribuíveis à obra reclamada.

R-2111/01
Assessor: Carla Vicente

Entidade visada: Câmara Municipal de Vieira do Minho
Assunto: Urbanismo. Obras. Procedimento administrativo. Extravio. Reforma.

1. Como é do conhecimento de V. Exa., foi solicitada a intervenção do Provedor de Justiça relativamente à obra de construção de uma habitação que, alegadamente, terá sido executada em desconformidade com a licença, por .... e ....., no lugar do Bairro, freguesia de Rossas, Concelho de Vieira do Minho.

2. Afirmava-se na queixa que uma parte da construção se encontraria implantada no leito de um caminho público, razão pela qual não seria susceptível de legalização.

3. Foi-nos transmitido que a construção da obra reclamada terá sido titulada pelo alvará de licença n.º 18/87.

4. Tendo em consideração que o processo de licenciamento inicial se extraviara do Serviço Municipal de Obras, apenas se sabe, através de duplicado daquele alvará, existente em arquivo, que a área de construção licenciada fora de 191,00 m2. Aquele desaparecimento terá sido, atempadamente, comunicado ao Ministério Público.

5. Porque o titular daquele alvará de construção apresentou, posteriormente, projecto de licenciamento de alteração e de legalização das obras, efectuadas em desconformidade com aquele título, foi possível concluir que terão sido executadas obras ilegais.

6. O novo projecto não terá sido deferido, porquanto o título de propriedade apresentado comportava uma área manifestamente inferior à área de implantação da construção existente. Ademais, em clara desconformidade com o Plano Director Municipal, o edifício reclamado possui três pisos.

7. Mais foi informado que não terá sido ordenada a demolição das obras ilegais porquanto, o desaparecimento do processo de obra impede que se apure, com rigor, a sua verdadeira extensão.

8. Assim, e tendo presente que o obstáculo à prova da ilegalidade das obras residira no extravio do processo de licenciamento, alertou-se para a possibilidade de recurso ao processo especial de reforma de títulos, autos e livros previsto nos art.s 1069.º e seguintes do Código de Processo Civil, em especial, o art. 1073.º, aplicáveis por analogia ao procedimento administrativo.

9. Paralelamente, sugerimos a intimação do infractor para apresentar os elementos do processo extraviado que se encontrassem na sua disponibilidade, o que foi efectuado. Com a mesma finalidade, terá sido solicitada a documentação em posse da Delegação de Saúde de Vieira do Minho.

10. Contudo, foi respondido que, do confronto dos elementos desenhados apresentados, se verificou que os dados são díspares, pelo que não servem para o efeito pretendido.

11. Nesta sequência, procedeu-se à marcação de uma conferência entre o requerente do processo extraviado e o autor do projecto, por forma a obter-se a sua reforma, o que resultou inviável, dado falecimento deste e a falta de qualidade dos elementos apresentados por aquele.

12. Com vista a ultrapassar esta situação, V. Exa. informou-nos que os serviços técnicos municipais irão proceder ao estudo da situação com vista a apurar o cálculo aproximado da área de construção que ocupa o espaço público, por forma a proceder-se à demolição parcial que se impõe.

13. No entanto, faço notar que a conferência prevista no art. 1069.º, n.º 2 do Código de Processo Civil deve decorrer perante o juiz do processo de reforma de documentos, conforme o disposto no art. 1070.º e, na sequência da apresentação da petição inicial prevista no art. 1069.º, n.º 1, do mesmo diploma. Deste modo, e por forma a acautelar situações de imprecisão, actuais e futuras, na actuação municipal, aconselho, novamente, o recurso ao procedimento ali previsto.

14. Contudo, e porque o procedimento adoptado se compagina com as diligências necessárias à reintegração da legalidade urbanística, entendo que a situação se encontra suficientemente encaminhada. Assim, justifica-se, da parte deste Órgão do Estado, o arquivamento do processo, de acordo com o disposto no art.º 31.º, alínea c) da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril (Estatuto do Provedor de Justiça).

15. Admito reabrir a instrução do processo na hipótese de a câmara municipal retroceder injustificadamente ou de não concretizar, em tempo razoável, a orientação preconizada.

R-6400/01
Assessor: José Luís Cunha

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Palmela
Assunto: Urbanismo. Loteamento. Propriedade horizontal

1. Venho por este meio comunicar a V.Ex.a que, apreciado o teor do ofício, assim como os demais elementos recolhidos no âmbito da instrução do presente processo, determinei o arquivamento do mesmo.

2. Cumpre-me, todavia, chamar a atenção de V.Ex.a, ao abrigo do disposto no art. 33º do Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, a respeito do seguinte:

3. Na apreciação do presente processo de reclamação, suscitaram-se dúvidas sobre o cumprimento, por parte da Câmara Municipal de Palmela, do dever de tutela da legalidade urbanística, em especial, no que respeita às seguintes questões:

a) A existência, ou não, de uma operação de loteamento clandestina e, consequentemente, da necessidade da respectiva legalização e eventualmente, de reconversão;

b) A existência, ou não, de obras executadas clandestinamente, nomeadamente, em incumprimento da licença de construção do edifício (a licença de obras n.º 575/69, de 24.07.69) e, consequentemente, da respectiva necessidade de legalização.

4. Quanto à operação de loteamento, observa-se que, em 29 de Abril de 1970, data em que foi efectuada a divisão em parcelas de que viria a resultar o referido lote 9, o art. 1º do Decreto-Lei n.º 46.673, de 29 de Novembro de 1965, dispunha o seguinte:

«Entende-se por loteamento urbano, para os efeitos deste diploma, a operação ou o resultado da operação que tenha por objecto ou tenha tido por efeito a divisão em lotes de um ou vários prédios fundiários, situados em zonas urbanas ou rurais, para venda ou locação simultânea ou sucessiva, e destinados à construção de habitação ou de estabelecimentos comerciais ou industriais.»

5. Assim, a divisão que deu origem ao prédio reclamado deveria ter sido previamente submetida a licenciamento municipal, nos termos do disposto no art. 2º, do Decreto-Lei n.º 46.673, sendo que este diploma se aplicava aos loteamentos aprovados anteriormente à sua entrada em vigor que não se integrassem em plano ou anteplano de urbanização ou que não tivesse sido autorizados pelas câmaras municipais, no que

respeitasse aos lotes em que ainda não tivesse havido lugar a obras de edificação (art. 18º).

6. Não tendo tal sucedido, a área loteada pode ser considerada como área urbana de génese ilegal, nos termos do disposto no art. 1º, n.º 2, da Lei n.º 61/95, de 2 de Setembro, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 165/99, de 14 de Setembro, devendo, por isso, ser submetida ao procedimento de reconversão previsto nesse diploma.

7. Por outro lado, no que respeita ao edifício construído no lote 9, não parece admissível que se tolere, não apenas a divergência entre a construção existente e a licenciada como, sobretudo, a permanência, durante décadas, de um edifício sem licença de utilização.

8. Tal situação, para além de poder constituir uma grave lesão dos interesses públicos da legalidade e da salubridade e segurança das habitações, representa igualmente um prejuízo para os proprietários dessas fracções, que assim se vêem impedidos de fruir, na plenitude, os direitos a elas inerentes (pense-se, nomeadamente, nos diversos negócios jurídicos relativos a bens imóveis em que, por lei ou pela prática comercial, é exigida a licença de utilização).

9. Por fim, observa-se que a situação reclamada se terá desenvolvido, em grande medida, ao abrigo da omissão de fiscalização de operações urbanísticas efectuadas clandestinamente (o loteamento de 1970 e o incumprimento da licença de construção n.º 575/69), da omissão de medidas de reposição da legalidade (que poderiam, eventualmente, implicar a legalização das alterações efectuadas) e, finalmente, da emissão de decisões e de certificações incompatíveis entre si, nomeadamente, no que respeita à desistência do licenciamento das alterações requeridas no âmbito do processo n.º 110/74 e à existência de duas versões distintas do mesmo auto de vistoria para constituição em propriedade horizontal.

10. Aliás, o referido no ponto 3 do ofício de V.Ex.a, acima referenciado, parece traduzir ainda uma atitude de algum

alheamento, por parte da Câmara municipal, a respeito deste assunto.

11. Contudo, importa ter presente que a regularização urbanística desta situação não depende da iniciativa dos proprietários mas, pelo contrário, exclusivamente, do exercício, por parte da câmara municipal, dos deveres a que se encontra adstrita, neste domínio, nomeadamente:

a) O de delimitar a AUGI, para efeitos de instauração do procedimento de reconversão do loteamento efectuado clandestinamente, aplicando, nos termos do disposto no art. 1º, n.º 4, da Lei n.º 91/95, na redacção introduzida pela Lei n.º 165/99, de 14 de Setembro;

b) E o de assegurar a legalização da construção existente no lote 9, seja no âmbito da reconversão da AUGI (v. art. 7º da Lei n.º 91/95), seja, na sua falta, nos termos do disposto no art. 106º do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, com a redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4 de Junho.

12. É, portanto, no sentido de se ponderar a regularização da situação urbanística acima exposta e de, no que respeita à actuação dos serviços da Câmara Municipal de Palmela, se promover maior diligência na gestão dos procedimentos de gestão urbanística, assegurando a prossecução do interesse público num quadro de respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares, que dirijo a V. Ex.a a presente chamada de atenção.

13. Cumpre-me, por fim, agradecer a V. Ex.a a colaboração dispensada durante a instrução do presente processo de reclamação.

R-489/02
Assessor: Carla Vicente

Entidade Visada: Câmara Municipal de Fafe
Assunto: Urbanismo. Operações urbanísticas. Legitimidade do requerente. Controlo administrativo. Preterição. Vício.

Como é do conhecimento de V. Exa., foi solicitada a intervenção do Provedor de Justiça, devido a alegadas irregularidades no licenciamento de obra de construção, executada no local referido (...).

1. Referia a queixa que fora autorizada a abertura de um acesso viário, junto ao Restaurante .... (R), que não fora solicitado pelo requerente do licenciamento, e que incidia, parcialmente, sobre uma parcela de terreno cuja propriedade pertenceria ao reclamante.

2. Era ainda referido na queixa que, a abertura deste acesso viário havia permitido a inutilização de um caminho (A2), alegadamente público, com a consequente apropriação dessa parcela de terreno por ...., requerente daquele licenciamento. Esta apropriação teria sido efectuada com a complacência de um projectista que havia falseado uma peça desenhada do projecto de licenciamento.

3. Foi informado por V. Exa. que, inicialmente, havia sido requerido, ao abrigo do processo n.º 1032/PC/00, a abertura de um acesso viário, num muro de vedação confinante com a via pública (A1), o que foi deferido e, consequentemente, emitido o alvará de construção n.º .../2001.

4. No decurso da execução daquela obra verificou-se que havia sido construído, ilegalmente, um muro de vedação, motivo pelo qual foi instaurado um processo de contra-ordenação.

5. Entretanto, o infractor solicitou a legalização do referido muro de vedação, a qual veio a ser titulada pelo alvará de construção n.º .../01.

6. Quanto à alegada falsificação da planta apresentada pelo projectista, V. Exa. informou que o tracejado junto do caminho municipal, tecnicamente, corresponde ao limite do terreno ou limite da via, não se destinando a omitir, deliberadamente, qualquer facto.

7. Foi ainda informado que o requerente do licenciamento não se apropriou, ilegitimamente, de parte do caminho (A2) que confina com o acesso ao Restaurante ... (R) porquanto não se trata de um caminho público. Com efeito, é considerado que este acesso corresponde ao logradouro e estacionamento dos prédios identificados com as letras H4 e R. Sob este caminho, haveria direito de passagem do proprietário do prédio H5 e do proprietário da bouça encravada (BE).

8. Já o mesmo não se passa com o outro caminho (A1), que é considerado público, porquanto resultou de uma operação urbanística cuja condição de licenciamento fora, precisamente, a sua construção e respectiva pavimentação.

9. Pondero que a origem da queixa efectuada pelo reclamante reside, precisamente, na diferente qualificação dominial dos acessos viários (A1) e (A2).

10. Quanto a este aspecto, tem-se presente que, entre a data de construção dos imóveis H1, H2, H3 e H4 (1982-1983) e a data da construção dos imóveis H5 e de R (1987-1992), ocorreram alterações legislativas que poderão explicar o diferente tratamento dado àqueles acessos viários.

11. Ainda que tivesse ocorrido alguma irregularidade, aquando do licenciamento daqueles imóveis, qualquer reparo a efectuar à essa câmara municipal seria extemporâneo, dado o lapso de tempo entretanto decorrido.

12. Quanto à alegada ocupação, pela obra ilegal, de uma parcela de terreno, propriedade do reclamante, tem-se presente que, no âmbito dos procedimentos tendentes ao licenciamento de

obras, compete, às câmaras municipais, unicamente apreciar o cumprimento das normas de Direito Administrativo que visam a salvaguarda de interesses públicos como a salubridade, estética e segurança das edificações, garantindo, ainda, a regularidade formal dos pedidos, designadamente, a legitimidade do requerente.

13. Nestes termos, a Câmara Municipal de Fafe, deveria ter verificado se o requerente havia invocado, no seu pedido, a qualidade de titular do direito de propriedade sobre o prédio onde iria ser implantada a obra e se havia apresentado documento comprovativo desse direito (cfr. art. 14.º do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, e art. 2.º, n.º 1, alínea b), da Portaria n.º 1115-B/94, de 15 de Dezembro, aplicável por força do n.º 2 do mesmo preceito legal).

14. Não o tendo feito, porque, segundo alegado, constituía procedimento corrente, em processos simplificados, a não exigência deste documento, a Câmara Municipal de Fafe desrespeitou o preceituado naqueles diplomas, razão pela qual não posso deixar de registar este facto e advertir para a necessidade desta situação não se repetir.

15. Contudo, a jurisprudência tem entendido que as licenças de obras relativas a terrenos de que o requerente não é proprietário, mas baseadas na convicção de que o seria, constituem actos que, embora constitutivos de direitos para o seu beneficiário, foram praticados com erro sobre os pressupostos, o que determina a sua anulabilidade, nos termos do disposto no art. 135.º, do Código de Procedimento Administrativo (cfr. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 26.02.1998, *in* Acórdãos Doutrinais do Supremo Tribunal Administrativo n.º 444, pp. 1541 a 1550).

16. Desta forma, os referidos actos de licenciamento de obras poderiam ter sido objecto de impugnação judicial, ou de revogação pela câmara municipal, com fundamento na sua invalidade e dentro do prazo previsto para o respectivo recurso

contencioso, ao abrigo da norma prevista no art. 141º do Código de Procedimento Administrativo.

17. Verifico, no entanto, que, atenta a data do licenciamento daquela obra - 14.12.2000 - o prazo para a sua impugnação ou revogação já se encontra ultrapassado, o que já sucedia aquando da queixa apresentada junto deste Órgão do Estado.

18. No entanto, cumpre esclarecer que, em termos jurídicos, o direito de propriedade invocado pelo reclamante, em nada foi prejudicado por aquele licenciamento.

19. Com efeito, os tribunais têm entendido que a licença de obras atribuída a quem não é proprietário do terreno, é ineficaz em relação ao verdadeiro proprietário, razão pela qual este se pode opor ao exercício daquela autorização, mediante o uso de meios cíveis disponíveis, perante os tribunais judiciais (cfr. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, supra referido).

20. Nesta conformidade, considerando que a tutela do direito de propriedade do reclamante só pode ser obtida junto dos tribunais judiciais, e tendo presente o acima exposto, determinei o arquivamento do processo.

R-1152/02
Assessor: Isabel Canto

Entidade visada: Ministro da Administração Interna. Governador Civil de Leiria

Assunto: Medidas de polícia administrativa. Urgência. Governador civil. Competência. Ratificação. Institutos públicos.

1. Tenho a honra de me dirigir a Vossa Excelência, Senhor Ministro, pedindo-lhe atenção para um aspecto pouco claro que

observei recentemente no Estatuto dos Governadores Civis e que julgo poder merecer ponderação do legislador.

2. Com efeito, foi requerida a minha intervenção junto do Senhor Governador Civil do Distrito de Leiria, sobre despacho que proferiu, em 21.02.2002, determinando o encerramento de uma unidade desportiva, em cuja piscina coberta tivera lugar um acidente grave com uma criança.

3. Este despacho foi regularmente precedido de averiguações e destas se concluiu que o estabelecimento, explorado por uma sociedade comercial, não deixava margem para dúvidas quanto à inexistência de condições de higiene e segurança.

4. De lege ferenda parece bastante razoável esta actuação, impedindo o estabelecimento de manter as suas portas abertas ao público antes de reunir as condições de higiene e segurança próprias, como também sustando na comunidade o alarme social, criado com estas situações, e devolvendo-lhe com prontidão o sentimento colectivo de confiança na pronta intervenção dos órgãos de polícia administrativa.

5. Contudo, é paradoxalmente laboriosa a tarefa interpretativa de encontrar base suficiente para habilitar intervenções deste género por parte dos governadores civis, revelando-se extremamente duvidosa a sua competência.

6. Com efeito, no Decreto-Lei n.º 385/99, de 28 de Setembro (regime da responsabilidade técnica por instalações desportivas abertas ao público), prevê-se o encerramento de instalações desportivas, mas apenas quando verificada a falta de um responsável técnico (art. 22º, n.º 1, alínea b)), e sempre a título de sanção acessória – o que pressupõe um prévio processo contra-ordenacional – e, de qualquer modo, trata-se de competência do presidente do Instituto do Desporto de Portugal, apenas cumprindo ao governador civil assegurar o cumprimento desta decisão (art. 26º).

7. Por seu turno, no Decreto-Lei n.º 317/97, de 25 de Novembro (instalação e funcionamento das instalações

desportivas de uso público) é admitida, no art. 20º, n.º 1, a suspensão das actividades "*quando ocorram situações excepcionais ou que pela sua gravidade possam pôr em risco a segurança ou a incolumidade dos utentes, ou quando existam situações de grave risco para a saúde pública, bem como em caso de acidente* (...)". Contudo, também a competência para decretar esta medida de polícia é da exclusiva competência do presidente do Instituto do Desporto de Portugal (art. 20º, n.º 2). Já o encerramento e a interdição de actividades desportivas, a título de sanção acessória, por infracção contra-ordenacional (art. 22º, n.º 1), é da competência do membro do Governo com a tutela (art. 24º, n.º 2).

8. Como tal, à partida, não parece que disponham os governadores civis de poderes para decretar o encerramento deste tipo de instalações, mesmo em casos de excepção.

9. Ora, estes órgãos do Estado, apesar do papel transitório que constitucionalmente lhes é reservado (art. 291º), representam um fenómeno ímpar de desconcentração, na medida em que se repartem pelos 18 distritos do território continental.

10. E não se julgue que esta problemática se cinge às instalações desportivas de uso público nem tão-pouco ao Instituto do Desporto de Portugal. Este viria até, muito recentemente, a ser dotado de delegações distritais (art. 20º, do Decreto-Lei n.º 96/2003, de 7 de Maio, que aprovou o novo estatuto orgânico), embora sem previsão de poderes de polícia administrativa próprios dos seus dirigentes, equiparados a chefes de divisão (art. 20º, n.º 3).

11. Mas são raros os institutos públicos que disponham de estruturas orgânicas desconcentradas ao nível distrital e dotados de poderes que lhes permitam intervir prontamente em situações como a que vem relatada.

12. O instituto público e algumas realidades institucionais afins desempenham hoje na Administração Pública importantes tarefas de polícia administrativa, nos mais variados sectores da sociedade e da economia. Exercem poderes de autoridade que tradicionalmente estavam a cargo da Administração Directa e

sobre os seus actos ou omissões muito pouco pode o Governo dispor.

13. Alguns institutos públicos, como sucede na área do Ministério da Economia, do Ministério da Agricultura, do Desenvolvimento Rural e das Pescas ou do Ministério das Cidades, Ordenamento do Território e Ambiente, actuam através das direcções regionais dos ministérios em cuja orgânica se integram. Ainda assim, correspondem, por regra, apenas às cinco regiões-plano: Algarve, Alentejo, Centro, Lisboa /Vale do Tejo e Norte. Muitos outros, todavia, não dispõem de quaisquer estruturas operativas desconcentradas.

14. Esta transformação na configuração institucional da Administração Pública teve, porém, impactes no quadro das relações jurídicas inter-administrativas que, por vezes, só paulatinamente se vão descortinando.

15. Poder-se-ia julgar que o governador civil, enquanto representante do Governo na área do distrito (art. 2º, do Estatuto dos Governadores Civis, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 252/92, de 19 de Novembro) gozaria de uma competência genérica.

16. De resto, os governadores civis dispõem do poder de, no âmbito das funções de segurança e de polícia, "*aplicar as medidas de polícia e as sanções contra-ordenacionais previstas na lei* " (art. 4º-D, n.º 3).

17. Além do mais, o governador civil pode substituir-se - em circunstâncias excepcionais e urgentes de interesse público – ao órgão competente na adopção de todas as providências indispensáveis, conquanto deva posteriormente solicitar-lhe a ratificação (art. 8º).

18. O problema está precisamente na substituição de órgãos – como os presidentes dos institutos públicos – que por integrarem pessoas colectivas públicas distintas do Estado, não podem ratificar os actos dos governadores civis.

19. E isto, simplesmente, porque os actos do governador civil – órgão do Estado – ao substituir-se em estado de urgência aos órgãos de outras pessoas colectivas públicas, serão nulos, por

invasão de atribuições alheias (art. 133º, n.º 2, alínea b), do Código do Procedimento Administrativo). E nulos que são, jamais podem ser ratificados, como expressamente se dispõe no art. 137º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo.

20. Quer isto dizer que o poder de substituição urgente confiado ao governador civil, apesar das aludidas circunstâncias excepcionais que o habilitam e apesar da indispensabilidade das providências que adopte enquanto tal, está cingido à Administração Directa.

21. Em relação à Administração Indirecta, muito embora se trate ainda de prosseguir atribuições estaduais – apenas por razões funcionais devolvidas a outras entidades distintas do Estado – não é certo que possa o governador civil validamente adoptar providências de excepção.

22. Ora, este fenómeno pode verificar-se nos mais variados domínios da actividade administrativa: conservação da natureza (Instituto da Conservação da Natureza, com atribuições para além dos parques e reservas naturais), protecção do património arquitectónico (Instituto Português do Património Arquitectónico), protecção do património arqueológico (Instituto Português de Arqueologia), protecção às obras de fomento hidro-agrícola (Instituto de Desenvolvimento Rural e Hidráulica), entre outros.

23. Perante a necessidade de o governador civil se substituir, em circunstâncias excepcionais, a um órgão da Administração Indirecta, nomeadamente ao presidente de um instituto público, sem uma expressa habilitação legal, de nada servirá propor-lhe a ratificação do acto. Esta mesma ratificação, como se viu será sempre inválida.

24. É que não se trata, como poderia parecer, da prática de actos administrativos em estado de necessidade, admitida no art. 3º, n.º 2, do Código do Procedimento Administrativo, como causa justificativa da preterição de normas de competência e de atribuições.

25. Ali exige-se a indispensabilidade do meio – que os mesmos resultados não pudessem ser alcançados de outro modo – o que, não raro, apesar de circunstâncias imperiosas o poderem reclamar, dificilmente se poderá provar, já que não seria objectivamente impossível a actuação do presidente de um instituto público. Por outro lado, a figura do estado de necessidade pressupõe um perigo actual, não se bastando com um risco iminente (v. art. 339º, n.º 1, do Código Civil, art. 34º, do Código Penal).

26. De nada adiantará tão-pouco requerer a intervenção do membro do Governo com poderes de tutela e superintendência sobre o instituto público em causa, já que nem a tutela nem a superintendência compreendem poderes de substituição (art. 177º, n.º 4, do Código do Procedimento Administrativo). De resto, os poderes tutelares não se presumem, confiando-se pois às expressas estipulações legais.

27. No caso concreto, que muito sucintamente comecei por expor a Vossa Excelência – do encerramento urgente de um ginásio pelo Senhor Governador Civil de Leiria – julguei adequada a invocação de dois preceitos do Estatuto dos Governadores Civis, de modo a justificar a referida intervenção (o art. 4º-D, n.º 3, alínea c), e o art. 8º). Mas receio bem, Senhor Ministro, que se mostre demasiado frágil esta interpretação, num domínio – como o da polícia administrativa – onde deverão ser particularmente claras as disposições legais.

28. Tendo presente que ao Provedor de Justiça cumpre assinalar as deficiências que encontrar na legislação (art. 20º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril), ponderei mostrar-se avisado levar ao conhecimento de Vossa Excelência esta reflexão, sugerindo a alteração ao disposto no art. 8º, do Estatuto dos Governadores Civis, que permita estender a adopção de providências em circunstâncias excepcionais e urgentes de interesse público, pelos governadores civis, a órgãos da Administração Indirecta do Estado, sem embargo da sua ulterior ratificação por parte do órgão competente.

29. Encontrando-se em preparação, como dão conta os meios de comunicação social, uma iniciativa legislativa atinente ao regime geral dos institutos públicos, não creio que se mostrasse menos conveniente optar pela previsão, nesta sede, do referido tipo de intervenções substitutivas na adopção de medidas de polícia urgentes.

R-2199/02
Assessor: Miguel Feldmann

Entidade visada: Directora Municipal das Actividades Económicas. Câmara Municipal de Lisboa
Assunto: Ambiente. Ruído. Estabelecimentos de restauração e bebidas. Cessação da utilização. Despejo administrativo.

1. Encontrando-se encerrado voluntariamente o estabelecimento de restauração reclamado e instaurados os processos contra-ordenacionais referidos por V.Ex.a., determinei o arquivamento do processo organizado sobre queixa relativa à incomodidade imputada ao estabelecimento.

2. Observo porém que jamais foi determinada a cessação da utilização, por parte das autoridades municipais, muito embora seja reconhecido que o uso concedido ao local pelos seus ocupantes preenche a previsão do art. 109º, n.º 1, do Regime Jurídico da Edificação e da Urbanização.

3. De resto, a circunstância de o estabelecimento se apresentar encerrado ao público, em geral, não significa que tenha cessado a sua utilização indevida, nomeadamente para a confecção de refeições destinadas ao consumo fora do estabelecimento. Ora, tão-pouco esta utilização parece revelar-se consentânea com o uso previsto para o local.

4. Como tal, a ordem municipal para cessar a utilização indevida sempre traduziria uma definição do direito aplicável ao

caso concreto, legitimando a desocupação coerciva que pudesse ulteriormente a justificar-se, nos termos do art. 92º, por remissão do disposto no art. 109º, n.º 2.

5. Quando opõe V.Ex.a. não ter o Senhor Presidente da Câmara Municipal determinado a cessação da utilização, como razão para não ter sido executado o despejo, sempre poderia perguntar-se, pois, se o não fez por não lhe ter sido proposta a adopção de tal providência ou se, pelo contrário, não a adoptou por ter recusado aprovar uma tal iniciativa.

6. Para mais, nada parece obstar a que a intimação municipal para cessar a utilização seja acompanhada de notificação para o despejo sumário a executar na hipótese de o primeiro acto não ser cumprido voluntariamente pelos ocupantes. Isto, no pressuposto de o poder de decretar o despejo se encontrar delegado pela Câmara Municipal no mesmo órgão que ordena a cessação da utilização.

7. O que, na verdade, urge, como admitirá V.Ex.a., é que a legalidade seja reposta no mais breve trecho e com tal reposição sejam reintegrados os interesses públicos lesados e os consequentes interesses legítimos dos particulares.

8. Permito-me pois solicitar a V.Ex.a. que se mantenha o local sob vigilância dos serviços de fiscalização, a fim de dissipar quaisquer utilizações abusivas do local e obstar a maiores incómodos para os moradores vizinhos.

R-2694/02
Assessor: José Luís Cunha

Entidade visada: Vereador do Urbanismo. Câmara Municipal de Alocobaça

Assunto: Urbanismo. Edificação. Projecto de arquitectura. Observância. Varandas.

1. Analisado o teor das informações prestadas por V.Ex.a. a quanto fora solicitado pela Provedoria de Justiça, concluímos pelo arquivamento do processo.

2. E, no essencial, por se confirmar dos elementos prestados que o conflito que opõe o reclamante ao dono da obra no prédio vizinho é eminentemente particular e, como tal, alheio, no essencial, às atribuições municipais. Isto mesmo foi transmitido ao reclamante.

3. Não posso deixar de observar, no entanto, que foi verificado pela fiscalização não ter sido o projecto de arquitectura inteiramente respeitado, na medida em que se previa o fecho lateral das varandas.

4. Admito que o fecho das varandas possa contribuir para a resolução do conflito que, neste estrito ponto, assume natureza municipal. Se este ponto foi previsto no projecto e se a câmara municipal o aprovou assim, algum motivo legítimo o determinou.

5. Ora, a rigorosa observância do projecto de arquitectura, na medida em que sirva directamente para proteger direitos ou interesses legítimos de terceiros, parece-me atendível e justificativa da intervenção da câmara municipal.

6. Prevalecendo-me da oportunidade para agradecer a colaboração dispensada, resta-me sugerir a V.Ex.a. que pondere a intimação do dono da obra reclamada, no sentido de mandar fechar lateralmente as varandas sem o que não cumprirá integralmente o projecto de arquitectura.

R-3110/02
Assessor: José Luís Cunha

Entidade visada: Câmara Municipal de Alcobaça
Assunto: Urbanismo. Obras particulares. Legalização. Infracção. Ilícito de mera ordenação social.

1. Com base nas últimas informações prestadas por V.Ex.a., determinei o arquivamento do respectivo processo, considerando adequada – e, de momento, suficiente - a intimação ao proprietário para remover o depósito de combustível instalado em infracção ao regulamento do plano director municipal.

2. Todavia, observo que na resposta prestada através do ofício de 15.05.2003, sustentara V.Ex.a. que a edificação reclamada, por se mostrar susceptível de legalização, não dera lugar à adopção de providências sancionatórias.

3. Devo, pois, chamar a atenção de V.Ex.a. para o facto de no disposto pelo art. 98º, n.º 1, alínea a), do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação, ser prevista a mera actividade de execução de operações urbanísticas sem licença municipal, independentemente do resultado. Ainda que uma obra possa em tudo satisfazer aos requisitos legais e regulamentares pertinentes deve o seu responsável requerer a licença ou autorização da câmara municipal.

4. O facto de a obra se ajustar, em tudo, à disciplina urbanística própria apenas pode justificar a aplicação de coima pelo valor mínimo, mas não pode nem deve deixar de ser instaurado o procedimento contra-ordenacional adequado, a bem da legalidade administrativa e da igualdade que o seu cumprimento postula.

5. Prevaleço-me da oportunidade para agradecer a cooperação dispensada à Provedoria de Justiça.

R-3341/02
Assessor: José Cunha

Entidade visada: Vice-Presidente da Câmara Municipal de Torres Vedras

Assunto: Urbanismo. Edificação. Licenciamento. Projectos das especialidades. Isolamento acústico. Termo de responsabilidade. Dever de fiscalização municipal.

1. Através do oficio ..., V. Ex.a vem dar conta de ter sido solicitado ao requerente do licenciamento do estabelecimento reclamado que apresentasse autorização do condomínio do edifício em questão e o parecer do centro de saúde, informando-se, igualmente, que a certificação do cumprimento do Regulamento Geral do Ruído (art. 5º, n.º 10, do Decreto-Lei n.º 292/2000, de 14 de Novembro) será exigida antes da emissão da licença de utilização.

2. A actuação anunciada permite perspectivar a resolução do problema que deu origem à organização do presente processo de reclamação, caso aqueles elementos venham a ser apresentados, caso deles decorra o cumprimento das normas legais e regulamentares aplicáveis e, ainda, na condição de o estabelecimento vir a funcionar de acordo com a respectiva licença de utilização.

3. Com efeito, o facto de os projectos das especialidades serem acompanhados de termo de responsabilidade sem reservas não dispensa a fiscalização, por parte da câmara municipal, da legalidade do funcionamento do estabelecimento.

4. No pressuposto de que a câmara municipal continuará – no âmbito do procedimento de licenciamento e, se tal se justificar, após o início da laboração – a fazer cumprir as normas legais e regulamentares aplicáveis ao estabelecimento reclamado, comunico a V. Ex.a ter determinado o arquivamento do presente processo, ao abrigo do disposto no art. 31º, alínea c), do Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril.

5. Por último, cumpre-me agradecer a V. Ex.a a colaboração prestada pela Câmara Municipal de Torres Vedras na instrução do presente processo de reclamação.

R-3374/02
Assessor: Maria Ravara

Entidade visada: Câmara Municipal de Torres Vedras
Assunto: Urbanismo. Utilização. Oficina de reparação de veículos. Incomodidade. Ruído.

1. Concluída a instrução do processo organizado sobre queixa relativa à situação abreviadamente descrita em epígrafe, determinei o seu arquivamento por considerar terem sido adoptadas as pertinentes medidas no plano da reposição da legalidade, agradecendo a colaboração que nos foi prestada neste caso.

2. Ao ser verificada a utilização incompatível com a finalidade estipulada para uso do local, seria intimado o infractor para providenciar pela regularização da actividade, o que passará por cumprir as prescrições sobre a localização e sobre incomodidade para terceiros.

3. Não posso, porém, deixar de advertir para a eventualidade de o assunto vir a ser reapreciado, caso subsista a situação de incomodidade ambiental, sem que sejam adoptadas providências adequadas.

4. Com efeito, apesar das medidas se mostrarem adequadas, podem não ser suficientes, caso o infractor não venha a satisfazer voluntariamente os requisitos legais e regulamentares da laboração, nomeadamente, previstos no Decreto-Lei n.º 370/99, de 18 de Setembro, e nos instrumentos de planeamento urbanístico.

R-3374/02
Assessor: Maria Ravara

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal do Barreiro

Assunto: Ambiente. Ruído. Estabelecimento de bebidas. Licenciamento da utilização. Certificação acústica. Preterição. Nulidade.

Ao reclamante:

1. Informo V.Ex.a. ter determinado o arquivamento do processo com as referências assinaladas em epígrafe, na sequência da anterior comunicação, onde se dava conta de terem sido previstas medidas adequadas.

2. Não excluo todavia a reabertura da instrução, na eventualidade de a execução das medidas vir a revelar-se excessivamente morosa ou de a questão controvertida vir a conhecer injustificadas alterações.

3. Assim, entendi dever chamar a atenção de V.Ex.a. para quanto se dispõe no artigo 5º do Regime Legal sobre a Poluição Sonora, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 292/2000, de 14 de Novembro, quando ali se comina com a nulidade o acto de licenciamento praticado em preterição das formalidades enunciadas. Para maiores desenvolvimentos faço juntar parecer da Assessoria, como anexo.

Ao órgão visado:

1. Foi pedida a intervenção deste Órgão do Estado junto da Câmara Municipal do Barreiro com vista à adopção das pertinentes medidas a respeito do funcionamento ruidoso de um estabelecimento de bebidas em zona habitacional.

2. Recebida a queixa, iniciámos diligências junto da entidade visada, com o propósito de conhecer, em suma, da regularidade do uso e da procedência dos incómodos que lhe foram imputados.

3. No limite, foi a Câmara Municipal do Barreiro inquirida acerca da disponibilidade para adoptar providências para reintegração do interesse público lesado.

4. Veio a ser apurado que fora concedido o licenciamento da utilização reclamada, sem que, todavia, fosse a prática daquele

acto precedido, como se imporia, da certificação do cumprimento dos requisitos legalmente fixados ao exercício de actividades ruidosas (cfr.art. 5º do Regime Legal sobre a Poluição Sonora, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 292/2000, de 14 de Novembro). Por outro lado, as medições acústicas subsequentemente efectuadas para aferir da procedência do prejuízo para a tranquilidade pública, lograram apurar valores não regulamentares.

5. Tendo o queixoso oposto que a incomodidade sofrera agravamento, por não se mostrarem respeitadas as medidas preconizadas pelos técnicos acústicos, nem tão pouco, observado o limite horário fixado, dirigimo-nos, de novo, ao executivo municipal, visando persuadir a uma actuação conforme com a reposição da legalidade.

6. Por fim, por via de comunicação de 06.11.2002, foi informado que o proprietário fora intimado a rever as condições de insonorização do estabelecimento no termo de dez dias, sob pena de ser decretado o seu encerramento.

7. É sobre o teor desta última comunicação que faço incidir a minha apreciação.

8. Na verdade, o desrespeito do preceito que faz depender o licenciamento da utilização da prévia verificação dos requisitos acústicos, determina a nulidade do acto administrativo (cfr.art. 5º, n.º 12 do citado regulamento).

9. O teor do relato dos ensaios acústicos supra referidos induz-me a concluir que, mercê das particulares características do edifício, eventuais trabalhos de isolamento não lograrão alcançar o efeito de mitigar a incomodidade para níveis toleráveis.

10. Com efeito, declaram os técnicos responsáveis. "Considerando as características do edifício (soalho de madeira), não nos parece que qualquer isolamento adicional ao existente melhore a situação de incomodidade detectada. Assim, considerando que a incomodidade se faz sentir num período para o qual o estabelecimento não tem horário, julgamos que a solução passaria por uma fiscalização do cumprimento do horário que lhe está atribuído (12.00-24.00 horas)". Como medida complementar,

preconizam a realização de trabalhos para debelação do ruído e vibrações adveniente do funcionamento dos aparelhos ventiladores.

11. Ora, o alegado incumprimento dos limites horários não foi contraditado pela câmara municipal que anteriormente nos dera conta de ter sido instaurado procedimento sancionatório, por infracção ao art. 6º, n.º 3 do Regulamento Municipal dos Períodos de Abertura e Encerramento dos Estabelecimentos de Venda ao Público e de Prestação de Serviços (v. of. de 21.12.2001).

12. Na sequência de contacto telefónico que, nesta data, promovi junto da Câmara Municipal de Barreiro, apurei que o proprietário do estabelecimento terá sido notificado no dia 15 de Novembro p.p. do teor do relato das medições acústicas e do despacho do Senhor Presidente da Câmara Municipal que sobre ele incidiu. Isto porquanto se apurou que o anterior executivo camarário não comunicara ao infractor o conteúdo do citado relatório nem concedera sequência ao assunto.

13. Tendo invocado a nulidade do licenciamento da utilização, foi-me retorquido pelo Adjunto do Senhor Vereador do Pelouro (Senhor Arquitecto Nuno Baptista), que é intenção deste decretar o encerramento do estabelecimento, encontrando-se em ponderação a realização de novos ensaios acústicos para caracterização da situação actual.

14. Em 22.01.2003 dirigimo-nos ao reclamante, solicitando que nos inteirasse da evolução que a situação registara. Este, porém, nada nos informou, o que nos induz a presumir que o assunto se encontra bem encaminhado.

15. Em face do exposto, julgo terem sido adoptados procedimentos idóneos, na perspectiva da reintegração do interesse público ambiental, pelo que proponho o arquivamento deste processo.

R-4004/02
Assessor: José Luís Cunha

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal do Montijo
Assunto: Urbanismo. Edificações. Salubridade. Obras de beneficiação.

1. O presente processo de reclamação tem por base uma queixa contra a omissão da Câmara Municipal do Montijo em ordenar, ao proprietário da fracção acima identificada, a execução dos trabalhos necessários para a cessação das infiltrações e para reposição das condições de salubridade do imóvel acima identificado.

2. Apreciado o teor do ofício constata-se que, não tendo sido voluntariamente cumprida a intimação feita ao proprietário da fracção reclamada, a câmara municipal ter-se-á limitado a instaurar procedimento contra-ordenacional, abstendo-se, portanto, de proceder à execução coerciva da intimação, nos termos do disposto no art. 91º do Regime Jurídico da Edificação e da Urbanização (Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, com a redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4 de Junho - RJUE).

3. A câmara municipal afirma ter procedido em conformidade com a lei, entendendo que, por se tratar de obras de interesse particular, o assunto deverá ser resolvido em tribunal.

4. Contudo, atento o disposto no art. 91º RJUE, as câmaras municipais podem e devem assegurar, através da execução coerciva, a protecção dos valores da segurança e da salubridade das edificações urbanas que a lei põe a seu cargo.

5. E também não se questiona que os interesses em causa são de natureza pública, pois dizem respeito à salubridade das edificações urbanas.

6. É certo que, em situações como a presente, o valor da salubridade das edificações se projecta quase exclusivamente na

esfera jurídica do particular lesado, mas nem por isso deixa de se reportar ao interesse geral da salubridade das edificações.

7. Assim, em situações como a presente – e sempre que tal não se revele impossível ou excessivamente oneroso – as câmaras municipais deve determinar, nos termos do art. 91º do RJUE, a execução coerciva das intimações que não seja objecto de cumprimento voluntário por parte dos respectivos destinatários.

8. Atento o exposto, comunico a V. Ex.a ter determinado o arquivamento do presente processo de reclamação, sem prejuízo de - ao abrigo do disposto no art. 33º, do Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril – chamar a atenção de V. Ex.a para a natureza pública do interesse da salubridade das edificações urbanas e para o dever de as câmaras municipais assegurarem, na medida das suas possibilidades, a protecção deste valor, quando necessário, através da execução coerciva.

9. Cumpre-me, por fim, agradecer a colaboração prestada por V. Ex.a na instrução do presente processo.

R-4059/02
Assessor: José Luís Cunha

Entidade Visada: Secretário de Estado-Adjunto e do Ordenamento do Território
Assunto: Acompanhamento da revisão do Plano Director Municipal de Alenquer.

Tenho a honra de me dirigir a V.Ex.a., depois de verificar não ter sido ainda publicado regulamento que conceda exequibilidade ao disposto no artigo 75º, n.º 2, do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de Setembro.

Isto, conquanto se previsse no artigo 155º, n.º 1, alínea a), um prazo de 120 dias, contados do início da vigência deste diploma, para estabelecer a composição e funcionamento das comissões mistas de coordenação, de modo a nelas tomarem parte os representantes dos interesses económicos, sociais, culturais e ambientais,

Assim, e muito embora tenha determinado o arquivamento de processo organizado sobre reclamação de uma concreta associação local de defesa do ambiente – privada de participar na comissão de revisão de certo plano – não posso deixar de registar com preocupação o atraso na medida que, de resto, deixa vulnerada parte da extensão do direito enunciado no art. 65º, n.º 5, da Constituição.

Certo de que não deixará de connosco partilhar o desejo de ver prontamente suprida esta omissão.

R-4109/02
Assessor: Maria Ravara

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Sintra
Assunto: Urbanismo. Edificação. Licenciamento. Prazos.

1. Analisado o teor da comunicação do Senhor Vereador João Lacerda Tavares, por delegação de V.Ex.a., determinei o arquivamento do processo que se encontrava em instrução, organizado por reclamação de ... .

2. Não posso, todavia, deixar de registar a morosidade municipal na instrução dos pedidos de licenciamento apresentados pela requerente, em 29.07.1999 e em 22.05.2000.

3. Acresce a este facto, o de a câmara municipal não ter respondido às interpelações da requerente, no exercício do seu legítimo interesse em ser informada acerca do andamento do expediente.

4. Embora os prazos previstos na lei para decisão sejam, por regra, meramente orientadores, o certo é que o órgão competente tem o dever de justificar a sua inobservância, de acordo com o previsto no art. 58º, n.º 3, do Código do Procedimento Administrativo.

5. E não é de excluir, tão-pouco, que a mesma inobservância, ainda que justificada a sua licitude, possa dar lugar ao dever de indemnização por prejuízos causados aos particulares, em particular, nestes casos, por lucros cessantes e despesas desaproveitadas. Isto, sem prejuízo do direito de regresso a exercer contra o funcionário ou agente que dolosamente tenha dado origem ao prejuízo e sem embargo das medidas disciplinares pertinentes.

6. Bem vejo que a situação remonta ao anterior executivo municipal. Todavia, esse aspecto apenas pode absolver o município da responsabilidade política, o que não é, de todo, aquilo que nos cumpre assinalar.

7. Ora, no caso concreto, trata-se do indeferimento liminar, em 19.03.2003 de um pedido de licenciamento apresentado em 22.05.2000.

8. Perante o exposto, gostaria de exortar V.Ex.a. a conceder orientações aos serviços no sentido de, pelo menos, haver especial cuidado na informação aos interessados quando o atraso na instrução dos procedimentos administrativos seja imputável ao município.

R-1090/03
Assessor: Isabel Canto

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Oeiras
Assunto: Procedimento administrativo. Interesse público. Incumprimento por administrado. Boa fé. Responsabilidade civil.

1. Apreciados os esclarecimentos prestados a propósito do assunto sumariamente descrito em epígrafe, determinei o arquivamento do presente processo por entender que aquele se mostra suficientemente encaminhado com vista à promoção das obras no locado em questão que importam à salvaguarda das condições de segurança e de salubridade.

2. Posto que a necessidade da realização de nova vistoria se ficou a dever ao incumprimento, por parte do locador, do compromisso que antes havia assumido com essa edilidade, aconselho V. Ex.a. a ponderar a hipótese de vir a fazer recair sobre ele a responsabilidade pelas despesas que a Câmara Municipal de Oeiras agora se vê obrigada a suportar em resultado da necessidade da instauração de novo processo de intimação para a realização das obras em falta.

R-1091/03
Assessor: José Luís Cunha

Entidade visada: Vereadora com o pelouro da habitação da Câmara Municipal de Lisboa
Assunto: Habitação. Realojamento. Construção social. Defeito.

1. Informo V.Ex.a. que concluímos, no essencial, pela improcedência da reclamação, a cujo respeito solicitáramos esclarecimentos.

2. Observo porém não nos terem sido remetidos alguns dos elementos solicitados, nomeadamente cópias do acto equivalente à declaração de utilidade pública, a planta de localização do imóvel e da ordens de despejo sumário para demolição.

3. Devo, bem assim, registar o facto de não nos terem sido prestadas informações acerca da sequência concedida à

reclamação do Senhor ... , a respeito das condições de habitabilidade do fogo que lhe foi atribuído.

4. Encaminhei o reclamante para o Gabinete de Apoio a V.Ex.a., a fim de que especifique os problemas que aponta às condições do fogo e solicite visita ao local para averiguação.

5. Prevaleço-me da oportunidade para agradecer a cooperação dispensada.

R-1196/03
Assessor: Maria Ravara

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Vizela
Assunto: Urbanismo. Utilização de fracção. Cabeleireiro. Licença. Nulidade.

1. Por via do of. de 24.06.2003, expus a V. Exa. as conclusões da apreciação preliminar efectuada pela Provedoria de Justiça, ponderado o teor da queixa formulada e os elementos que nos foram facultados pela Câmara Municipal de Vizela. Pude concluir pela nulidade do acto que deferiu o pedido de licenciamento da utilização reclamada, por desrespeito de parecer vinculativo do delegado de saúde.

2. Viria o Senhor Vice-Presidente manifestar a intenção da Câmara Municipal de declarar a nulidade do acto de licenciamento, ao abrigo do art. 134º, n.º 1 do Código do Procedimento Administrativo e de notificar o proprietário para requerer a alteração do uso para instalação de salão de cabeleireiro, nos termos previstos no art. 19º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 370/99, de 18 de Setembro.

3. Do mesmo passo, admitindo a probabilidade de a autoridade de saúde reiterar o teor do anterior parecer, quando auscultada no âmbito do procedimento de licenciamento da alteração do uso, questionaria o Senhor Vice-Presidente o carácter vinculativo do aludido parecer, sustentando que a construção do

prédio antecedera a vigência do Regulamento Geral das Edificações Urbanas e que a exigibilidade de pé-direito mínimo não relevaria da observância de requisitos de índole higio-sanitária, não competindo, como tal, à autoridade de saúde pronunciar-se sobre este aspecto (cfr.v/of. de 22.07.2003).

4. Ora, com o devido respeito, não posso aceitar como válidas as razões apresentadas pela câmara municipal ao objectar à natureza vinculativa do parecer da autoridade de saúde.

5. Na verdade, nos termos do art. 23º, do Decreto-Lei n.º 370/99, de 18 de Setembro, aos estabelecimentos de prestação de serviços são aplicáveis as disposições do capítulo II. Entre tais disposições, encontra-se, justamente, a que faz depender a aprovação do projecto de arquitectura da emissão de parecer favorável pela autoridade de saúde.

6. Dispõe, ainda, o legislador que tal parecer assume carácter vinculativo, sempre que vise assegurar o cumprimento de disposições legais e regulamentares (arts. 7º e 10º, n.º 3).

7. A exigência de um pé-direito mínimo de 3 metros para os pisos afectos a estabelecimentos comerciais foi estabelecida no Regulamento Geral das Edificações Urbanas, inicialmente restrita aos pisos térreos, posteriormente estendida a todas as fracções (art.65º, n.º 3, do Decreto n.º 38.382, de 7 de Agosto de 1951, alterado pelo Decreto-Lei n.º 650/75 de 18 de Novembro).

8. O mesmo requisito técnico seria incorporado no regime jurídico que mais tarde disciplinaria as condições de higiene e segurança nos locais de trabalho.

9. Assim o dispôs o preceito contido no art. 4º, n.º 2, alínea c), do Regulamento Geral de Higiene e Segurança do Trabalho nos Estabelecimentos Comerciais, de Escritório e Serviços, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 243/86, de 20 de Agosto.

10. O parâmetro de 3 metros seria, ainda, consagrado pela portaria de desenvolvimento do Decreto-Lei n.º 347/93, de 1 de Outubro, o qual transpõe a Directiva n.º 89/654/CEE do Conselho, de 30 de Novembro, relativa às prescrições mínimas de

segurança e saúde nos locais de trabalho (cfr.art.2º, n.º 1 da Portaria n.º 987/93, de 6 de Outubro).

11. Ao impor que o pé-direito dos locais de trabalho perfaça os 3 metros, o legislador prossegue exigências específicas de salubridade. Na verdade, a altura da edificação determina as condições de arejamento e iluminação do local.

12. Assim se compreende o regime fixado no citado art.4º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 243/86, para as situações de locais de trabalho pré-existentes ao aludido regulamento, cujas instalações não satisfaçam os parâmetros acima referenciados: os estabelecimentos que se encontrassem nestas condições deveriam dispor de meios complementares de renovação do ar.

13. O que está em causa não é o interesse geral no cumprimento das normas de licenciamento de uma actividade, mas a salvaguarda de outros valores e interesses específicos, valorando o delegado concelhio os potenciais riscos para a saúde pública, e para o ambiente que possam advir do funcionamento do estabelecimento.

14. De resto, neste sentido, apontava já o citado art.65.º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, integrado no corpo de normas que dispõe sobre as condições especiais relativas à salubridade das edificações (Título III).

15. Ora, o conceito de salubridade pública compreende o conjunto das condições favoráveis à saúde pública.

16. As autoridades de saúde prosseguem atribuições de defesa da saúde pública, na prevenção da doença e promoção e manutenção da saúde, pela prevenção de factores de risco e controlo de situações susceptíveis de causarem ou acentuarem prejuízos graves à saúde das pessoas ou dos aglomerados populacionais (art.2º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 336/93, de 29 de Setembro).

17. Compete aos delegados concelhios de saúde a observância das disposições legais respeitantes à higiene e saúde dos locais de trabalho (cfr.art.8º, n.º 1, alínea i) do Decreto-Lei n.º 336/93, de 29 de Setembro).

18. O art. 4º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 43/86 consagrou um regime excepcional: o seu âmbito de aplicação restringe-se aos estabelecimentos cujo funcionamento anteceda a entrada em vigor do regulamento, não podendo estender-se a situações constituídas na sua vigência.

19. Em nada releva, para este efeito, o facto de a construção do edifício onde se encontra instalado o salão de cabeleireiro ser anterior a 1951. O que releva, isso sim, é o momento da instalação do estabelecimento que, decerto, não remonta a 1951.

20. Do mesmo passo, entendo dever manifestar a minha discordância quanto ao entendimento expresso no ponto 2 do v/ofício de 22.07.2003: tratando-se da instalação de um salão de cabeleireiro não se vê como possa pretender-se que "*não deveria sujeitar-se o referido estabelecimento de cabeleireiro a licença de utilização, precedida de vistoria com a composição definida no n.º 1 do art.22º do citado Decreto-Lei n.º 370/99, com a participação, por isso, do Delegado de Saúde, mas tão só com sujeição ao processo de alteração previsto no n.º 1 do citado art. 19º, logo pressupondo a emissão de parecer daquela autoridade de saúde fora do âmbito da vistoria.*"

21. O legislador é claro e inequívoco ao estabelecer que "a concessão de licença de utilização é sempre precedida de vistoria" (cfr. art. 13º, aplicável *ex vi* da norma remissiva contida no art. 23º) e ao prever que, para efeitos de licenciamento de estabelecimentos de prestação de serviços, a composição da comissão de vistoria obedecerá ao disposto no art. 22º (contando, nomeadamente, com a participação do delegado concelhio de saúde ou do adjunto do delegado concelhio de saúde) e no artº 25º.

22. O próprio art. 19º, n.º 1, que rege a alteração ao uso fixado em anterior licença de utilização, prescreve que o procedimento culmina com "*a emissão de nova licença de utilização, nos termos do presente diploma*" (arts.12º a 14º).

23. Foi, precisamente, o reconhecimento de que o funcionamento de determinada categoria de estabelecimentos

envolve riscos específicos para a saúde e a segurança das pessoas e a necessidade de acautelar a concretização dos potenciais riscos, que ditaram a sujeição de tais estabelecimentos a um regime de licenciamento específico.

24. A regra de que a licença de utilização depende da realização de uma vistoria foi estabelecida para garantia da estrita observância das prescrições legais e regulamentares que prosseguem os valores da segurança e da saúde pública.

25. De todo o modo, constatada a insuficiência do pé-direito, o eventual licenciamento do salão de cabeleireiro, sempre será inválido por violação de uma norma jurídica (art. 65º, n.º 3, do RGEU), independentemente do conteúdo do parecer proferido pela autoridade de saúde.

26. Com base no que vai exposto, dirijo-me de novo a V.Exa., solicitando que a câmara municipal se digne reconsiderar a posição que me foi transmitida por via do v/of. de 22.07.2003.

27. Considerando que o estabelecimento reclamado iniciou funcionamento com preterição dos requisitos regulamentares de salubridade e saúde pública, peço que se digne informar-me a respeito dos procedimentos que venham a ser adoptados com vista à pronta reposição da legalidade.

Ulteriormente

1. Por via da comunicação ... foi-nos transmitido que apesar de a autoridade de saúde ter emitido, em 23.06.2001, um parecer desfavorável ao licenciamento da utilização - por não se conformar o estabelecimento de cabeleireiro com o preceituado no art.4º, alínea c), do Decreto-Lei n.º 243/86, de 20 de Agosto - a licença viria a ser deferida em 10.07.2001.

2. Na base da decisão, parece encontrar-se a informação dos técnicos municipais de acordo com a qual se mostraria suprida a insuficiência assinalada pelo delegado de saúde, a nível do pé-direito da fracção, por meio da instalação de um equipamento de ar condicionado.

3. Apreciados os elementos que nos foram facultados, observo que aquela autoridade sanitária não participou na vistoria nem tão-pouco se pronunciou sobre a adequação da solução técnica preconizada.

4. Ora, nos termos do art. 23º, do Decreto-Lei n.º 370/99, de 18 de Setembro, aos estabelecimentos de prestação de serviços são aplicáveis as disposições do capítulo II. Entre tais disposições, encontra-se precisamente a que faz depender a aprovação do projecto de arquitectura do estabelecimento da emissão de parecer favorável da autoridade de saúde.

5. No caso vertente, o parecer do delegado de saúde assume carácter vinculativo, estribando-se na aplicação de preceitos legais em vigor (arts. 7º e 10º, n.º 3).

6. A legislação vigente à data da concessão do licenciamento, designadamente o disposto no artigo 52º, n.º 2, alínea a), do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro (na redacção que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 250/94, de 15 de Outubro), cominava-se com a nulidade o acto que decidisse pedido de licenciamento em desconformidade com pareceres vinculativos.

7. Por conseguinte, não se vê como não concluir pela nulidade do acto que deferiu o pedido de licenciamento da utilização reclamada, parecendo mesmo de ponderar a imputação ao município de Vizela de prejuízos que esta invalidade possa causar.

8. Em face do exposto, dignar-se-á V.Exa. pronunciar-se sobre o entendimento concedido a esta análise, informando-nos a respeito da sequência que o assunto venha a merecer.

1354/03
Assessor: José Luís Cunha

Entidade visada: Câmara Municipal da Covilhã

Assunto: Ambiente. Resíduos. Gestão. Valorização. Óleos usados.

1. Analisado o teor das informações prestadas pelos Serviços Municipalizados de Águas e Saneamento da Covilhã (SMAS), através de ofício ..., venho por este meio dar conhecimento a V. Ex.a das conclusões alcançadas no âmbito da instrução do presente processo de reclamação (...).

2. Assim, ao abrigo do disposto no art. 33º do Estatuto do Provedor de Justiça (Lei n.º 9/91, de 9 de Abril), cumpre-me dirigir a V. Ex.a uma chamada de atenção para o seguinte:

a) Terminada a instrução do presente processo de reclamação concluiu-se pela procedência da queixa, no que respeita à falta de ponderação e de resposta ao exposto pelo reclamante ao Conselho de Administração dos SMAS, em 12 de Agosto de 2002, sobre as condições de recolha de óleos usados no concelho da Covilhã e sobre a necessidade de adopção dessa tarefa por parte do Ecocentro gerido por esses serviços;

b) Com efeito, se é certo que o Ecocentro da Covilhã não pode recolher óleos usados sem para tal estar licenciado, também se observa que nada parece obstar a que, obtendo tal autorização, se possa dedicar ao exercício dessa actividade, pois o princípio segundo o qual os responsáveis pelo ciclo de vida dos óleos são os seus produtores (enunciado na informação prestada através de ofício) não exclui a intervenção de terceiros no exercício de operações autónomas de gestão de óleos usados, previstas nos art.s 15º e ss. do Decreto-Lei n.º 153/2003,de 11 de Julho;

c) Nada obsta, portanto, a que o Município da Covilhã, através dos seus serviços municipalizados (em especial, do Ecocentro), adopte a prestação do serviço de recolha de óleos usados, requerendo para o efeito, o necessário licenciamento;

d) Compete, por isso, aos órgãos municipais ponderar e decidir sobre a situação da recolha de óleos usados no concelho e sobre a conveniência em assumir, ou não, a prestação de um tal serviço;

e) Tanto tempo decorrido sobre o recebimento da exposição do reclamante (12.08.2002) já seria devida alguma ponderação sobre este assunto, assim como uma resposta mais conclusiva, ao exponente;

f) Deve, por isso, proceder-se à correcção desta irregularidade.

3. Cumpre-me, por fim, comunicar a V. Ex.a ter determinado o arquivamento do presente processo de reclamação, com a ressalva acima suscitada, bem como agradecer a colaboração dispensada pelos Serviços Municipalizados da Covilhã na sua instrução.

R-1814/03
Assessor: José Luís Cunha

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Esposende
Assunto: Ambiente. Direito à informação. Acesso a documentos. Neutralidade.

1. Analisado o teor do ofício, assim como os demais elementos coligidos para apreciação, concluo, que a Câmara Municipal de Esposende se encontrava obrigada a prestar as informações solicitadas em 5.02.2003, nos termos do disposto nos artigos 61º a 63º, *ex vi* do art. 53º, n.º 2, alínea a), do Código do Procedimento Administrativo (CPA).

2. De resto, se porventura não se considerasse aplicável o disposto no Código do Procedimento Administrativo, já o direito de acesso à informação dos requerentes deveria ter sido satisfeito ao abrigo da Lei n.º 65/93, de 26 de Agosto, com a redacção introduzida pela Lei n.º 94/99, de 16 de Julho.

3. Observando-se não terem sido realizadas quaisquer medidas de monitorização periódica do estabelecimento industrial identificado, essa seria a informação a prestar, a par da indicação

da ausência de documentos relativos ao cumprimento da referida deliberação, ora por força do disposto no art. 61º do Código do Procedimento Administrativo, ora nos termos dos artigos 7º, n.º 2, e 15º, n.º 1, alínea c), da Lei n.º 65/93.

4. Por outro lado, importa notar que o concreto direito em questão em nada deve ser prejudicado – nem se torna, por isso, *ilegítimo* o seu exercício - pelo facto de tal informação ser empregue em artigos de opinião ou em críticas à actuação da Administração Pública.

5. Queira V. Ex.a ter presente que, neste domínio, impera o princípio da abertura da Administração Pública, para além dos direitos constitucionalmente consagrados como liberdade de expressão e de informação (art. 37º, n.º 1) e da participação política e administrativa dos cidadãos (art. 48º).

6. A protecção dos órgãos da Administração Pública contra a publicação de artigos de opinião que exprimam opiniões contrárias ou formulem juízos adversos não goza, nem poderia gozar, de qualquer privilégio. Faz-se nos termos gerais, por via dos direitos de resposta e rectificação ou, no limite, por meio da acção penal e da acção civil indemnizatória.

7. Por último, observo que a informação em falta está contida nos pontos 9. a 11. do ofício, pelo que a sua transmissão aos reclamantes por parte da Provedoria de Justiça fará atenuar, em concreto, os efeitos prejudiciais da anterior recusa.

8. Em face do exposto, determinei o arquivamento do processo, ao abrigo do disposto no art. 33º do Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, mas não sem formular chamada de atenção para que, futuramente:

a) Sejam atempadamente satisfeitos os pedidos de acesso a documentos e à generalidade da informação que venham a ser dirigidos por quaisquer interessados que, em concreto, demonstrem possuir legitimidade para intervir no procedimento administrativo, a respeito do qual a informação tenha sido requerida, atendendo-se, para o efeito, às regras de legitimidade

expressas no art. 53º do Código do Procedimento Administrativo; ou

b) Sejam satisfeitos nos termos do regime instituído pela Lei n.º 65/93, de 26 de Agosto, com a redacção introduzida pela Lei n.º 94/99, de 16 de Julho, se porventura os requerentes não possuírem tal legitimidade procedimental ou não exista sequer procedimento.

R-2864/03
Assessor: Manuela Barreto

Entidade visada: Presidente do Conselho de Administração da EMEL – Empresa Municipal de Estacionamento em Lisboa, E.P.M.

Assunto: Domínio público. Via pública. Zonas de estacionamento tarifado. Isenção - procedimento administrativo. Qualidade de residente. Domicílio fiscal. Prova.

1. Informo V. Ex.a ter determinado o arquivamento do processo à margem identificado, prevalecendo-me da oportunidade para agradecer a colaboração facultada.

2. Observo, porém, que, analisado o teor dos esclarecimentos prestados através do ofício referenciado, não posso deixar de chamar a atenção de V. Ex.a para a necessidade de ser divulgado o entendimento ali enunciado junto dos serviços de atendimento ao público da EMEL, EPM, a fim de que estes passem, de futuro, a informar os cidadãos que ali acorrem, de que a prova do domicílio fiscal exigida, para o efeito de atribuição do dístico de residente, se pode fazer por mera exibição da nota de liquidação do IRS, sem quaisquer custos nem outros encargos para o interessado. Pondero que seja reconhecido o mesmo efeito à exibição de correspondência recentemente enviada pelas autoridades tributárias, dirigida ao munícipe, e para a mesma

morada. Neste sentido, a certidão do domicílio fiscal que vem sendo pedida, importando novas deslocações e o pagamento da mesma, só será exigida residualmente.

3. Com efeito, devem os órgãos administrativos prestar aos interessados as informações e os esclarecimentos de que careçam (art. 7º, n.º 1, alínea a), do Código do Procedimento Administrativo), no estrito cumprimento do dever que lhes assiste de colaboração com os particulares.

4. Desejando, pelo exposto, que a presente comunicação possa contribuir construtivamente para incrementar a qualidade da prestação do serviço público e, bem assim, para aperfeiçoar a acção administrativa - incumbências cometidas ao Provedor de Justiça pelo disposto no art. 21º, n.º 1, alínea c), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril - , e nada mais havendo a diligenciar, dou por encerrado o assunto.

2.2

Assuntos económicos e financeiros, fiscalidade, fundos europeus, responsabilidade civil, jogo,

Provedor-Adjunto de Justiça:
Pereira Coutinho

Coordenador:
João Manuel Gonçalves

Assessores:
Elsa Dias
Ana Pereira
Mariana Vargas
Alexandra Iglésias
António Gomes da Silva
André Barata

2.2.1. Introdução

Introdução

A - A extinção do Defensor do Contribuinte

Na actividade da Área, a recepção dos processos do Defensor do Contribuinte representou 45 % do total de processos abertos no ano de 2003, cujas queixas continuaram no mesmo ritmo.

Com efeito, em cumprimento do disposto no art.º 2.º do Decreto-Lei n.º 320-A/2002, de 30 de Dezembro, foram recebidos na Provedoria de Justiça, no dia 23.1.2003, os 478 processos que, naquela data, se encontravam pendentes no Defensor do Contribuinte.

É muito interessante verificar que os impostos que estão na base das queixas dos cidadãos ao Provedor de Justiça são, no essencial, semelhantes aos que levaram os contribuintes a queixar-se ao Defensor. Não existem variações percentuais significativas entre o peso de cada imposto ou assunto, dentro da fiscalidade, na Provedoria de Justiça e no Defensor do Contribuinte.

O mesmo já não se pode dizer do peso da fiscalidade na Área. Na verdade, os processos relativos a fiscalidade, que compreendiam em Janeiro de 2003 apenas 44,78 % dos processos da Área, passaram nesse mês, com a integração dos processos do Defensor do Contribuinte, a constituir 80,16 % dos mesmos.

Ou seja, o peso dos assuntos fiscais no conjunto das matérias da Área quase duplicou a sua percentagem. Mais do que económico-financeira, a Área passou a ser predominantemente uma Área de assuntos fiscais.

B - A instrução dos processos do Defensor do Contribuinte

A instrução dos processos do Defensor do Contribuinte, – efectuada sem qualquer reforço de recursos humanos e em acumulação com o trabalho corrente da Área -, determinou que o número médio de processos pendentes por Assessor da Área tivesse triplicado em Janeiro de 2003, passando de 39 para 118,66.

Não obstante, assinale-se que, dos 478 processos recebidos do Defensor do Contribuinte, em 31.12.2003 tinham sido arquivados 411. Significa isto que *em menos de um ano a Provedoria de Justiça concluiu a instrução de 86 % dos processos recebidos* daquele órgão do Ministério das Finanças.

A instrução dos processos do Defensor do Contribuinte efectuada ao longo do ano do 2003, possibilita a formulação das seguintes considerações:

- na quase totalidade das situações, as matérias objecto dos processos do Defensor do Contribuinte não constituíram novidade relativamente aos assuntos resolvidos ou em apreciação na Provedoria de Justiça;
- aliás, muitos dos assuntos por nós já apreciados definitivamente – por exemplo, benefícios fiscais atribuídos aos militares portugueses na ONU, ou a deficientes, ou ao reinvestimento de mais-valias imobiliárias, ou às viaturas no regresso de Macau, etc. – voltaram agora em processos pendentes do Defensor do Contribuinte resultantes de queixas apenas ali apresentadas;
- em algumas queixas, sobretudo de empresas, registou-se uma relativa diferença quanto ao objecto, pois incidiam sobre acções de inspecção tributária de que resultaram correcções aritméticas ou fixação de matéria tributável com recurso a métodos indirectos, em que estavam em causa sobretudo os aspectos quantitativos do cálculo ou da fixação do imposto.

C - Caracterização dos restantes processos

Excluindo as assimetrias percentuais decorrentes da recepção dos processos do Defensor do Contribuinte (que determinaram que o peso da fiscalidade no conjunto das queixas recebidas passasse de 41,87 % para 67,24%, de 2002 para 2003), as queixas apresentadas no ano de 2003, em matérias da Área 2, não registaram divergências assinaláveis, nem em número, nem em assunto, nem em entidade visada, das apresentadas no ano anterior.

Assinala-se assim, no conjunto da Área, um aumento percentual das queixas de fiscalidade induzido pelos processos do Defensor do Contribuinte, e uma concomitante redução percentual dos processos respeitantes aos outros assuntos.

O reclamante tipo desta Área da Provedoria continua a ser o cidadão com problemas nos seus impostos sobre o rendimento (IRS) e sobre o património (contribuição autárquica), principalmente.

Merece porventura destaque – sinal dos tempos -, aparecer pela primeira vez, no segundo grande agregado temático – consumo -, um conjunto de queixas relativas à prestação de serviços de internet, que iguala em número as apresentadas quanto à prestação do serviço de telefone fixo.

Ainda em matéria de direito do consumo, as queixas respeitantes aos concessionários de distribuição de água e electricidade destacam-se também pelo seu número considerável. Quanto às queixas em matéria de responsabilidade civil, mais de metade diz respeito à responsabilidade civil extracontractual dos entes públicos, sobretudo câmaras municipais, concessionários de auto-estradas e IEP, pelos danos ocasionados pela deficiente conservação e sinalização das vias públicas.

D - Medidas instrutórias mais relevantes

Sem pretender ser exaustivo quanto à enumeração dos processos que constam à frente de forma detalhada, destacaria, de entre os que foram objecto de anotação no ano de 2003, os seguintes assuntos:

- integral acatamento pela DGCI da Recomendação n.º 8/A/2001, no que concerne à publicação de instruções internas para uniformização do procedimento dos serviços de finanças em matéria de reconhecimento de isenção de contribuição autárquica (circular n.º 11/A/2003, de 10 de Julho);
- acatamento da Recomendação n.º 11/A/2002, com o reconhecimento, pelo Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, de que a "reciprocidade" do art.º 35.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais para efeitos do reconhecimento de isenção de IRS dos trabalhadores portugueses ao serviço de missões diplomáticas e postos consulares acreditados em Portugal, é uma reciprocidade de facto e não de direito, contrariamente ao que vinha defendendo a Administração Tributária;
- apreciação das causas e correcção das situações de demora nos processos de actualização extraordinária das rendas comerciais, industriais e de escritórios;
- adopção dos procedimentos conducentes à iniciativa da DGCI na anulação judicial da venda de imóvel em processo de execução fiscal;
- reconhecimento, que mereceu a adesão do Banco de Portugal, da necessidade de a DGCI uniformizar com as instituições bancárias as condições de movimentação das contas poupança-habitação sem perda do benefício fiscal;

- apreciação da legalidade da cobrança de comissões bancárias por utilização de cartão de crédito na zona EURO;
- estudo relativo à responsabilidade das dívidas fiscais dos cônjuges;
- estudo relativo à tributação dos serviços gratificados prestados por agentes da PSP;
- estudo relativo ao prazo de opção pelo regime de enquadramento tributário em sede de IRS e de IRC;
- de entre os mais de 40 reparos, censuras e sugestões, salientaria, pela sua importância, pela posição de fundo, e pelas situações genéricas, a dirigida à Ministra de Estado e das Finanças relativa ao designado "perdão fiscal" de Dezembro de 2003, e a dirigida ao Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, respeitante à alteração retroactiva do regime fiscal dos PPR no Orçamento de 2003.

E – Processos da iniciativa do Provedor abertos em 2003

Foram abertos dois processos da iniciativa do Provedor, ambos relativos a matéria fiscal:

- no primeiro, reaberto e rearquivado com sucesso em 2003, foi acolhida pelo Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais uma sugestão já antiga e objecto de várias insistências, no sentido de no âmbito da reforma da tributação do património vir a ser consideravelmente aumentado o valor patrimonial dos imóveis pertencentes a sujeitos passivos de baixos rendimentos, para efeitos do reconhecimento da isenção de contribuição autárquica (ou IMI);
- o segundo processo P, em curso, tem por objecto a elaboração e a publicitação, pela DGCI, de instruções internas relativas à identificação das situações mais típicas em que os contribuintes têm direito ao

pagamento de juros indemnizatórios, bem como aos procedimentos que, de forma uniforme, para o efeito os Serviços devem adoptar.

F – As entidades visadas e a sua actuação

Na sequência da recepção das queixas do Defensor do Contribuinte, o Ministério das Finanças com 66,66 % e, no seu âmbito, a Direcção-Geral dos Impostos com 58,80 % foram as entidades mais visadas (estas percentagens foram em 2002 de, respectivamente, 44,10% e 34,34%).

Merece ser sublinhada a excelente colaboração geralmente prestada em assuntos da Área pelas empresas concessionárias de serviços públicos e pelas empresas privadas visadas na queixas. Destacaríamos, como exemplos e como exemplares, nas primeiras, a PT e EDP, e nas segundas, o BPI e o BANIF.

O mesmo não se pode dizer da colaboração prestada pela generalidade das entidades públicas. A acrescer tantas vezes à ilegalidade ou à injustiça das situações que motivam as queixas ao Provedor de Justiça, registam-se a demora e a dificuldade nas suas correcções, a par do deficiente cumprimento do dever de colaboração para com este Órgão do Estado.

Exemplo destas situações é, no seu conjunto, a Direcção-Geral dos Impostos, se bem que visada em quase 60 % das queixas recebidas na Área no ano de 2003. Não sendo um facto novo, a DGCI continua tantas vezes a criar problemas aos cidadãos e às empresas e, pior ainda, tão poucas vezes a resolvê-los de forma célere e correcta. O que deveria ser a regra é, apenas, a excepção. A informação incompleta ou incorrectamente prestada aos contribuintes, a complexidade dos procedimentos, as permanentes modificações legislativas em matéria fiscal, as demoras inexplicáveis em processos de perfeita simplicidade, as dificuldades de natureza informática, a deficiente articulação dos serviços, a incapacidade de antecipar problemas e de orientar procedimentos uniformes para situações rotineiras, são factos

que, não sendo deste ano, neste ano não registaram, a avaliar pelas queixas recebidas, qualquer melhoria.

Se um cidadão se confronta com um assunto fiscal cujos contornos não coincidem com a questão simples do dia-a-dia de um serviço de finanças, é bastante provável ver-se envolvido numa teia de respostas incompletas, contraditórias, de demoras, de procedimentos desnecessários, antes que o assunto venha a ser resolvido. Não se nota, porventura por falta de meios ou consequência do peso das rotinas, uma preocupação pela eficiência dos serviços, dirigida para a ajuda e colaboração com o cidadão, na maior parte dos casos ignorante acerca de procedimentos e do conteúdo específico dos seus deveres fiscais, bem como dos meios de defesa que a lei lhe faculta.

Apenas para terminar com um exemplo, uma parte considerável do trabalho da Área em matéria fiscal respeitou ao reconhecimento do pagamento de juros indemnizatórios aos sujeitos passivos, nos termos do art.º 43.º da LGT, matéria relevante para o cidadão, designadamente por se referir à consolidação de uma relação de boa fé, de confiança e de colaboração com a Administração Tributária.

Muitos dos juros legalmente devidos só foram pagos na sequência da nossa intervenção, tantas vezes com a necessidade de, num mesmo processo, fazer várias insistências na defesa da nossa posição, e não raro com o Director-Geral dos Impostos, os Serviços Centrais da DGCI, os Serviços Distritais da DGCI e os Serviços Locais da DGCI, a assumirem, sobre factos semelhantes, posições opostas: neste processo pagando juros indemnizatórios, naquele outro, idêntico, não reconhecendo esse direito. Ou seja, decorridos 5 anos sobre a entrada em vigor da norma, a DGCI, no seu conjunto, não tem uma posição definida, nem sequer quanto às situações mais repetitivas e paradigmáticas – serão 10 no máximo -, quanto às situações em que são ou não devidos juros indmnizatórios aos cidadãos. Este assunto, sobre o qual foi aliás aberto um processo de iniciativa do Provedor, como acima se referiu, continua assim para 2004.

Área 2 – Processos de 2003, distribuição por assunto

Fiscalidade	**67,24%**
IRS	33,43%
Contribuição autárquica	11,72%
IVA	7,97%
IRC	4,51%
Sisa	2,50%
Imposto sucessório	1,54%
Imposto automóvel	1,44%
Contribuições para a segurança social	0,67%
Reforma da tributação do património	0,58%
Taxas	0,48%
Direitos aduaneiros	0,38%
Imposto de circulação	0,29%
Imposto de selo	0,19%
Contribuição especial	0,19%
Imposto complementar	0,10%
Contribuição industrial	0,10%
Imposto sobre veículos	0,10%
Vários	1,06%
Consumo	**16,14%**
Comunicações	3,94%
Correio	1,34%
Internet	1,15%
Telefone fixo	1,15%
Telefone móvel	0,29%
Água	3,75%
Electricidade	1,83%
Transportes	1,44%
Seguros	1,44%
Saneamento	1,15%
Vias de comunicação	0,77%
Resíduos sólidos	0,67%

Gás	0,48%
Vários	0,67%
Assuntos financeiros	**3,17%**
Acesso a Actividade	**3,07%**
Responsabilidade civil	**2,88%**
Assuntos bancários	**2,79%**
Fundos comunitários	**1,83%**
Emprego	0,67%
Agricultura	0,67%
Turismo	0,29%
Empresas	0,10%
Comércio	0,10%
Descolonização	**0,77%**
Jogo	**0,48%**
Habitação	**0,48%**
Concorrência	**0,29%**
Concursos Públicos	**0,29%**
Vários	**0,58%**
Total	**100,00%**

2.2.2. Recomendações

Exmº Senhor
Director de Finanças do Porto

R-6052/99
Rec.n.º 5/A/2003
27.03.2003

I
Delimitação da questão objecto de queixa

1. Conforme é do conhecimento de V. Exa., a Provedoria de Justiça tem vindo a acompanhar a definição da situação tributária da cidadã ... relativamente ao seu IRS do ano de 1998.

2. Para facilidade de exposição, começarei por efectuar uma breve cronologia das principais vicissitudes desse processo:

- 12.03.1999 – A reclamante entrega a declaração de IRS/98 e no respectivo preenchimento inclui 532.440$00 de contribuições para a segurança social pagas em 1998 mas referentes a anos anteriores;
- 08.06.1999 – Na sequência de acção de fiscalização, a reclamante foi chamada ao seu serviço de finanças que então lhe terá comunicado que as contribuições retroactivas para a segurança social não poderiam ser aceites como dedução específica daquele ano, pelo que o referido valor de 532.440$00 deveria ser expurgado da sua declaração de rendimentos. Consequentemente, a reclamante entrega, nesta data, uma declaração de

substituição preenchida em conformidade com aquelas informações, pagando a coima respectiva;

- 17.11.1999 – É efectuada a liquidação de IRS/98 resultante do tratamento da referida declaração de substituição, não tendo sido apurado imposto a pagar nem a receber;
- 31.01.2000 – A pedido da Provedoria de Justiça, a Direcção de Serviços do IRS (DSIRS) analisa a questão e conclui que o serviço de finanças não se deveria ter limitado a aconselhar a reclamante a apenas retirar o valor das contribuições retroactivas do campo referente à dedução específica de 1998, antes devendo, simultaneamente, *"ter promovido a inclusão da importância despendida no quadro de abatimentos em que efectivamente se integram, pelo que se poderá considerar o lapso cometido como erro imputável aos serviços"*. Consequentemente, foi *"ordenada à 2ª Repartição de Finanças de Vila Nova de Gaia, que promova a correspondente correcção oficiosa";*
- 02.09.2002 – É pago à contribuinte o reembolso apurado na sequência da liquidação efectuada em cumprimento das instruções da DSIRS;
- 07.10.2002 – Questionada pela Provedoria de Justiça quanto ao direito da reclamante a ver este seu reembolso acompanhado do pagamento de juros indemnizatórios, a Direcção de Finanças do Porto informou nos termos do ofício em referência e documentos que o acompanharam, isto é, e em suma: *"toda esta questão teve origem num erro praticado pelo sujeito passivo, não tendo o mesmo procedido a qualquer indevido pagamento"* e *"a situação em apreço (...) não se encontra abrangida pelo âmbito do art. 43º da LGT"*.

3. É por discordar destes pressupostos que concluo em sentido diverso quanto ao direito da contribuinte a juros indemnizatórios. Procurarei evidenciar de seguida os motivos

pelos quais estou convicto de que, no presente caso, o reembolso pago em 2 de Setembro do passado ano de 2002 a esta contribuinte deveria ter sido acompanhado do pagamento de juros indemnizatórios.

II
Os erros imputáveis à contribuinte e os erros imputáveis aos serviços

1. É indubitável que, num primeiro momento, foi a contribuinte que cometeu o erro de inscrever no campo correspondente à dedução específica dos rendimentos de 1998, o montante que pagara, nesse ano, a título de contribuições retroactivas para a segurança social: pelo menos desde 1992 que a Direcção-Geral dos Impostos (DGCI) assumira posição expressa sobre a impossibilidade de tal dedução[73], em termos que, face à letra e ao espírito da lei, não são merecedores de crítica.

2. Porém, antes de este erro da contribuinte ter dado origem a qualquer benefício indevido, isto é, antes de ter sido efectuada qualquer liquidação com base nos elementos erradamente declarados, foi a interessada chamada a comparecer no seu Serviço de Finanças e aí, em sede de fiscalização, foi detectado o erro e a contribuinte informada de como corrigi-lo.

3. É nesta ocasião que o Serviço de Finanças de Vila Nova de Gaia-2 se limita a indicar à reclamante que as contribuições retroactivas não cabem na previsão do artigo 25º do Código do IRS e que, por isso, não são aceites como dedução específica dos rendimentos de 1998, abstendo-se de lhe facultar a informação complementar de que, apesar desta circunstância, tais contribuições eram susceptíveis de abatimento ao seu rendimento líquido desse mesmo ano, por se subsumirem na previsão do então artigo 55º, n.º 1, alínea f), do CIRS.

---

[73] E divulgou então instruções nesse sentido pelos seus serviços – cfr. Ofício-circular n.º X-4/92.

4. Evidentemente que a omissão desta informação complementar não pode deixar de consubstanciar um erro dos serviços, pois estes acabaram por induzir a contribuinte a preencher uma declaração de substituição de modo que não reflectia a posição da DGCI sobre o assunto.

5. Com efeito, já no início de 1998 fora pela DGCI divulgado o entendimento de que as importâncias pagas retroactivamente para a segurança social, embora não pudessem ser consideradas em sede de dedução específica, eram susceptíveis de abatimento ao rendimento líquido total do ano em que fossem pagas.

6. Este é, aliás, um assunto relativamente ao qual o Provedor de Justiça tomou oportunamente posição, tendo formulado a Recomendação n.º 54/A/97, de 8 de Julho[74], na qual foi precisamente defendida a relevância de tais contribuições para efeitos de abatimento ao rendimento líquido total do sujeito passivo. Foi na sequência da decisão de acatamento desta Recomendação que surgiram, precisamente, as instruções divulgadas.

7. Daí que a posição assumida pela DSIRS a respeito do caso concreto desta contribuinte tenha apenas vindo confirmar a sintonia de posições entre este órgão do Estado e a Administração Tributária acerca da questão de fundo. Ao omitir perante a contribuinte parte relevante da informação que lhe era devida sobre a melhor forma de dar cumprimento às suas obrigações declarativas, o Serviço de Finanças de Vila Nova de Gaia-2 incorreu no erro de não enquadrar a situação em apreço de forma consentânea com as instruções que a DGCI oportunamente divulgara a este respeito e cujo conhecimento pelos serviços era evidentemente exigível.

8. Contrariamente ao que ocorreu com o erro cometido pela interessada, que não chegou a produzir efeitos, o

---

[74] In Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1997, págs. 452 a 456.

lapso/omissão do Serviço de Finanças de Vila Nova de Gaia-2 deu origem à realização de uma liquidação efectuada em 17.11.1999, de que não resultou imposto a pagar nem a receber.

9. Ora, uma correcta actuação do Serviço de Finanças e um rigoroso cumprimento do seu dever de informar a contribuinte em termos que lhe permitissem ficar devidamente esclarecida sobre *"a interpretação das leis tributárias e o modo mais cómodo e seguro de lhes dar cumprimento"* (cfr. artigo 20º, n.º 1, alínea a), do Código de Processo Tributário, em vigor à data dos factos, sobre o direito dos contribuintes à informação), teria levado ao preenchimento da declaração de substituição de modo a que o montante de contribuições retroactivas para a segurança social fosse, desde logo, inscrito no quadro e campo relativos aos abatimentos.

10. Constatado o erro cometido pelo Serviço de Finanças de Vila Nova de Gaia-2, a DSIRS mais não fez do que extrair daí as inevitáveis consequências: havia que anular a liquidação efectuada em 17.11.1999 e substituí-la por outra que reflectisse a real situação tributária da interessada. Daí a ordem enviada ao referido serviço de finanças, em 31.01.2000, no sentido de promover a correspondente correcção oficiosa.

III
O direito a juros indemnizatórios

1. Na informação anexa ao vosso ofício defende-se não haver lugar ao pagamento de juros indemnizatórios, quer porque a situação em apreço teria tido origem num erro inicialmente cometido pelo sujeito passivo, quer porque este não teria procedido a qualquer pagamento indevido.

2. Quanto ao erro cometido pela reclamante, do que acima ficou dito quanto às respectivas consequências[75] resulta que o mesmo não releva na definição do seu direito a juros: com efeito,

[75] V., nomeadamente, o ponto 2. da parte II da presente Recomendação.

nem as incorrecções que levaram à anulação da liquidação de IRS/98 da reclamante foram motivadas pelo seu erro, nem este deixou de ser punido em sede própria, pois quando apresentou a declaração de substituição destinada a corrigir o seu erro de preenchimento inicial, a reclamante não deixou de pagar a coima respectiva.

3. Quanto ao argumento de que o sujeito passivo não teria procedido a um indevido pagamento de imposto e que, por tal motivo, não lhe seriam devidos juros indemnizatórios, também creio que não poderá colher, desde logo porque tal requisito é apenas expressamente exigido nos casos previstos no n.º 1 do artigo 43º da LGT, norma que não está aqui em apreço pois, manifestamente, não se verificam os seus requisitos de aplicação (dos quais se salienta o de o erro dos serviços ter sido identificado e comprovado no âmbito de processo de reclamação ou de impugnação judicial que, como se sabe, não foi o caso: o erro dos serviços foi, neste caso, oficiosamente reconhecido).

4. Nos restantes pontos e alíneas do mesmo artigo 43º da LGT a exigência de um indevido pagamento de imposto desaparece da previsão legal como requisito do direito a juros indemnizatórios. O exemplo mais flagrante de que o artigo 43º não erige aquele requisito em condição geral do pagamento de juros indemnizatórios é a norma constante do seu n.º 3, alínea a) que estipula ser devido o pagamento de juros indemnizatórios quando não for cumprido o prazo legal de restituição oficiosa dos impostos. Ou seja, mesmo não tendo havido imposto indevidamente pago[76] mas sim apuramento de imposto a reembolsar no âmbito de uma liquidação regular, pode haver

[76] A não ser que nesta expressão se inclua também o imposto que, na liquidação final, se conclua ter sido retido na fonte em excesso ao longo do ano e que por isso há que restituir oficiosamente. Neste caso, porém, também o caso vertente seria um caso em que houve "imposto indevidamente pago" pois a liquidação final de IRS/98 da reclamante, como se viu, deu origem a um reembolso pago em Setembro de 2002, revelador de que, ao longo de 1998, foi retido na fonte imposto superior ao que veio a verificar-se ser efectivamente devido.

lugar ao pagamento de juros indemnizatórios, desde que outros requisitos legalmente previstos se verifiquem.

5. Perguntar-se-á, então, qual a norma que, no caso em apreço, pode fundamentar o pagamento dos juros indemnizatórios que venho defendendo serem devidos. Esta situação deve, a meu ver, subsumir-se na previsão do artigo 43º, n.º 3, alínea b), da LGT que dispõe:

« 3 – São também devidos juros indemnizatórios nas seguintes circunstâncias:

(...)

b) Em caso de anulação do acto tributário por iniciativa da administração tributária, a partir do 30º dia posterior à decisão, sem que tenha sido processada a nota de crédito;».

6. As instruções da DSIRS, no sentido da correcção oficiosa da liquidação efectuada em 17.11.1999, mais não visaram do que promover a anulação desse acto tributário e a sua subsequente substituição por um outro (a nova liquidação, efectuada com base na declaração oficiosa de correcção entretanto elaborada) que revelasse a real situação tributária da interessada.

7. Não pode, pois, deixar de concluir-se que, passados 30 dias sobre a decisão da DSIRS de promover a anulação da primeira liquidação, sem que a nova liquidação tivesse sido efectuada e o respectivo reembolso pago, nasce o direito da reclamante a ver tal reembolso acompanhado do pagamento de juros indemnizatórios contados precisamente desde o 30º dia posterior à decisão da DSIRS (que, se não for anterior, data pelo menos de 31.01.2000) até à data da emissão do reembolso que veio a ser pago em 02.09.2002.

De acordo com as motivações expostas, devo exercer o poder que me é conferido pela disposição compreendida no art. 20º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, e, como tal,

Recomendo

a V. Exa.:

Que ordene o pagamento, à contribuinte identificada em epígrafe, de juros indemnizatórios calculados sobre o valor do reembolso de IRS/98 que lhe foi pago em 02.09.2002, contados desde 01.03.2000 - por ser este o 30º dia posterior à decisão da DSIRS de promover a correcção oficiosa da liquidação de IRS efectuada em 17.11.1999 (cfr. artigo 43º, n.º 3, alínea b), da Lei Geral Tributária) – até à data da emissão do referido reembolso de IRS/98.
Queira V. Exa., em cumprimento do dever consagrado no art. 38º, n.º 2, do Estatuto aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, dignar-se informar sobre a sequência que o assunto venha a merecer.

Recomendação acatada pelo Director de Finanças do Porto, em 30.04.2003, com o pagamento dos juros indemnizatórios.

2.2.3. Processos anotados

R-224/95
Assessor: Elsa Dias

Assunto: Fiscalidade. Imposto Automóvel. Benefício fiscal.

Objecto: Isenção de Imposto Automóvel na importação de veículos automóveis por emigrantes à data da sua transferência definitiva da residência para Portugal. Alteração dos pressupostos da Recomendação n.º 57-A/95, de 28.06.

Decisão: O processo foi arquivado por se ter concluído não haver fundamento, por ora, para uma intervenção da Provedoria de Justiça acerca da nova posição – mais restritiva – da Direcção-Geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre o Consumo quanto ao âmbito da isenção em causa.

Síntese:

1. No âmbito deste processo fora oportunamente formulada a Recomendação n.º 57-A/95, de 28.06., acerca da concessão de isenção de Imposto Automóvel a emigrantes que, à data da sua transferência definitiva de residência para Portugal, tragam consigo veículo de que sejam proprietários no país de acolhimento há pelo menos seis meses (isenção prevista nos artigos 1º e 2º do Decreto-Lei n.º 471/88, de 22.12.).

2. No caso concreto que fora objecto daquela Recomendação, o veículo em causa ficou totalmente destruído na sequência de acidente ocorrido na viagem de regresso definitivo do seu proprietário a Portugal, tendo este recebido, da sua companhia seguradora, em substituição, veículo de características idênticas mas cujo escalão de cilindrada implicava o pagamento de Imposto Automóvel superior ao do veículo acidentado.

3. À data dos factos, a então Direcção-Geral das Alfândegas (DGA) considerava que, em caso de acidente, a isenção concedida ao veículo substituído era aplicável ao veículo substituto. Porém, face à referida diferença entre o escalão de cilindrada de ambos os veículos, aquela Direcção-Geral considerou a isenção inaplicável e exigiu o pagamento do Imposto Automóvel na totalidade.

4. Considerou o Provedor de Justiça, então, que tal situação era injusta e deveria ser corrigida mediante a concessão da isenção parcial de Imposto Automóvel ao interessado. Mais concretamente, foi Recomendado que se exigisse apenas o pagamento da diferença entre o valor do imposto que seria devido pelo veículo substituto e o valor da isenção a que o proprietário teria direito relativamente ao veículo substituído. A Recomendação foi acatada e a sua doutrina aplicada ao caso concreto do interessado e a futuros casos análogos, pelo que o processo foi arquivado.

5. Porém, recentemente, a Direcção-Geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre o Consumo (DGAIEC) informou a Provedoria de Justiça que deixara de aplicar a tese da referida Recomendação, pois passara a ter um entendimento mais restritivo do âmbito de aplicação da isenção em causa.

6. Reaberto o processo e ponderada a necessidade/utilidade de nova intervenção junto da DGAIEC por força desta alteração da sua posição face à Recomendação que vinha sendo acatada há já vários anos, foi decidido que tal intervenção não era, por ora, justificada, desde logo porque a nova posição da DGAIEC não pôs em causa as conclusões da Recomendação, tendo antes alterado os pressupostos em que a mesma se fundamentou (deixou de se considerar de todo aplicável aos veículos substitutos a isenção a que os veículos substituídos teriam direito, desde logo porque aqueles, à data da transferência de residência, não eram propriedade do interessado há mais de seis meses).

7. Uma vez que a DGAIEC fundamentou devidamente a sua posição e também porque a Provedoria considerou que o seu novo entendimento não consubstanciava a violação de quaisquer

normas ou princípios legais, concluiu-se que uma eventual intervenção nesta matéria não era, por ora, justificada, tanto mais que se desconhecem, ainda, as consequências exactas de tal mudança de posição.

P-10/98
Assessor: António Gomes da Silva

Assunto: Fiscalidade. Contribuição autárquica. Pedidos de isenção. Demoras na apreciação. Uniformização dos procedimentos administrativos dos serviços periféricos locais da Direcção-Geral dos Impostos.
Objecto: Recomendação n.º 8/A/2001, de 6 de Julho.
Decisão: Acatamento integral.
Síntese:

Na sequência da Recomendação do Provedor de Justiça ao Director-Geral dos Impostos tendo em vista o melhoramento e a uniformização dos procedimentos dos serviços de finanças do país na apreciação dos processos de pedido de isenção de contribuição autárquica relativa a imóveis adquiridos pelos requerentes e afectos à sua habitação própria e permanente, veio o destinatário da Recomendação informar que, através da Circular n.º 11/2003, de 10 de Julho, foram divulgadas as instruções administrativas que vinculam todos os serviços aos procedimentos uniformes sugeridos.

Assim, uma vez decidido o processo de isenção de forma favorável ao contribuinte:

a) as liquidações de imposto relativas a anos abrangidos pela isenção deverão ser oficiosamente revistas e anuladas pelos serviços;

b) os processos de execução fiscal eventualmente pendentes deverão ser oficiosamente declarados extintos por anulação da dívida exequenda;

c) todos os montantes indevidamente cobrados, incluindo juros, custas e taxas, deverão ser na totalidade e oficiosamente restituídos.

A circular supra referenciada impõe ainda aos serviços da DGCI uma maior articulação entre as secções de execuções fiscais e as secções da contribuição autárquica, determinando que seja dada prioridade à apreciação e decisão dos processos de isenção da contribuição autárquica.

A publicação desta circular da DGCI, a par do reforço dos meios humanos e financeiros afectos à avaliação dos imóveis para efeitos de inscrição matricial, bem como a consagração legal da presunção de que a transferência do domicílio fiscal para o novo imóvel significa a sua afectação a habitação própria permanente para efeitos de reconhecimento automático da isenção de contribuição autárquica, permitiram considerar integralmente acatada a Recomendação do Provedor de Justiça, formulada em processo de sua iniciativa, e cujo meio de intervenção privilegiado consistiu no envio de um questionário tipo a 43 repartições de finanças tendencialmente representativas de todo o País.

R-1514/98 e apenso R-2544/01
Assessor: Elsa Dias

Assunto: Fiscalidade. Benefícios Fiscais. Interpretação do artigo 35º do Estatuto dos Benefícios Fiscais. Reciprocidade.

Objecto: Regime tributário dos trabalhadores portugueses ao serviço de missões diplomáticas e postos consulares acreditados em Portugal. Seguimento dado à Recomendação n.º 11/A/2002, de 28 de Novembro.[77]

Decisão: Processo arquivado após acatamento integral da Recomendação pelo Ministério das Finanças.

Síntese:

1. Através da Recomendação n.º 11/A/2002, o Provedor de Justiça recomendou à Ministra das Finanças a divulgação de instruções, pelos serviços da DGCI, no sentido de a isenção consagrada no artigo 35º, n.º 1, alínea a), do Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF), ser aplicada sempre que se verifique uma situação de reciprocidade, entendida esta como uma reciprocidade de facto, sem dependência da existência de qualquer acordo bilateral entre Estados, que consagre ou reconheça tal reciprocidade.

2. Foi ainda recomendada a revisão oficiosa das liquidações de IRS dos anos de 1998 a 2001 dos dois cidadãos que haviam apresentado queixa na Provedoria de Justiça a respeito deste assunto.

3. A resposta à Recomendação, recebida na Provedoria de Justiça em Junho de 2003, revelou o seu pleno acatamento relativamente à questão de fundo, isto é, foi aceite a tese de que a referida norma do artigo 35º do EBF não pressupõe a existência de um acordo formal de reciprocidade, antes bastando a verificação de uma situação de reciprocidade de facto para que a isenção ali prevista seja aplicável.

---

[77] O texto integral da Recomendação consta do Relatório apresentado pelo Provedor de Justiça à Assembleia da República relativamente ao ano de 2002.

4. Quanto à situação concreta dos reclamantes, embora a resposta à Recomendação fosse omissa, veio a constatar-se que tinha sido concretizada a revisão das respectivas liquidações de IRS.

R-1906/00
Assessor: António Gomes da Silva

Assunto: Fiscalidade. Imposto sobre as Sucessões e Doações. Doação de metade de uma fracção de prédio urbano pelo cônjuge marido à cônjuge mulher, na véspera do casamento. Relevância do empréstimo bancário.

Objecto: Anulação da liquidação do imposto sobre as sucessões e doações e substituição por liquidação do imposto municipal de sisa.

Decisão: Satisfeita a pretensão.

Síntese:

Três dias antes do seu casamento, e seguindo instruções da instituição bancária mutuante, o reclamante, cônjuge marido, doou à reclamante, cônjuge mulher, metade da fracção habitacional de que era proprietário, onde o casal estabeleceu a respectiva residência própria e permanente.

Sobre o imóvel em causa recaía uma hipoteca, como garantia da dívida à entidade bancária que financiou a respectiva aquisição.

Em aditamento ao contrato de mútuo celebrado entre o cônjuge marido e a entidade bancária, celebrado por instrumento notarial complementar, em 11.10.2000, ficou estabelecido que "a Instituição de Crédito aceitou a referida doação, com a obrigação de a segunda outorgante mulher assumir solidariamente a dívida que aquela hipoteca garante".

Foi liquidado pelo Serviço de Finanças de Sintra 3 imposto sobre as sucessões e doações sobre ½ do valor do crédito hipotecário, nos termos da primeira parte da regra 3ª do artigo

31.º do Código do Imposto Municipal de Sisa e do Imposto sobre as Sucessões e Doações (CIMSISSD), no valor de € 9.193,61.

Discordando do valor do imposto liquidado, solicitaram os reclamantes a intervenção do Provedor de Justiça junto da Administração Fiscal.

Apreciada a situação e considerando que sobre o bem doado recaía o encargo do pagamento das prestações relativas ao crédito hipotecário, entendeu este órgão do Estado que, nos termos do n.º 1.º do artigo 5.º, conjugado com o artigo 32.º do mesmo Código, aquela doação encontrava-se sujeita, apenas, ao pagamento de imposto municipal de sisa sobre a parte do imóvel transmitida, pelo que se solicitou a reapreciação do caso.

Na sequência das insistências da Provedoria de Justiça, foi determinado pelo Senhor Subdirector-Geral dos Impostos para a área da tributação do património que o assunto fosse submetido ao Centro de Estudos e Apoio às Políticas Tributárias, o qual, em parecer emitido em 18 de Dezembro de 2001, defendeu posição idêntica à da Provedoria de Justiça, pelo que foi determinada a anulação da liquidação do imposto sobre as sucessões e doações, e a consequente restituição dos montantes já pagos e liquidado imposto municipal de sisa no valor, muito inferior, de € 2.134,94.

P–19/01
Assessor: Mariana Vargas

Assunto: Arrendamento. Rendas. Avaliações fiscais extraordinárias. Imóveis arrendados para o exercício do comércio, indústria e profissões liberais. Demora na realização de avaliações.

Objecto: Apuramento e correcção dos procedimentos responsáveis pelo atraso registado na promoção das avaliações fiscais extraordinárias requeridas pelos proprietários de imóveis arrendados para o exercício do

comércio, indústria e profissões liberais, pendentes nos Serviços de Finanças, que prejudicam os interesses dos requerentes e os da Fazenda Pública, pela diminuição de receitas fiscais que acarretam.

Decisão: Na sequência do acatamento da Recomendação n.º 7/A/2002, do Provedor de Justiça, dirigida ao Director-Geral dos Impostos, procedeu-se ao arquivamento dos autos.

Síntese:

Tendo sido apresentadas diversas queixas de proprietários de prédios urbanos arrendados para o exercício do comércio, indústria e profissões liberais, contra a morosidade na realização das avaliações requeridas aos chefes dos serviços de finanças, para efeitos de actualização extraordinária das respectivas rendas, o Provedor de Justiça decidiu abrir processo de sua iniciativa, tendo em vista o levantamento da situação de atraso nas referidas avaliações, a nível nacional, propondo as medidas adequadas à sua resolução.

Para o efeito, foi dirigido um inquérito a todos os serviços de finanças das cidades capitais de distrito do continente e das regiões autónomas dos Açores e da Madeira, pedindo informação sobre o número de processos instaurados ali instaurados, concluídos e pendentes, tendo por referência os anos de 1999 a 2001.

Questionavam-se ainda os serviços de finanças sobre a existência de comissão de avaliação constituída para o efeito, e sobre a regularidade do seu funcionamento.

Os dados obtidos viriam a revelar que a situação não era uniforme, sendo diversos os números dos processos instaurados, concluídos e pendentes naquele período de tempo, devendo-se as pendências a motivos também diversificados.

Algumas situações eram graves: em algumas capitais de distrito não tinha sido constituída a comissão de avaliação; noutras, apesar de existente, a comissão de avaliação não

funcionava; noutras ainda, registavam-se pendências processuais com mais de 9 anos.

Nem todas as causas eram exclusivamente imputáveis à Administração Fiscal.

A comissão de avaliação a constituir nos termos do Decreto-Lei n.º 37.021, de 21 de agosto de 1948, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto Regulamentar n.º 1/86, de 2 de Janeiro, é integrada por louvados a designar pelo senhorio e pelo inquilino, por um louvado designado pelo chefe do serviço de finanças, por um louvado designado pela câmara municipal, e o respectivo presidente é, por inerência, o conservador do registo predial.

O resultado da avaliação extraordinária pode ainda ser objecto de recurso judicial a deduzir por qualquer das partes interessadas.

Porém, cabe ao chefe do serviço de finanças proceder à instauração do processo de avaliação requerido pelo proprietário do imóvel que reúna as condições necessárias à realização da avaliação extraordinária, promover a reunião da comissão de avaliação antes referida, proceder à notificação das partes quanto ao resultado da avaliação efectuada, receber os recursos que sejam interpostos do resultado da avaliação e remetê-los ao tribunal judicial da comarca respectiva.

Perante os dados fornecidos pelos serviços de finanças inquiridos, e nos termos do poder conferido pelo artigo 20.º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, o provedor de justiça dirigiu ao director-geral dos impostos a recomendação acima indicada, cujas conclusões se transcrevem:

" ... entendo dever (...) Recomendar a V.ª Exa. que:

a) se digne dar instruções a todos os Directores de Finanças para que, sempre que em algum Serviço de Finanças seja entregue um requerimento a solicitar a realização de uma avaliação fiscal extraordinária, deva ser de imediato promovida a formação e garantido o funcionamento célere da Comissão de Avaliação;

b) sejam adoptadas diligências com vista à rápida solução das situações mais graves detectadas nos Serviços de Finanças de Guarda, de Setúbal 1 e de Viseu 1, onde a pendência dos processos se deve à inexistência de Comissão de Avaliação, promovendo a sua célere formação e o seu adequado funcionamento".

A Recomendação supracitada foi levada ao conhecimento de Sua Excelência o Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, de cujo Gabinete foi recebida cópia da acta n.º 325, da Direcção de Serviços de Avaliações da Direcção-Geral dos Impostos, contendo o teor das decisões da Administração Fiscal sobre a forma de acatamento da Recomendação do Provedor de Justiça.

Considerando-se satisfatórias as medidas adoptadas pela Administração Fiscal, a fim de obviar ao atraso na realização das avaliações requeridas pelos contribuintes proprietários de imóveis arrendados para fins não habitacionais, foi determinado o arquivamento dos autos.

R-1680/01
Assessor: Elsa Dias

Assunto: Fiscalidade. IRS. Abatimento de pensão de alimentos.

Objecto: Pensão de alimentos paga por penhora. Susceptibilidade de abatimento para efeitos de IRS. Ex-artigo 55º, actual artigo 56º do Código do IRS.

Decisão: Foi arquivado o processo após aceitação, pelo Subdirector-Geral dos Impostos, da sugestão formulada pela Provedoria de Justiça no sentido da revisão oficiosa das liquidações de IRS do ano em que o reclamante pagou, por penhora, as pensões de alimentos devidas.

Síntese:

1. O reclamante dirigiu-se por várias vezes ao Serviço de Finanças da Figueira da Foz-1, a fim de, entre outros esclarecimentos, solicitar informação sobre que diligências deveria efectuar para concretizar o seu direito ao abatimento de pensões de alimentos que estava judicialmente obrigado a pagar, mas que apresentavam a particularidade de terem sido pagas por penhora, em acção de execução de alimentos contra si instaurada.

2. A instrução do processo aberto na Provedoria revelou que o reclamante fora deficientemente informado pelo serviço de finanças, que na resposta dada não teve em consideração a necessidade de, neste caso, o interessado dever comprovar o momento exacto em que as pensões foram pagas por penhora, pois o ano do pagamento efectivo é relevante, desde logo, para apurar o ano em que tais pensões seriam susceptíveis de abatimento, nos termos do então artigo 55º (hoje artigo 56º) do Código do IRS.

3. Por esse motivo, os pedidos de informação do reclamante não chegaram a ser devidamente respondidos e este não chegou a efectuar as diligências – nomeadamente probatórias – essenciais à concretização do seu direito ao abatimento das pensões pagas.

4. A Provedoria de Justiça começou por reconhecer que a actuação do reclamante não facilitara o entendimento, pelos serviços, da sua pretensão. Disso mesmo foi dado conta ao interessado, a quem se aconselhou a, futuramente, sistematizar devidamente os seus pedidos de informação, sob pena de os mesmos virem a ser ignorados ou mal entendidos, como foi o caso.

5. Simultaneamente, porém, a Provedoria concluiu que, com algum esforço e a necessária diligência, o serviço de finanças poderia – deveria – ter-se apercebido do essencial das dúvidas do reclamante, pelo que o erro de informação cometido deveria ser assumido como erro imputável aos serviços e, com base nesse fundamento, desencadeado o processo de revisão oficiosa do IRS do ano em que o interessado poderia ter abatido as pensões se tivesse sido devidamente informado, tudo com base no disposto no artigo 78º, n.º 1, da Lei Geral Tributária.

6. Esta sugestão, que inicialmente foi formulada junto do serviço de finanças, não teve aí acolhimento. Porém, exposta a mesma à Direcção de Serviços do IRS, viria a ser acolhida, tendo sido determinada, por Despacho do Subdirector-Geral dos Impostos, a revisão oficiosa das liquidações de IRS/98 e 99 do reclamante, com base, precisamente, em erro imputável aos serviços.

R–4806/01
Assessor: Mariana Vargas

Assunto: Fiscalidade. Processo Tributário. Execução fiscal. Ilegalidade de venda de imóvel. Anulação da venda.

Objecto: Questiona-se a legalidade da venda de um imóvel penhorado na execução fiscal, antes de decorrido o prazo para regularização extraordinária da dívida exequenda, por adesão ao regime excepcional de regularização de dívidas fiscais, instituído pelo Decreto-Lei n.º 124/96, de 10 de Agosto.

Decisão: Procedeu-se ao arquivamento do processo após decisão do Director-Geral dos Impostos que, acolhendo sugestão do Provedor de Justiça, ordenou ao Director de Finanças de Viana do Castelo, na qualidade de Representante da Fazenda Pública junto do Tribunal Tributário de Viana do Castelo, que apresentasse o pedido de anulação da referida venda.

Síntese:

No âmbito da execução fiscal movida ao Senhor ..., por dívidas de Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (IRS), Contribuição Autárquica (CA) e coimas fiscais, foi penhorado e vendido um imóvel da sua propriedade, antes de se ter esgotado o prazo em que poderia ter regularizado as dívidas exequendas, nos termos do Decreto-Lei n.º 124/96, de 10 de Agosto.

Efectivamente, em 21 de Janeiro de 2000 e dado tratar-se de dívidas abrangidas pelo regime extraordinário de regularização de dívidas fiscais, instituído por aquele decreto-lei, o reclamante havia dirigido ao Chefe do Serviço de Finanças de Caminha um requerimento em que solicitava o pagamento dos valores em execução ao abrigo do mencionado regime excepcional.

Tal pedido veio a ser deferido pelo chefe do serviço de finanças, que notificou o requerente, em 25 de Janeiro de 2000, através de carta registada, de que deveria reformular o requerimento em impresso de modelo oficial e pagar a quantia em dívida, até à data e hora marcadas para a venda judicial do imóvel penhorado.

A notificação por carta registada apenas se poderia considerar perfeita ao terceiro dia útil posterior à data do registo, nos termos dos artigos 65.º, n.º 2 e 66.º, n.º 1, do Código de Processo Tributário, em vigor à data dos factos, isto é, em 28 de Janeiro de 2000.

Contudo, não tendo ainda decorrido o prazo legalmente estabelecido para que a notificação se considerasse efectuada, o chefe do serviço de finanças procedeu à venda do bem penhorado, em 27 de Janeiro de 2000, pelas 10 horas, sem ter em conta a denegação da possibilidade de regularização das dívidas do reclamante, que a teria evitado.

Face à evidente ilegalidade da venda, que deveria ter sido suspensa com o pedido de regularização apresentado, de acordo com as instruções contidas no ofício-circulado n.º 60.008, da Direcção de Serviços de Justiça Tributária, de 9 de Abril de 1999, o Provedor de Justiça recomendou ao Director-Geral dos Impostos que providenciasse pela revogação do acto de abertura das propostas em carta fechada e solicitasse ao Tribunal Tributário de 1.ª Instância de Viana do Castelo, que declarasse a venda sem efeito, nos termos do artigo 909.º, n.º 1, alínea c) do Código do Processo Civil, aplicável subsidiariamente ao processo tributário.

A Recomendação n.º 3/A/2002 foi objecto de acatamento, embora em moldes diferentes do proposto: o pedido de anulação

da venda não foi feito ao tribunal, tal como havia sido recomendado, mas antes dirigido requerimento ao representante do Ministério Público para que apreciasse a ilegalidade da venda e formulasse o pedido de anulação.

Com a remessa da execução fiscal ao representante do Ministério Público junto do Tribunal Tributário de 1.ª Instância de Viana do Castelo, procedeu-se ao arquivamento dos autos.

Os mesmos viriam, contudo, a ser reabertos, porquanto o representante do Ministério Público, na dúvida quanto à sua legitimidade para intervir no processo, suscitou a questão junto do Tribunal Central Administrativo.

No douto parecer emitido pelo Procurador-Geral-Adjunto Coordenador do TCA conclui-se que: "as normas estatutárias sobre a competência do Ministério Público e as normas atributivas de competência ao Ministério Público no processo judicial tributário não lhe conferem poder para introdução em juízo do requerimento de anulação da venda", mas que "É sustentável a tese de que o representante da fazenda pública, em representação da administração tributária, tem legitimidade para requerer a anulação da venda, como corolário dos princípios da legalidade e da justiça, no respeito pelas garantias dos contribuintes (art. 266.º, n.º 2 CRP, art. 55.º LGT; art. 15.º, n.º 1, al. a) CPPT)", posição defendida na anterior Recomendação do Provedor de Justiça ao Director-Geral dos Impostos.

Com a reabertura dos autos, questionou-se de novo o Director-Geral dos Impostos para que, em acatamento da Recomendação n.º 3/A/2002, ordenasse ao representante da fazenda pública que interpusesse requerimento para anulação da venda, junto do Tribunal Tributário de 1.ª Instância de Viana do Castelo.

Na sequência das novas diligências efectuadas junto da entidade visada, foi acatada na íntegra a Recomendação formulada, com o pedido de anulação da venda.

R-4815/01
Assessor: Elsa Dias

Assunto: Fiscalidade. IRS. Execução fiscal. (DGCI).
Objecto: Responsabilidade dos cônjuges por dívidas de IRS contraídas por um deles em data anterior ao casamento.
Decisão: Constatadas diversas irregularidades no enquadramento da questão de fundo e na subsequente tramitação de execução fiscal instaurada para cobrança de dívida de IRS contraída por um dos cônjuges em momento anterior ao casamento, foi sugerida ao serviço de finanças a sanação das irregularidades detectadas, sugestão integralmente aceite e concretizada.
Síntese:

1. A queixa dava conta de terem sido penhorados cheques de reembolso de IRS de determinado agregado familiar para pagamento de dívida, também de IRS, contraída pela cônjuge mulher em data anterior ao casamento. O cônjuge marido – e também reclamante – considerava que os cheques penhorados eram bem comum do casal e que, como tal, não poderiam fazer face a dívida contraída antes do casamento.

2. Com os fundamentos que constam, mais detalhadamente, de informação constante do Relatório, concluiu-se que:

a. A dívida de IRS contraída pela cônjuge mulher em data anterior ao casamento é da exclusiva responsabilidade daquela, por ser isso que resulta do regime geral previsto no Código Civil (artigo 1692º, alínea a)) e por não haver disposição especial que afaste tal regra;

b. Quanto aos bens que podem responder por tal dívida, rege a norma constante do artigo 302º do Código de Processo Tributário (aplicável à execução fiscal em apreço porque

instaurada em 1995, antes, portanto, da entrada em vigor do actual Código de Procedimento e de Processo Tributário), a qual permite a penhora imediata de bens comuns do casal mesmo quando a dívida é apenas de um deles, impondo porém que o cônjuge não devedor seja previamente citado para, querendo, requerer a separação judicial de bens;

c. Uma vez que a análise do processo de execução fiscal revelou que esta citação não fora feita, e considerando que tal omissão constitui nulidade insanável, que tem por consequência a anulação dos termos subsequentes do processo com o aproveitamento possível dos actos entretanto praticados (cfr. artigo 251º, n.º 1, alínea a) e n.º 2, do CPT), foi sugerido ao Serviço de Finanças do Seixal-2 que procedesse à referida citação e subsequentes termos do processo, agora ao abrigo do Código de Procedimento e de Processo Tributário, que passou a ser aplicado a todas as execuções fiscais, incluindo as pendentes, a partir de 05.07.2001, data da entrada em vigor da Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho, e por força do disposto no seu artigo 12º.

3. O serviço de finanças visado manifestou total disponibilidade para proceder conforme sugerido pela Provedoria de Justiça, tendo começado por concretizar, de imediato, a citação do cônjuge da executada.

4. Em face deste procedimento, foi o processo arquivado.

P-14/02
Assessor: Mariana Vargas

Assunto: Fiscalidade. Contribuição autárquica. Imposto Municipal sobre Imóveis. Art.º 45.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais. Conceito de prédios de reduzido valor patrimonial. Isenção.

Objecto: Alteração legislativa no sentido de aumentar o valor patrimonial tributário máximo dos imóveis para efeitos

do reconhecimento do direito à isenção de contribuição autárquica (e do futuro Imposto Municipal sobre Imóveis) prevista no art.º 45.º do EBF.

Decisão: O processo foi arquivado com a obtenção da alteração legislativa pretendida, que, no âmbito da reforma da tributação do património, veio em 2003 a aumentar consideravelmente o valor patrimonial tributário dos imóveis que poderão beneficiar de isenção, atendendo aos rendimentos reduzidos dos seus proprietários.

Síntese:

1. O presente processo, de iniciativa do Provedor, foi aberto em 2002 na sequência do conhecimento da situação profundamente injusta evidenciada noutro processo, em que uma família com um rendimento inferior ao dobro do valor do salário mínimo nacional mais elevado deixou de estar isenta de contribuição autárquica, dado que o valor patrimonial do imóvel onde residia era pouco superior a 1.350.000$.

2. Não obstante a reconhecida desactualização dos valores patrimoniais dos imóveis constantes das matrizes prediais em 2002, a verdade é que o valor patrimonial limite de isenção era manifesta e irrazoavelmente baixo, facto este que se agravava com a cessação das isenções de 10 anos de contribuição autárquica concedidas na aquisição de habitação própria permanente, e que determinava que sujeitos passivos que continuavam isentos de IRS em função do reduzido rendimento auferido, passassem contudo a estar sujeitos ao pagamento de contribuição autárquica.

3. Foi dirigido a Sua Excelência o Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais um ofício expondo toda a situação, cuja resposta, no sentido de que a proposta do Provedor de Justiça seria considerada no âmbito do projecto de reforma da tributação do património - que se previa, à data, fosse concluída em 2002 -, justificou o arquivamento do processo.

4. O atraso registado no processo legislativo determinou a reabertura do processo e a expedição de novo ofício a Sua Excelência o Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, e a Sua

Excelência o Presidente da Assembleia da República, no sentido de o atraso na reforma da tributação do património justificar desde logo a ponderação da alteração legislativa do art.º 45.º do EBF no sentido de aumentar o valor patrimonial limite de não sujeição em sede do Orçamento do Estado de 2003.

5. Em resposta, Sua Excelência o Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais informou que logo que viesse a existir qualquer evolução legislativa disponibilizaria o respectivo texto ao Provedor de Justiça, para apreciação.

6. No início de 2003 verificava-se, por um lado, que a reforma do património não tinha qualquer evolução conhecida e, por outro, que o Orçamento do Estado para 2003 se havia limitado a actualizar em 2 % o valor até então previsto no art.º 45.º, n.º 1, do EBF, passando-o de 6.708,83 € (2002), para 6.843 € (2003).

7. Este resultado não era, manifestamente, satisfatório. Face à impossibilidade de obtenção rápida do resultado pretendido, foi rearquivado o processo, com reabertura em Setembro de 2003, de modo a avaliar a existência e sentido da evolução da reforma da tributação do património, ou as alterações em sede do Orçamento do Estado para 2004.

8. Em 21.04.2003, veio Sua Excelência o Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais garantir que o "assunto será contemplado na proposta de lei de reforma tributária do património a apresentar muito em breve à AR".

9. Conhecida que foi, finalmente, a Proposta de Lei n.º 56/IX, referente à reforma da tributação do património, verifica-se que foi integralmente obtido o resultado pretendido com a abertura do processo.

10. Na verdade, o art.º 70.º, n.º 1, desta proposta, altera o art.º 45.º do EBF nos seguintes termos:

"Artigo 45.º

Prédios de reduzido valor patrimonial de contribuintes de baixos rendimentos

1 — Ficam isentos do IMI os prédios rústicos e urbanos pertencentes a sujeitos passivos cujo rendimento bruto total do agregado familiar englobado para efeitos de IRS não seja superior ao dobro do valor anual do salário mínimo nacional mais elevado e cujo valor patrimonial tributário global não exceda 10 vezes o valor anual do salário mínimo nacional mais elevado.

2 — (...)»

11. Ou seja, o limite de isenção de contribuição autárquica (IMI) dos agregados familiares com um rendimento inferior ao dobro do salário mínimo nacional mais elevado será previsivelmente elevado de 6.843 € (1.371.898$00) para 51.184 € (10.261.471$), o que representa um acréscimo, face ao valor actual, de 748 %.

12. Considerou-se, com esta alteração legislativa, obtido o resultado pretendido com a abertura do processo: que contribuintes e famílias isentos de IRS em função do seu reduzido rendimento, possam estar também isentos de contribuição autárquica (IMI), em face do reduzido - mas já aceitável - valor patrimonial dos imóveis de que são proprietários.

R–34/02
Assessor: Mariana Vargas

Assunto: Fiscalidade. Liquidação de impostos. Processos de contra-ordenação e de execução fiscais. Erro na identificação de sujeitos passivos.

Objecto: Questiona-se se o erro na identificação dos sujeitos passivos, que determinou a exigibilidade de dívidas fiscais a pessoa diversa do devedor, o que, para além da susceptibilidade de lesão dos direitos legalmente protegidos de quem não é sujeito passivo de determinada relação jurídica tributária, é igualmente violador do dever de sigilo fiscal.

Decisão: Foi determinado o arquivamento do processo após reconhecimento do erro dos serviços na identificação do sujeito passivo e a obtenção da garantia da entidade visada de que, corrigido o erro e alertados todos os serviços locais e regionais em contacto com a situação em apreço, não voltaria a repetir-se.

Síntese:

Um cidadão pediu a intervenção do Provedor de Justiça junto da Direcção de Finanças do Distrito de Porto a fim de evitar o recebimento, no seu domicílio e em seu nome, de notificações para pagamento de dívidas fiscais que não eram da sua responsabilidade.

Em Novembro de 1998 o reclamante recebeu, na sua morada, notas de cobrança para pagamento do IRS dos anos de 1993, 1994 e 1995.

Considerando não ser responsável por aquelas dívidas fiscais, contactou pessoalmente a Divisão de Tributação da Direcção de Finanças do Distrito de Porto, onde fez prova documental das suas afirmações.

Para o efeito, juntou documentos comprovativos da sua situação de emigrante em França e cópia do seu bilhete de identidade, a fim de que a assinatura nele aposta pudesse ser conferida com a assinatura constante de outros documentos na posse da Administração Fiscal.

Afirma o interessado ter sido verbalmente informado da existência de um outro sujeito passivo, com nome idêntico ao seu, que seria o verdadeiro sujeito passivo das relações jurídicas tributárias de que haviam emergido as liquidações de imposto para cujo pagamento havia sido notificado.

No decurso do ano de 2001, os serviços de inspecção tributária detectaram a emissão de facturas referentes a serviços prestados pelo sujeito passivo A, nos anos de 1996 e 1997, contendo valores que não tinham sido objecto de declaração para efeitos de tributação em sede de IRS e com IVA liquidado ao cliente, que não tinha sido entregue nos cofres do Estado.

Porque o sujeito passivo emitente das referidas facturas tinha mudado de residência, sem que tivesse procedido à alteração do seu domicílio fiscal, os serviços de inspecção tributária procederam a diversas diligências tendo em vista a sua localização, a fim de proceder à sua notificação quanto à omissão das suas obrigações fiscais, quer das obrigações declarativas (acessórias), quer da obrigação principal (pagamento do imposto), que constituem infracção fiscal, nos termos da lei.

Face às informações verbais recolhidas junto dos vizinhos da anterior morada do sujeito passivo A, o funcionário encarregado da notificação do sujeito passivo infractor, deslocou-se ao lugar, onde, presumivelmente, aquele teria estabelecido a sua residência.

Nesse local, o funcionário foi atendido por um familiar do notificando, que declarou não ser o seu filho o emitente daquelas facturas, porquanto estava emigrado em França desde os 13 anos de idade, nunca tendo prosseguido a actividade económica cujo exercício lhe era imputado.

Apesar destas declarações e sem outras diligências adicionais, a Administração Fiscal procedeu à determinação da matéria tributável de IRS e de IVA para os anos de 1996 e 1997, por métodos indiciários, efectuou a liquidação oficiosa dos tributos, tendo por base a matéria tributável apurada, notificando posteriormente o sujeito passivo, por via postal, para a morada antes contactada e onde tinham sido prestadas as declarações antes mencionadas.

Para a mesma morada foram endereçadas as citações das execuções fiscais instauradas pelo não pagamento voluntário das liquidações efectuadas, bem como as notificações para pagamento das coimas fiscais decorrentes das infracções praticadas.

Novamente, e em prejuízo da sua vida profissional em França, o reclamante voltou a dirigir-se à Direcção de Finanças do Distrito de Porto, a fim de tentar desfazer o erro de que estava a ser vítima, sem êxito.

Destarte, apresentou queixa ao Provedor de Justiça, em Janeiro de 2002.

No âmbito da instrução do processo, foi questionado o Director de Finanças do Distrito do Porto, que respondeu dizendo ter procedido à anulação das liquidações de IRS dos anos de 1993, 1994 e 1995, tendo tomado já providências tendentes à anulação das liquidações de IRS/IVA, dos anos de 1996 e 1997.

Face à regularização da situação tributária do reclamante, procedeu-se ao arquivamento dos autos, com formulação de reparo ao Director de Finanças do Distrito do Porto, pela demora na correcção do erro cometido e pela violação do sigilo fiscal daí decorrente, uma vez que, através das sucessivas notificações recebidas, o reclamante acedeu a diversas informações sobre a situação tributária de um outro sujeito passivo.

Porém, os autos viriam a ser reabertos, uma vez que o reclamante solicitou nova intervenção do Provedor de Justiça, por ter sido uma vez mais notificado para pagamento das dívidas fiscais dos anos de 1996 e 1997, supostamente já anuladas.

Desta vez, foi estabelecido contacto com a Direcção de Serviços do Cadastro da DGCI, que forneceu as fichas de inscrição do reclamante e do sujeito passivo devedor no registo do número de identificação fiscal.

Embora os nomes constantes das mencionadas fichas fossem idênticos e os domicílios fiscais declarados pertencessem ao mesmo distrito, todos os restantes dados – número de identificação fiscal, descrição profissional, data e local de nascimento e número do bilhete de identidade – eram diferentes.

Posta novamente a questão à apreciação do Director de Finanças do Distrito do Porto, procedeu-se ao rearquivamento do processo depois de obtida a informação de que todas as liquidações de impostos com a identificação do reclamante estavam já anuladas, que tinha sido extinto o procedimento contra-ordenacional contra si desencadeado e que tinham sido alertados todos ao serviços daquela direcção de finanças, bem como o serviço

de finanças da área do seu domicílio fiscal, a fim de que evitassem a repetição deste erro identificativo, no futuro.

Aquando do arquivamento definitivo dos autos, foi emitido um novo reparo ao Director de Finanças do Distrito do Porto, chamando a sua atenção para a morosidade da correcção da situação descrita, potenciada pelo facto de não recorrer aos Serviços do Cadastro da DGCI, a fim de obter a correcta identificação do reclamante logo após a sua reclamação inicial, o que teria evitado a lesão dos direitos legalmente protegidos de ambos os cidadãos envolvidos e a perda da receita tributária em que a Administração Fiscal incorreu com a anulação das liquidações incorrectamente efectuadas.

R–88/02
Assessor: Mariana Vargas

Assunto: Fiscalidade. IRS. Despesas de saúde. Dedutibilidade. Pedido de informação. Falta de resposta.

Objecto: Legalidade da dedução, em sede de IRS, das despesas realizadas com interrupção voluntária da gravidez, suportadas por cidadã nacional, noutro país da União Europeia.

Decisão: Tendo sido obtido o esclarecimento vinculativo pretendido pelo reclamante, foi determinado o arquivamento do processo.

Síntese:

Em Janeiro de 2002, o Senhor ... apresentou queixa da recusa da Administração Fiscal em pronunciar-se sobre assunto da sua competência, nos termos do requerimento por si dirigido, em Agosto de 2001, ao Director-Geral dos Impostos, sobre o assunto indicado.

Conjuntamente com o requerimento em que solicitou a intervenção do Provedor de Justiça, o Senhor ... apresentou cópia do requerimento em que, identificado apenas através do seu nome

e morada, questionava o Director-Geral dos Impostos sobre a legalidade da dedução das despesas realizadas por cidadãs nacionais com a interrupção voluntária da gravidez em outro país da União Europeia.

Apreciado o teor do pedido, surgiu a dúvida sobre se o mesmo poderia ou não ser subsumido no conceito de informação prévia vinculativa, a que se refere o artigo 68.º, n.º 1, da Lei Geral Tributária, porquanto, apesar de endereçado "ao dirigente máximo do serviço", não era acompanhado da identificação dos factos concretos cuja qualificação jurídico tributária se pretendia, como a referida norma impõe.

Do pedido apresentado também não constava a identificação fiscal do requerente, tal como é exigido pelo n.º 1, do artigo 9.º, do Decreto-Lei n.º 463/79, de 30 de Novembro, que criou o número de contribuinte.

Ainda assim, porque não seria exigível que o reclamante denunciasse outro membro do seu agregado familiar pela prática de acto que, em determinadas circunstâncias, pode constituir crime se praticado em Portugal, como é o caso da interrupção voluntária da gravidez, e considerando que, tratando-se de despesas de saúde, o esclarecimento da questão integra o dever de colaboração da Administração Tributária para com os contribuintes, nos termos do artigo 59.º, n.º 3, da Lei Geral Tributária, foi estabelecido contacto com a entidade visada para que justificasse a demora na resposta ao solicitado.

O esclarecimento devido ao cidadão reclamante foi prestado através do Parecer n.º 168/02, da Direcção de Serviços Jurídicos e do Contencioso, da Direcção Geral dos Impostos, datado de 2 de Dezembro de 2002, sob a epígrafe "IRS – relevância da ilicitude na dedução à colecta das despesas de saúde realizadas com a interrupção voluntária da gravidez. Âmbito e limites do seu conhecimento pela Administração Fiscal".

O mencionado parecer analisou o assunto sob duas vertentes:

a) a de saber se o abatimento do artigo 82.º do Código do IRS se mantém, caso as despesas que o justifiquem sejam ilícitas; e
b) a quem compete o conhecimento da ilicitude – se ao Fisco, se exclusivamente aos tribunais.

Concluindo, em síntese, que:

"A – As despesas com o aborto só são susceptíveis de dedução à colecta quando o aborto for lícito ou não estiver abrangido por qualquer das causas de ilicitude absoluta previstas na legislação penal.

B - Ao exigir ao agregado familiar ou às cidadãs que provem no exercício do direito à dedução à colecta, do artigo 82.º do Código do IRS, as circunstâncias de que a lei penal portuguesa faz depender a despenalização do aborto, a Administração Fiscal não usurpa a função jurisdicional, mas antes se limita a actuar de acordo com as regras gerais do ónus da prova no procedimento tributário, que impõem a demonstração da licitude, ou pelo menos, da não ilicitude absoluta da interrupção voluntária da gravidez.".

Porque o parecer supramencionado não continha esclarecimentos sobre o ónus da prova quanto às despesas de saúde a deduzir à colecta do IRS, e tendo em vista uma informação mais completa do reclamante, juntou-se ao ofício de elucidação, em que lhe era comunicado o arquivamento dos autos, uma cópia da Circular n.º 14, de 28 de Setembro de 2001, da Direcção de Serviços do IRS, que estabelece as regras sobre a autenticação dos documentos comprovativos das despesas de saúde realizadas no estrangeiro.

R-485/02
Assessor: Elsa Dias

Assunto: Fiscalidade. IRS. Retenção na fonte.

Objecto: Procedimentos de retenção na fonte sobre retroactivos e 14º mês.

Decisão: O processo foi arquivado depois de efectuada uma chamada de atenção à entidade pagadora dos rendimentos (a CGA) quanto à interpretação e aplicação do Decreto-Lei n.º 42/91, de 22 de Janeiro.

Síntese:

1. Através da queixa que originou o processo, o interessado manifestava o seu desacordo com os valores que lhe haviam sido retidos pela Caixa Geral de Aposentações (CGA) quando, em Julho de 2001, lhe pagou, juntamente com as suas pensões de reforma daquele mês, retroactivos devidos e ainda o 14º mês.

2. Solicitados esclarecimentos à CGA, estes não permitiram apurar, com total exactidão – por não serem indicados os valores concretos de rendimentos abonados e de retenção efectuada a título de pensões, de 14º mês e de retroactivos -, se aquela havia procedido correctamente.

3. Uma vez que estava em causa a retenção na fonte de rendimentos referentes a IRS/2001, e sendo certo que a entrega da declaração anual de IRS daquele ano e a respectiva liquidação já haviam ocorrido, eventuais erros de retenção na fonte já haviam sido corrigidos, pois a liquidação final tem como efeito o acerto automático do imposto devido face ao valor exacto de rendimentos auferidos e de despesas suportadas pelos sujeitos passivos.

4. Considerou a Provedoria de Justiça, por isso, que mais importante que conhecer os valores exactos referentes aos abonos e descontos efectuados em Julho/2001, era chamar a especial atenção da CGA para a importância de, futuramente, não só interpretar e aplicar o Decreto-Lei n.º 42/91, de 22 de Janeiro (regulamenta a retenção na fonte de IRS) de forma correcta, como ainda, esclarecer e demonstrar aos pensionistas, com clareza, as operações de retenção na fonte efectuadas.

5. Quanto ao pagamento de retroactivos, sugeriu-se à CGA que não deixasse de atentar no período a que os retroactivos se

reportam, já que os mesmos devem ter tratamento diferenciado, em termos de retenção na fonte, consoante digam respeito ao ano civil em que são pagos ou a anos anteriores. No primeiro caso, e por força do disposto no artigo 7º do Decreto-Lei n.º 42/91, o imposto deve ser recalculado e retida apenas a diferença entre o imposto que foi retido no mês a que se reportam os rendimentos e o imposto que deveria ter sido retido. No segundo caso, pelo contrário, haverá apenas lugar ao somatório dos retroactivos com os rendimentos do mês em que são pagos, aplicando-se simplesmente a taxa de retenção na fonte correspondente ao resultado dessa soma.

6. A obrigatoriedade de autonomização da retenção na fonte referente aos 13º e 14º mês, decorrente do artigo 5º, n.º 4, do Decreto-Lei citado, foi também brevemente referida junto da CGA, mas a este respeito a instrução do processo não revelou indícios de irregularidades no procedimento desta entidade.

7. Ao reclamante foi enviada cópia do ofício remetido à CGA, para complemento da elucidação final que lhe foi prestada por ocasião do arquivamento do processo.

R-1422/02
Assessor: Elsa Dias

Assunto: Fiscalidade. Benefícios fiscais. Conta poupança-habitação.

Objecto: Movimentação de conta poupança-habitação. Uniformização de procedimentos entre instituições bancárias e administração tributária.

Decisão: Processo arquivado após formulação de sugestões de actuação junto do Banco de Portugal e da DGCI, entidades de quem se concluiu ser exigível uma atitude mais activa na sistematização das dúvidas dos cidadãos – e seu posterior esclarecimento de modo uniforme – relativamente aos requisitos para a

correcta utilização de montantes depositados em contas poupança-habitação, sem perda de benefícios fiscais.

Síntese:

1. A queixa que originou o processo versava sobre um caso em que a movimentação de uma conta poupança-habitação (CPH) motivou a perda de benefícios fiscais obtidos com a respectiva constituição e reforço, alegando o interessado que seguira, nessa movimentação, as instruções dadas pelo seu banco e que, apesar disso, a movimentação da conta foi considerada irregular pela Administração Tributária, que lhe aplicou as penalizações previstas na lei para tais casos: reposição de benefícios fiscais com agravamento.

2. Quanto ao caso concreto, concluiu a Provedoria de Justiça que não assistia razão ao reclamante, uma vez que a CPH fora, de facto, incorrectamente movimentada, não tendo o saldo sido mobilizado pela forma prevista no artigo 5º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 382/89, de 6 de Novembro (aplicável à data dos factos), nem para os fins previstos no n.º 1 do mesmo artigo.

3. Porém, a queixa e a instrução do processo revelaram a inexistência de articulação sistematizada de procedimentos entre as instituições bancárias e os serviços da Administração Tributária, nomeadamente quanto ao modo correcto de movimentação dos saldos das CPH, existindo apenas contactos esporádicos entre o Banco de Portugal e a DGCI, para esclarecimento de dúvidas pontuais surgidas aos balcões das instituições de crédito.

4. Solicitando um esforço conjunto de harmonização e uniformização de procedimentos em matéria de esclarecimento dos cidadãos a respeito deste assunto, o Provedor de Justiça sugeriu ao Banco de Portugal e à DGCI uma actuação concertada nos termos da qual o Banco de Portugal, por um lado, sistematize as principais questões levantadas pelos particulares junto das instituições de crédito a respeito do regime das CPH, fazendo chegar tais questões ao Director-Geral dos Impostos, o qual, por

seu turno, deverá diligenciar pelo envio, ao Banco de Portugal, quer dos esclarecimentos das questões que assim lhe forem comunicadas, quer das instruções genéricas que sejam divulgadas pelos próprios serviços da DGCI, visando alcançar a necessária uniformidade de entendimentos e procedimentos entre Administração Tributária e instituições bancárias, essencial a uma melhor informação e maior certeza dos cidadãos que pretendam movimentar CPH sem perda de benefícios fiscais.

5. Imediatamente após a intervenção referida no ponto 4., supra, o Banco de Portugal, através do seu Departamento de Supervisão Bancária, deu conhecimento à Provedoria de Justiça da sua «*concordância quanto às vantagens que poderão decorrer da harmonização de entendimentos da administração fiscal e das instituições de crédito no que respeita à aplicação e interpretação das normas que regulam o sistema "poupança-habitação"*». Na mesma ocasião, o Banco de Portugal remeteu à Provedoria de Justiça cópia de comunicações que, no sentido sugerido, foram entretanto por si remetidas, quer ao sistema bancário, quer à Direcção-Geral dos Impostos.

R-3915/02
Assessor: António Gomes da Silva

Assunto: Fiscalidade. Contribuição autárquica. Erro na omissão de inscrição do imóvel na matriz. Dupla avaliação. Agravamento do valor patrimonial.

Objecto: Apreciação da legalidade da 2.ª avaliação de imóvel, bem como da liquidação adicional daí decorrente.

Decisão: Anulação da avaliação do imóvel, e da liquidação do imposto.

Síntese:

Tendo em vista a transmissão de um prédio urbano de que era proprietária, a reclamante solicitou, em Maio de 2001, ao

serviço de finanças da área do imóvel, a emissão dos documentos comprovativos da respectiva inscrição matricial.

Na oportunidade foi informada de que o prédio se encontrava omisso na matriz, pelo que foi obrigada a apresentar a declaração Modelo 129 para inscrição matricial do mesmo.

O serviço de finanças não atendeu aos documentos exibidos pela reclamante, que demonstravam que o imóvel em causa já havia sido avaliado em 1991, tendo-lhe sido atribuído o valor patrimonial de € 8.641,67, pelo que, nessa data, deveria ter sido promovida oficiosamente a sua inscrição matricial, o que não aconteceu por erro dos serviços.

Como consequência da apresentação da declaração Modelo 129, em Maio de 2001, foi o prédio novamente avaliado, tendo a comissão fixado um valor patrimonial muito superior ao apurado em 1991 (€ 57.611,16) e tendo ainda, com base neste novo valor, sido liquidada contribuição autárquica desde o ano de 1996.

Na sequência das diligências promovidas pela Provedoria de Justiça junto da entidade visada, foi reconhecida razão à reclamante e determinada a alteração da inscrição matricial do lote de terreno em causa, relevando os dados resultantes da primeira avaliação ocorrida no ano de 1991, o que implicou ainda a correcção parcial das liquidações de contribuição autárquica, bem como a restituição à reclamante das quantias indevidamente cobradas em excesso.

R-530/03
Assessor: Mariana Vargas

Assunto: Fiscalidade. Processo tributário. Execução fiscal. Direito ao trespasse e arrendamento de estabelecimento comercial. Alienação. Ineficácia. Restituição do preço de aquisição.

Objecto: Apreciação da legalidade da alienação do direito ao trespasse e arrendamento de estabelecimento comercial, efectuada em processo de execução fiscal pendente no Serviço de Finanças de Coimbra 2.

Decisão: Na sequência do Despacho do Director-Geral dos Impostos, de 29 de Novembro de 2003, que reconheceu o direito do reclamante à restituição do preço de aquisição do direito ao trespasse e arrendamento do estabelecimento comercial, e que ordenou ao Director de Finanças de Coimbra que procedesse ao pagamento da quantia indevidamente arrecadada pela Fazenda Pública, procedeu-se ao arquivamento do processo, obtido que foi o resultado pretendido.

Síntese:

No âmbito do processo em análise, transitado do Defensor do Contribuinte para o Provedor de Justiça na sequência da extinção daquele órgão pelo Decreto-Lei n.º 320-A/2002, de 30 de Dezembro, era pedida a restituição do preço pago pela aquisição do direito ao trespasse e arrendamento de um estabelecimento comercial, penhorado em sede de processo de execução fiscal que correu termos pelo Serviço de Finanças de Coimbra 2.

À data da venda do direito, em 21 de Julho de 1989, anunciada como venda de estabelecimento comercial com direito a novo arrendamento, encontrava-se pendente no Tribunal da Relação de Coimbra um recurso deduzido pelo inquilino/executado, da decisão proferida em acção especial de despejo movida pelo proprietário do imóvel, com o fundamento de o estabelecimento comercial que ali havia funcionado se encontrar desactivado desde 1985, e que havia declarado a resolução judicial do dito arrendamento.

A pendência do mencionado recurso havia sido participada pelo proprietário do prédio ao órgão da execução fiscal em 22 de Junho de 1989, cerca de um mês antes da data marcada para a venda, alertando-o para o facto de, em caso de confirmação da

sentença recorrida, os seus efeitos retroagiriam à data em que a mesma foi proferida, ou seja, a 9 de Dezembro de 1988.

O Tribunal da Relação de Coimbra viria efectivamente a confirmar a decisão judicial anteriormente proferida na acção especial de despejo, reconhecendo a inexistência de estabelecimento comercial desde 1985, no prédio objecto de arrendamento, com a consequente resolução do contrato.

A Fazenda Pública havia, pois, procedido à venda de um direito inexistente na esfera jurídica do executado, o que indicia uma invalidade atípica da venda, diferente da que determina a anulação prevista no artigo 908.º do Código do Processo Civil ou nos casos em que ocorre a sua ineficácia, previstos pelo artigo 909.º do mesmo Código.

Ainda assim, o reclamante, na qualidade de terceiro lesado com a decisão judicial acima mencionada, deduziu recurso, tendo em vista o reconhecimento do seu direito ao trespasse e arrendamento, adquirido na execução fiscal. Pretensão esta que viria a ser julgada improcedente por Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, transitado em julgado em 6 de Maio de 1994.

Antes ainda da decisão do recurso, o reclamante requereu ao Tribunal Tributário de 1.ª Instância de Coimbra, em Janeiro e Março de 1990, que ordenasse a notificação do fiel depositário do direito penhorado na execução fiscal, para que procedesse à entrega das chaves do imóvel a cujo arrendamento se julgava com direito.

Também esta pretensão foi objecto de indeferimento, conforme o despacho judicial datado de Junho de 1990, em que se considerou que o meio idóneo para a defesa dos direitos do reclamante seria o requerimento de anulação da venda, a deduzir nos termos do artigo 909.º do Código de Processo Civil, em conjugação com o artigo 225.º do Código de Processo das Contribuições e Impostos, em vigor à data da penhora e da venda efectuada pelo Serviço de Finanças de Coimbra 2.

Porque a venda, embora efectuada através dos serviços da Administração Fiscal, é uma venda judicial, o pedido da sua

anulação, nos termos indicados, a dirigir ao Tribunal Tributário de 1.ª Instância, foi, por erro do reclamante, dirigido ao chefe do serviço de Finanças de Coimbra 2, que o indeferiu em 30 de Junho de 2000.

Em ofício dirigido pela Provedoria de Justiça ao Director-Geral dos Impostos, em Junho de 2003, foram invocados os argumentos a seguir descritos, como fundamento para a restituição do preço pago pelo reclamante:

1.º - o teor do despacho do Meritíssimo Juízo do Tribunal Tributário de 1.ª Instância de Coimbra, invocando a invalidade da venda, nos termos do artigo 909.º do Código do Processo Civil;

2.º - a procedência da acção de despejo e resolução do contrato de arrendamento pode ser equiparada à causa de ineficácia da venda estatuída pelo artigo 909.º, n.º 1, alínea d) do Código de Processo Civil - "se a coisa vendida não pertencia ao executado e foi reivindicada pelo dono";

3.º - o facto de a restituição do preço pago com fundamento em reivindicação da coisa vendida não depender de qualquer prazo, como resulta do n.º 2 do mesmo preceito legal;

4.º - o facto de o artigo 910.º, n.º 1, do Código de Processo Civil, estabelecer que em caso de protesto pela reivindicação, o produto da venda dos bens móveis não poder ser levantado sem que o exequente preste caução;

5.º - o requerimento dirigido ao chefe do serviço de Finanças de Coimbra 2 pelo proprietário do imóvel, em data anterior à venda, pode ser equiparado a um protesto pela reivindicação;

6.º - embora o objecto da venda não tenha sido coisa móvel, mas antes um direito de natureza creditícia sobre um bem imóvel, nada parece autorizar a Fazenda Pública a dar pagamento à execução, através do produto da venda, antes da confirmação da sentença proferida na acção especial de despejo e resolução do arrendamento em questão;

7.º - a existência de casos anteriores de natureza semelhante ao dos autos, resolvidos favoravelmente pela Administração Fiscal.

O resultado obtido e comunicado à Provedoria de Justiça, em Dezembro de 2003, foi o acima indicado: a decisão de proceder à restituição do preço pago pelo reclamante aquando da aquisição, na quantia de 3.100.000$00 (equivalente a € 15 462,73).

No ofício de elucidação final ao reclamante, foi-lhe ainda comunicada a caducidade do direito à indemnização pela ilicitude da venda efectuada, dado o decurso do prazo de três anos para efectivação da responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública.

R-706/03
Assessor: António Gomes da Silva

Assunto: Fiscalidade. Contribuição autárquica. Isenção. Erro na data de transmissão de prédio na matriz. Anulação do imposto e extinção do processo de execução fiscal.

Objecto: Apreciação da legalidade da liquidação de contribuição autárquica de 1999, relativa a imóvel cuja escritura de aquisição se realizou apenas em 2000.

Decisão: A DGCI modificou a sua posição, tendo procedido à anulação da liquidação do imposto e à extinção do processo de execução fiscal.

Síntese:

Nos termos do disposto no art.º 47.º do Código do Imposto Municipal da Sisa e do Imposto sobre as Sucessões e as Doações, a reclamante solicitou, em Novembro de 1999, ao Serviço de Finanças de Lisboa 6, a liquidação do imposto de sisa devido pela aquisição de uma fracção autónoma de um prédio urbano tendo, na mesma data, procedido ao pagamento do imposto liquidado.

A escritura pública de compra e venda do imóvel só veio a ser outorgada em 14 de Janeiro de 2000, tendo, a pedido da contribuinte, sido concedido o benefício fiscal da isenção da

contribuição autárquica pela aquisição de habitação própria permanente pelo período máximo de 10 anos, com início em 2000 e termo em 2009.

Contudo, a entidade visada, que já havia procedido ao averbamento do imóvel na matriz em nome da reclamante, com base no conhecimento de sisa, nos termos do disposto na alínea c), do n.º 3, do artigo 14.º do Código da Contribuição Autárquica, não efectuou a correcção da data da respectiva aquisição, pelo que a contribuinte foi notificada, em Março de 2000, para pagar a contribuição autárquica do ano de 1999, tendo a falta de pagamento voluntário motivado a instauração de um processo de execução fiscal para cobrança coerciva da suposta dívida.

Entendendo o Serviço de Finanças que a sua actuação, no caso em apreço, era correcta, recusou-se a corrigir a situação.

Após diligências promovidas pela Provedoria de Justiça junto da Direcção de Serviços da Contribuição Autárquica, veio este Serviço Central, perfilhando a posição deste órgão do Estado, a determinar superiormente que o Serviço Periférico Local procedesse à anulação da contribuição autárquica indevidamente liquidada quanto ao ano de 1999, e que declarasse extinto, por inexistência de dívida, o processo de execução fiscal instaurado.

A intervenção da Provedoria de Justiça junto dos Serviços Centrais da DGCI possibilitou, depois da inicial recusa nesse sentido do Serviço de Finanças de Lisboa 6, a reposição da legalidade da situação tributária da cidadã.

R-832/03
Assessor: Ana Pereira

Assunto: Assuntos bancários. Cartões de crédito e de débito. Cobrança de comissões pelo levantamento de numerário na Zona Euro.

Objecto: Apreciação da legalidade do débito de comissões bancárias cobradas em levantamentos em numerário efectuados com cartão em Espanha.

Decisão: Concluiu-se pela correcção do procedimento da instituição bancária, dado que o cartão utilizado funcionou como cartão de crédito e não como cartão de débito.

Síntese:

Na sequência de uma queixa apresentada por um particular contestando o facto de o Banco Comercial Português-Nova Rede lhe ter cobrado uma comissão pelo levantamento de numerário no estrangeiro (Zona Euro), utilizando para o efeito um cartão de crédito, a Provedoria de Justiça solicitou a colaboração do Banco de Portugal.

Realizadas as necessárias diligências, foi possível esclarecer que :

1. O cartão que terá sido utilizado nas operações em causa assumia apenas a natureza de cartão de crédito, pois não continha a menção de "VISA Electron", cujas regras de utilização no estrangeiro apontam sempre, em quaisquer circunstâncias, e seja qual a opção que possa surgir no écran da caixa automática, para a realização de uma operação a crédito.

2. Habitualmente pode dizer-se que os cartões típicos que existem são de crédito ou de débito, não sendo em rigor conhecidos cartões híbridos, isto é, que sejam simultaneamente de crédito e de débito, muito embora nada impeça que as instituições de crédito emitam cartões com essa funcionalidade mista.

3. No entanto, os cartões de crédito, normalmente designados "cartões VISA", porque pressupõem uma ligação a esta rede, efectuam, em Portugal, por defeito, operações a débito quando são utilizados na rede multibanco, sem que o titular tenha que suportar qualquer encargo quando usufrui deste tipo de operação.

4. Naturalmente que, ainda em Portugal, desde que o utilizador expressamente manifeste essa vontade, estes "cartões

VISA" também funcionam como cartões de crédito propriamente ditos, assumindo a sua função típica de "cash-advance", sendo certo que neste caso, uma vez que as instituições bancárias disponibilizam vários serviços - tais como a verificação de *plafonds* e o adiantamento do capital - exigem também a correspondente remuneração no valor de cerca de 4,5%.

5. Pelo contrário, sem necessidade de qualquer declaração expressa - que para o efeito também seria inválida -, quando se utilizam estes "cartões VISA" no estrangeiro, ainda que para efectuar levantamentos de numerário, estes funcionam sempre e só como "cash-advance", ou seja, como cartões de crédito, sendo a sua utilização sempre sujeita àquela mesma comissão, neste caso para suportar os encargos com a ligação à rede VISA internacional.

6. Quantos aos típicos cartões de débito, servem, naturalmente, apenas para meras operações de disponibilização de fundos já existentes na conta bancária do titular, seja em Portugal, seja no estrangeiro, sem que seja cobrada aos titulares qualquer comissão pela sua utilização.

7. A respeito desta questão específica dos pagamentos transfronteiriços em euros, há que ter em conta o Reg. (CE) n.º 2560/2001, do Conselho, de 19 de Dezembro de 2001, que procurou instituir mecanismos de defesa do princípio da igualdade entre as operações realizadas no espaço nacional e as que se efectuam nos restantes países do espaço comunitário, ou seja, "para operações iguais, deverão ser cobrados encargos iguais", exactamente para evitar discriminações impeditivas da liberdade de pagamentos na Zona Euro.

8. O que significa que, no caso português, as operações a débito na Zona Euro não estão sujeitas a quaisquer encargos para os utilizadores dos cartões, tal como também o não estão no espaço nacional.

9. Já nas operações a crédito ou "cash-advance" - a que se reconduzem quaisquer operações que se efectuem no estrangeiro

utilizando um cartão de crédito -, cobra-se a tal comissão de 4,5%, quer em Portugal, quer em qualquer país do espaço comunitário.

Assim, nada havendo a censurar à cobrança de uma comissão pelas operações de levantamento de numerário efectuadas na Zona Euro, utilizando para o efeito um cartão de crédito, foi determinado o arquivamento do processo, mediante a devida elucidação do reclamante.

R-948/03
Assessor: António Gomes da Silva

Assunto: Fiscalidade. Imposto do selo. Sujeição a imposto de actos como o reconhecimento de assinaturas ou a certificação de fotocópias, quando praticados por entidades diferentes dos notários.

Objecto: Revogação da Circular n.º 25/2002, de 29 de Novembro, da Direcção-Geral dos Impostos.

Decisão: Satisfeita a pretensão.

Síntese:

Com a publicação dos Decretos-Lei n.º 28/2000 de 13 de Março, e n.º 237/2001 de 30 de Agosto, foi conferida competência às juntas de freguesia, aos CTT - Correios de Portugal, S.A., às câmaras de comércio e indústria, aos advogados e aos solicitadores, para a certificação de fotocópias prevista no artigo 171.º-A do Código do Notariado (CN), e para efectuarem os reconhecimentos com menções especiais, por semelhança, a que se referem os artigos 153.º a 157.º do Código do Notariado.

O Director-Geral dos Impostos, através da Circular n.º 25/2002, de 29 de Novembro, considerou que aqueles actos, quando praticados pelas referidas entidades, davam lugar à liquidação e ao pagamento de imposto do selo, sendo-lhes aplicável o ponto 15.7 da Tabela Geral anexa ao Código do Imposto do Selo (CIS).

Segundo o entendimento veiculado na mencionada Circular, os actos em causa são considerados instrumentos notariais avulsos, expressão que na Tabela Geral anexa ao Código do Imposto do Selo teria um sentido menos técnico e mais abrangente do que o previsto no Código do Notariado.

Inconformado com a doutrina firmada naquelas instruções administrativas, o reclamante veio solicitar a intervenção do Provedor de Justiça junto da DGCI, alegando que:

a) só são considerados instrumentos notariais avulsos os actos praticados por notários que, não sendo celebrados por escritura pública, obedeçam aos formalismos previstos no artigo 46.º do Código do Notariado;

b) determinando a alínea a) do artigo 1.º do Código do IVA a sujeição a imposto sobre o valor acrescentado *"das prestações de serviços efectuadas em território nacional, a título oneroso, por um sujeito passivo agindo como tal",* e considerando que, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 1.º do Código do Imposto do Selo, se encontram isentas deste imposto as operações sujeitas a IVA, a doutrina em causa viola directamente esta última norma.

Na sequência das diligências promovidas pela Provedoria de Justiça junto da Direcção-Geral dos Impostos, foram emitidas novas instruções administrativas, por via da Circular n.º 14/2003, de 22 de Outubro, da DGCI, que substituiu a anterior Circular n.º 25/2002, de 29 de Novembro, onde se conclui que não são instrumentos públicos avulsos, os averbamentos, a autenticação de documentos particulares, os reconhecimentos, os certificados, certidões e documentos análogos incluindo públicas formas e traduções, pelo que sobre eles não incide imposto do selo.

Integralmente satisfeita a pretensão exposta ao Provedor de Justiça, foi determinado o arquivamento do processo.

R–2181/03
Assessor: Mariana Vargas

Assunto: Fiscalidade. Processo tributário. Execução fiscal. Citação do cônjuge do executado. Erro.

Objecto: Questiona-se a legalidade e correcção da citação feita ao cônjuge do executado, nos termos do artigo 825.º do Código do Processo Civil, em execução por dívidas comunicáveis, susceptível de o induzir em erro acerca dos meios de defesa que poderia utilizar.

Decisão: Obtida a decisão de proceder a nova citação do cônjuge do executado, nos termos do artigo 864.º-B do Código do Processo Civil e a suspensão da venda do imóvel penhorado na execução, foi determinado o arquivamento dos autos.

Síntese:

Penhora de imóvel propriedade comum do casal, em execução movida apenas a um dos cônjuges, por dívidas fiscais e parafiscais da responsabilidade de ambos.

Em 2 de Junho de 2003, deu entrada, na Provedoria de Justiça, uma queixa em que a Senhora ... se queixava da actuação do serviço de finanças, no âmbito da execução fiscal instaurada em nome do seu ex-cônjuge ainda na vigência do matrimónio, por dívidas de IVA, coimas fiscais e contribuições da segurança social, decorrentes da sua actividade industrial.

Penhorada a casa de morada da família, o serviço de finanças procedeu à citação da reclamante, em Janeiro de 2000, nos termos do artigo 321.º, n.º 1, do Código de Processo Tributário, em vigor à data daquela citação e, nos termos do n.º 2 do artigo 825.º do Código do Processo Civil, por aplicação subsidiária, para que requeresse a separação de bens, sob pena de a execução prosseguir nos bens penhorados.

De imediato a Senhora ... requereu, no tribunal judicial da sua residência a separação judicial de bens, em cujo inventário para separação de meações lhe viria a ser adjudicado o imóvel objecto de penhora, declarando-se a responsabilidade do cônjuge marido pelas dívidas em execução.

Transitada em julgado aquela decisão judicial, a Senhora ... requereu ao chefe do serviço de finanças que procedesse ao cancelamento da penhora que incidia sobre o imóvel, agora de sua exclusiva propriedade.

O pedido da reclamante foi objecto de indeferimento, com a fundamentação de que:

- as dívidas em execução foram constituídas no proveito comum do casal;
- eram por isso dívidas comunicáveis;
- por elas respondendo os bens comuns do casal, em que se incluía o imóvel penhorado.

A venda do imóvel foi marcada para o dia 26 de Junho de 2003, pelas 10 horas.

Recebida e autuada a petição da reclamante, iniciou-se de imediato a instrução dos autos, através de contacto telefónico com o senhor chefe do serviço de finanças e, posteriormente, com o senhor chefe de Divisão da Justiça Tributária da Direcção de Finanças do Distrito de Aveiro, a quem foram expostos os factos, com a seguinte argumentação:

- os diversos processos de execução fiscal pendentes contra o ex-cônjuge da reclamante têm proveniências diversas: IVA, contribuições à segurança social e coimas fiscais, encontrando-se apensados;
- dada a diferente natureza das dívidas em execução, a tramitação de cada uma delas teria que ser distinta, não se justificando a sua apensação;
- é que, se as dívidas de IVA e de contribuições à segurança social são dívidas comunicáveis, nos termos do artigo 1691.º, n.º 1, alíneas c) e d) do Código Civil, as dívidas por coimas fiscais são incomunicáveis, dada a intransmissibilidade da responsabilidade contra-ordenacional;
- tratando-se de dívidas na sua maioria comunicáveis, não se justificaria a citação do cônjuge do executado para requerer a separação judicial de bens, mas sim a sua

citação para efeitos do disposto no artigo 864.º - B, do Código do Processo Civil, ou seja, para que adquirisse o estatuto de co-executada, sendo-lhe atribuídos os mesmos direitos de defesa que a lei processual confere ao executado;

- tais direitos de defesa são, entre outros, o de deduzir oposição à execução;
- não tendo a citação indicado os meios idóneos para a defesa da citanda, induzindo-a em erro quanto aos mesmos, é inválida, carecendo de ser repetida;
- a notificação do despacho de indeferimento do pedido de cancelamento da penhora, apresentado pela reclamante, também não indicava o meios de defesa contra a decisão do órgão da execução fiscal em manter a penhora sobre o imóvel;
- sendo tal notificação igualmente inválida, também ela deveria ser repetida;
- a repetição da citação na execução e da notificação do indeferimento do pedido de levantamento da penhora, deveriam ser efectuados nos termos da lei actualmente em vigor, dada a sua aplicação do Código de Procedimento e de Processo Tributário a todos os processos pendentes, determinada pelo artigo 12.º da Lei n.º 15/2001, de 5 de Julho.

Obtida informação sobre o teor do despacho proferido pelo senhor chefe do serviço de finanças, em 24 de Junho de 2003, em que foi determinada:

a) a suspensão da venda designada para o dia 26 de Junho próximo;
b) a repetição da notificação da executada, com todas as consequências legais (...);
c) repetição da notificação da mesma executada, com a necessária perfeição (...),

procedeu-se ao arquivamento dos autos.

No ofício de elucidação enviado à reclamante, alertou-se a mesma de que, no prazo de 10 dias a contar da data da citação que lhe fosse efectuada, poderia deduzir a reclamação prevista nos artigos 276.º a 278.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário, dirigida ao Tribunal Tributário de 1.ª Instância, com o fundamento de que, à data daquela diligência processual, os bens penhorados já não respondem pela dívida exequenda, nos termos do direito substantivo.

2.2.4. Pareceres

R-4815/01
Assessor: Elsa Dias

Entidade visada: Serviço de Finanças do Seixal-2 (DGCI)
Assunto: Fiscalidade. IRS. Execução fiscal. Dívidas dos cônjuges.

I
A queixa e as diligências instrutórias

Nenhuma das respostas da Administração Fiscal à Provedoria ou ao Defensor do Contribuinte analisa a questão que é a principal neste processo: saber se a dívida de IRS/90 da mulher do reclamante é da sua exclusiva responsabilidade ou se é da responsabilidade de ambos os cônjuges. Sendo diferente o regime de responsabilidade dos cônjuges quando estão em causa dívidas só de um deles e quando estão em causa dívidas de ambos, tem necessariamente que começar por se saber de quem é a dívida, para se apurar, depois, que bens podem – e em que termos – responder por ela.

A entidade visada, enquanto na primeira resposta reproduziu ambos os regimes e não definiu quem considerava ser responsável pela dívida de IRS/90 do cônjuge mulher, na segunda resposta volta a incorrer no erro de achar que o que está em causa é *"analisar a questão dos bens que respondem pelas dívidas da responsabilidade de ambos os cônjuges"*, sem nunca ter demonstrado como e por que motivos entende que a dívida de IRS/90 contraída pela cônjuge mulher antes do casamento é uma dívida de ambos os cônjuges.

Apreciadas estas respostas da Administração Fiscal e também a informação constante de fls. 32-39 do processo R-392/03 (A2), concluí que assiste razão ao reclamante quando entende que

a dívida de IRS/90 contraída pela sua actual mulher em data anterior ao casamento é uma dívida da exclusiva responsabilidade daquela. Porém, isso não significa que os bens comuns não possam ser chamados a responder pelo respectivo pagamento. Sem querer antecipar conclusões, exponho de seguida os motivos pelos quais alcancei esta conclusão, as consequências que daí retiro e o que proponho seja diligenciado pela Provedoria, caso a presente informação seja superiormente sancionada.

II
Responsabilidade por dívida de IRS contraída por um dos cônjuges em data anterior a casamento celebrado em regime de comunhão de adquiridos

Atente-se, em primeiro lugar, no regime geral do Código Civil (CC), para depois aferir se existe norma especial de direito fiscal que se lhe sobreponha.

Como já referi anteriormente, dos artigos 1691º (dívidas que responsabilizam ambos os cônjuges) e 1692º (dívidas da responsabilidade de um dos cônjuges), ambos do CC, resulta que a dívida em causa é da exclusiva responsabilidade do cônjuge mulher.

Com efeito, a dívida foi contraída antes do casamento (que só aconteceu 6 anos depois), não parecendo provável que o tenha sido *"com o consentimento do outro"* ou *"para ocorrer aos encargos normais da vida familiar",* casos em que, apesar de anterior ao casamento, a dívida poderia responsabilizar ambos (artigo 1691º, n.º 1, alíneas a) e b), respectivamente). Note-se que o consentimento a que se refere a alínea a) do n.º 1, do artigo 1691º do CC não pode ser um mero conhecimento ou uma mera não oposição à contracção da dívida: entendem Pires de Lima e Antunes Varela (CC anotado, Volume IV, 2ª edição, Coimbra Editora, 1992, pág. 327) que nestes casos, para que a dívida seja da responsabilidade de ambos, é essencial que haja sido contraída

na expectativa do casamento, o que se vê como muito difícil de ocorrer no caso de uma dívida resultante do não pagamento de IRS.

Afastada assim a possibilidade de aplicação do artigo 1691º, a situação em apreço cai na previsão do artigo 1692º, alínea a), que considera serem da exclusiva responsabilidade do cônjuge a que respeitam *"as dívidas contraídas, antes ou depois da celebração do casamento, por cada um dos cônjuges sem o consentimento do outro..."*.

Não existem, no direito fiscal em geral, nem no Código do IRS em especial, normas específicas que contrariem o essencial do supra sumariado regime geral de responsabilidade por dívidas dos cônjuges.

Vale a pena, porém, referir as poucas normas específicas existentes sobre a matéria. Releva, desde logo, o artigo 13º, n.º 2, do CIRS: *"Existindo agregado familiar, o imposto é devido pelo conjunto dos rendimentos das pessoas que o constituem, considerando-se como sujeitos passivos aqueles a quem incumbe a sua direcção"*[78] .

Quer isto dizer que, existindo agregado familiar (cuja constituição está definida no n.º 2 do mesmo artigo 13º do CIRS), ambos os cônjuges são responsáveis pela obrigação de imposto. Assim sucede, também, no caso da união de facto, se for exercida a opção de tributação segundo o regime de tributação dos sujeitos passivos casados, já que o n.º 3 do artigo 14º do CIRS dispõe: *"No caso de exercício da opção* (...) *é aplicável o disposto no n.º 2 do artigo 13º, sendo ambos os unidos de facto responsáveis pelo cumprimento das obrigações tributárias."*

Quer pela entidade visada, quer pelos Serviços do Defensor do Contribuinte, é referida a Circular n.º 6/93[79], que expressamente (re)afirma que ambos os cônjuges são

[78] Incumbe a ambos os cônjuges, conforme resulta do art.º 1671º, n.º 2, do CC.

[79] A Circular n.º 6/93 foi elaborada antes da renumeração do CIRS pelo que a menção que aí é feita ao então artigo 14º do CIRS deve entender-se feita ao seu actual artigo 13º.

solidariamente responsáveis pela dívida de IRS. Assim é, de facto, mas este raciocínio e esta conclusão valem apenas quando a dívida foi contraída na vigência da sociedade conjugal – é o que resulta, sem margem para dúvidas, dos três pontos da citada circular, do próprio Parecer do Centro de Estudos Fiscais que esteve na base da sua elaboração e das disposições do CIRS supra citadas. Não é essa a situação em apreço no presente processo, pelo que de pouco ou nada serve a doutrina da referida circular e do parecer.

Temos, pois, que nenhuma das entidades que até agora se pronunciou sobre esta questão logrou ainda esclarecer por que motivo hão-de ter igual tratamento as dívidas de imposto contraídas antes do matrimónio (é esse o regime que aqui nos interessa) e as dívidas de imposto contraídas na constância do mesmo (é a essas que se referem a circular e o parecer, como se disse).

A meu ver esse regime tem necessariamente que ser diferente. Voltando ao caso em apreço: a dívida de IRS/90 da mulher do reclamante reporta-se a um ano em que apenas ela era sujeito passivo de imposto. O facto de a devedora ter posteriormente contraído matrimónio (seis anos depois do ano a que se reporta a dívida!) não torna o seu marido sujeito passivo do imposto que por ela é devido desde 1990. A isso também obsta o disposto no artigo 13º, n.º 7, do CIRS que estatui: *"A situação pessoal e familiar dos sujeitos passivos relevante para efeitos de tributação é aquela que se verificar no último dia do ano a que o imposto respeita"*. Uma vez que em 31.12.1990 o reclamante e a sua actual mulher não constituíam um agregado familiar, não existe fundamento para defender a existência de responsabilidade solidária de ambos no pagamento de dívidas de IRS daquele ano.

Constata-se pois que, por aplicação do regime geral de dívidas dos cônjuges previsto no Código Civil, a dívida de IRS/90 do cônjuge mulher é da sua exclusiva responsabilidade, uma vez que é anterior ao casamento e não foi contraída com o consentimento do actual cônjuge nem para acorrer aos encargos da vida familiar que ambos encetaram apenas a partir de 1996.

As normas especiais constantes do Código do IRS acerca da responsabilidade dos cônjuges por dívidas fiscais aplicam-se apenas a dívidas de IRS referentes a anos em que já vigorava a sociedade conjugal, o que, como se viu, não corresponde ao caso em apreço.

Em conclusão: a dívida de IRS/90 da mulher do reclamante é da exclusiva responsabilidade daquela.

III
Bens que respondem por dívida de IRS da responsabilidade exclusiva de um dos cônjuges

A questão objecto de queixa não se resolve com a mera definição da titularidade da dívida. Com efeito, aquilo de que o reclamante se queixa é de estarem sendo utilizados bens comuns (os cheques de reembolso a que ambos os cônjuges têm direito por serem resultantes da liquidação de IRS de anos em que já vigorava a sociedade conjugal - 1996 e 1997) para pagamento de dívida que considera ser só da sua mulher.

Já se viu que quanto à titularidade da dívida, assiste razão ao reclamante: é apenas da sua mulher. Porém, isso não impede que por ela respondam bens comuns.

Uma vez mais convirá atentar no regime geral e nas normas especiais: de acordo com o artigo 1696º, n.º 1, do CC "pelas dívidas da responsabilidade de um dos cônjuges respondem os bens próprios do cônjuge devedor e, subsidiariamente, a sua meação nos bens comuns".

Porém, o artigo 302º do Código de Processo Tributário[80](CPT) permite a penhora imediata de bens comuns do casal mesmo quando a dívida é apenas de um deles, impondo,

[80] Aplicável à execução fiscal instaurada para cobrança da dívida de IRS/90 em apreço, já que aquela foi instaurada em 1995 e o novo Código de Procedimento e de Processo Tributário apenas se aplicou aos processos instaurados a partir de 01.01.2000 (cfr. artigo 4º do Decreto-Lei n.º 433/99, de 26.10., que o aprovou).

nesse caso, que o outro cônjuge seja citado para, querendo, requerer a separação judicial de bens.

Embora a letra do artigo 302º do CPT referisse apenas a possibilidade de penhora de bens comuns do casal quando estivesse em causa a cobrança de coima fiscal da responsabilidade de um dos cônjuges, a doutrina e a jurisprudência vieram a concluir pela sua aplicabilidade também aos caso de dívidas de impostos da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges. Nesse sentido, veja-se o que diz Jorge Lopes de Sousa no CPPT anotado, 3ª edição, 2002, a págs. 1063, em anotação ao artigo 220º do actual CPPT, que corresponde ao aqui em análise artigo 302º do revogado CPT. Aí se lê:

«*No artigo 302º do CPT previa-se tal citação* [do cônjuge do executado, para requerer a separação judicial de bens em caso de penhora imediata de bem comum para responder por dívida do outro cônjuge] *apenas nos casos em que a dívida se reportasse a coima fiscal, mas a razão de ser da obrigatoriedade de tal citação, que era propiciar ao cônjuge não responsável requerer a separação de bens, justificava que se fizesse uma interpretação extensiva do referido artigo 302º, por forma a abranger todos os casos em que tivessem sido penhorados bens comuns por dívida da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges*».

No mesmo sentido, e como aliás também é referido nessa anotação, se pronunciou o S.T.A., em Acórdão de 18.02.1998.

Quer isto dizer que, por força da regra geral (artigo 1696º, n.º 1, do CC), a Administração Fiscal estaria obrigada a liquidar a dívida de IRS/90 do cônjuge mulher através dos seus bens próprios e, apenas se estes se revelassem insuficientes, através da sua meação nos bens comuns do casal. Porém, a norma especial constante do artigo 302º do CPT (extensivamente interpretada pelos motivos e nos termos supra referidos) sobrepõe-se àquela regra geral e legitima a decisão da Administração Fiscal de penhorar, de imediato, bens comuns do casal para se fazer pagar da dívida de IRS/90 da exclusiva responsabilidade do cônjuge mulher.

No entanto, e como resulta da letra do artigo 302º do CPT, a penhora de bens comuns para pagamento de dívidas da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges impõe que o cônjuge não devedor seja citado para, querendo, requerer a separação judicial de bens. Se este o não fizer no prazo fixado para o efeito a execução prossegue então sobre os bens comuns, mas a concretização de tal citação é essencial para que o cônjuge não devedor tenha a possibilidade de fazer sair os seus bens da comunhão conjugal e assim obviar a que respondam por dívida da exclusiva responsabilidade do outro cônjuge.

Foi oportunamente pedida cópia do processo de execução fiscal ao Serviço de Finanças do Seixal-2. Da sua análise resulta não ter sido efectuada a citação do cônjuge do devedor para requerer a separação de bens.

A falta de citação do cônjuge do executado, quando possa prejudicar a defesa do interessado, constitui nulidade insanável – cfr. artigo 251º, n.º 1, alínea a), do CPT então em vigor. O artigo 165º, n.º 1, alínea a), do actual CPPT manteve esta mesma sanção para a referida falta de citação.

O requisito de que a falta de citação pudesse prejudicar a defesa do interessado parece-me dever dar-se por preenchido, uma vez que a penhora dos cheques foi apenas dada a conhecer à mulher do reclamante e, embora este tenha vindo a revelar conhecer o respectivo teor (daí as suas queixas ao Defensor do Contribuinte e à Provedoria), o mesmo não fazia qualquer referência à possibilidade de o cônjuge do executado requerer a separação judicial de bens. Ou seja, mesmo que se reconheça que o reclamante teve conhecimento da penhora dos cheques, não pode considerar-se assim suprida a falta de citação para requerer a separação judicial de bens. Creio, por isso, que estamos perante um caso em que a falta de citação prejudicou efectivamente o interessado, que nunca teve possibilidade de ponderar o direito que lhe assistia de requerer a separação judicial de bens.

De acordo com o regime destas nulidades (idêntico no artigo 251º do revogado CPT e no actual artigo 165º do CPPT), as

mesmas são de conhecimento oficioso e podem ser arguidas até ao trânsito em julgado da decisão final (n.ºs 4 dos artigos citados do CPT e do CPPT) e a sua consequência é a anulação dos termos subsequentes do processo, com o aproveitamento possível dos actos que tenham entretanto sido praticados (n.ºs 2 dos citados artigos).

Em conclusão: os cheques de reembolso de IRS/96 e 97, enquanto bens comuns do agregado familiar, podiam ter sido penhorados para pagamento da dívida exequenda, apesar de esta não ser comum mas sim apenas da cônjuge mulher. Porém, o reclamante deveria ter sido citado para, querendo, requerer a separação judicial de bens. Não o foi, pelo que os actos praticados após a penhora – e o acto de aplicação dos cheques penhorados no pagamento da dívida exequenda é, necessariamente, um dos actos posteriores à penhora[81] – deverão ser agora dados sem efeito e o processo reiniciado a partir do acto da penhora. Vejamos em que termos:

IV
O prosseguimento da execução fiscal pendente

Após a penhora dos cheques, pouco foi processado no processo de execução fiscal, como se vê da respectiva cópia (mesmo considerando que a aplicação dos cheques teve lugar após a sua penhora, única ordem possível destes actos, apesar do que as datas constantes da guia de pagamento possam indiciar).

O prosseguimento da execução fiscal coloca, desde já, problemas em sede de aplicação da lei no tempo: até agora tem sido sempre dado como assente que à execução fiscal em apreço se aplicava ainda o revogado CPT uma vez que o novo CPPT apenas

[81] Esta ressalva parece-me essencial pois da guia de pagamento constante do processo de execução fiscal constam datas algo contraditórias, que indicariam que os cheques penhorados tinham sido utilizados no pagamento da dívida exequenda em data anterior à da penhora (esta é de 13.11.2000 e a guia de pagamento é de 09.11.2000 e tem como data de pagamento 11.09.2000)

se aplicou aos processos instaurados a partir da data da sua entrada em vigor (01.01.2000), por força do disposto no artigo 4º do Decreto-Lei que aprovou o referido Código (Decreto-Lei n.º 433/99, de 26 de Outubro).

Assim foi, de facto, mas apenas até 05.07.2001, data da entrada em vigor da Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho, cujo artigo 12º revogou tacitamente o referido artigo 4º do Decreto-Lei n.º 433/99, ao dispor que *"os procedimentos e processos pendentes regulados pelo Código de Processo Tributário (...) passam a reger-se pelo Código de Procedimento e de Processo Tributário, sem prejuízo do aproveitamento dos actos já realizados"*

Dúvidas não existem, portanto, de que o processo de execução fiscal em apreço está actualmente sujeito à tramitação prevista no CPPT e é com base neste que devem ser praticados, agora, os actos subsequentes à penhora dos cheques (o acto de penhora dos cheques praticado em 13.11.2000 pelo Serviço de Finanças do Seixal-2 mantém-se válido).

Para além da aplicação dos cheques no pagamento de parte da dívida exequenda, o único acto praticado depois da penhora foi o envio, à executada, da comunicação. Este acto também deverá ser repetido, pois mesmo aproveitando-se os actos anteriormente praticados na execução fiscal, constata-se que não existem comprovativos no processo de a executada alguma vez ter sido informada sobre a possibilidade e prazo para deduzir oposição ou requerer o pagamento em prestações ou a dação em pagamento.

Com efeito, da cópia – supostamente integral - do processo de execução fiscal enviada à Provedoria, não consta qualquer aviso-citação comunicando à executada a instauração do processo e os termos e prazos para o exercício dos seus direitos daí decorrentes. Essa comunicação era essencial à luz dos artigos do CPT então aplicáveis (273º e 274º).

Refira-se que, já depois de a Provedoria ter solicitado cópia do processo de execução fiscal ao SF Seixal-2, deu aqui entrada o processo instaurado no Defensor do Contribuinte com base em queixa análoga do qual consta, também, cópia do processo de

execução fiscal. A análise conjunta dos documentos enviados pelo SF Seixal-2 como "cópia integral" do processo a um e outro serviço, revelam que da cópia enviada à Provedoria não constam duas folhas que foram remetidas ao Defensor do Contribuinte referentes, precisamente, à citação da executada.

Ainda que a falta destas folhas na cópia "integral" enviada à Provedoria possa ter ocorrido por mero lapso, não poderá deixar de se fazer notar esse lapso ao serviço de finanças, o que incluirei em minuta de ofício. Por ora, e mesmo considerando o teor dessas duas folhas, não é possível perceber se foi enviada à executada a citação-tipo que é habitualmente remetida pelos SF e que contém, precisamente, a menção do prazo para oposição à execução e pagamento em prestações ou dação em pagamento.

Mesmo que fosse essa citação-tipo a ter sido remetida através do postal registado – e nesse aspecto dar-se-á ao SF o benefício da dúvida e considerar-se-á que assim foi - certo é que o mesmo foi devolvido ao serviço de finanças pelo que este, embora pudesse ter prosseguido para a penhora de bens (como o fez), deveria também ter dado cumprimento ao disposto no então artigo 277º, n.º 2, do CPT (o que não foi feito), o qual visa assegurar que, pelo menos por ocasião da penhora, o executado seja informado dos seus direitos de ainda efectuar o pagamento ou de se opor à execução.

Quer isto dizer que, não só o cônjuge do executado nunca foi citado para, querendo, requerer a separação judicial de bens, como a própria executada nunca foi informada dos termos e prazo para, nomeadamente, se opor à execução, se assim o entendesse.

Em conclusão, e porque se entende que o SF Seixal-2 deve praticar agora todos os actos que deveria ter praticado imediatamente após a penhora dos cheques, creio dever ser-lhe sugerido que comece por:

- dar sem efeito o ofício enviado à executada, substituindo-o por outro que, nos termos do artigo 193º, n.º 2, do CPPT – diploma que agora deve ser aplicado à execução fiscal em apreço, como se viu - não só lhe dê conhecimento da

penhora mas também a informe da possibilidade de deduzir oposição e de requerer o pagamento em prestações[82];

- efectuar a citação do cônjuge da executada para que, pelos motivos acima expostos e nos termos hoje previstos nos artigos 220º e 239º do CPPT, requeira a separação judicial de bens em 30 dias, se assim o entender, sob pena de a execução prosseguir sobre os bens comuns penhorados.

Caso nenhum dos interessados – executada e cônjuge – depois de validamente citados como acima se sugere, tome qualquer iniciativa que tenha como efeito suspender a execução fiscal[83], esta poderá prosseguir, aproveitando--se a penhora já efectuada. Mesmo nesse caso, o SF deverá ser alertado para a necessidade de fazer constar do processo o modo de cálculo dos juros de mora e outros encargos que venham a ser pagos através da aplicação dos cheques penhorados, pois mesmo que este acto de penhora venha a ser aproveitado, a dívida exequenda é de montante superior ao dos bens penhorados e haverá que atentar, com rigor, no apuramento exacto dos montantes em dívida, nomeadamente a título de juros de mora, bem como na ordem pela qual serão pagos esses montantes, a fim de evitar novas irregularidades.

V – Proposta de actuação

Das conclusões parcelares que foram ficando registadas no final de cada uma das partes que compõem a presente informação resulta que, em meu entender, deve começar por ser enviado

---

[82] Possível no mesmo prazo da oposição à execução – cfr. artigo 196º do CPPT.

[83] Iniciativas que suspendam a execução fiscal serão, por exemplo, o requerimento, pelo cônjuge, da separação judicial de bens (caso em que a execução ficará suspensa até à partilha – cfr. artigo 825º, n.º 3, do Código de Processo Civil, subsidiariamente aplicável por força do artigo 2º, alínea e) do CPPT) ou a oposição à execução com prestação de garantia por parte da executada – artºs 169º do CPPT e 52º da LGT.

ofício ao SF Seixal-2 apontando as principais irregularidades no processo de execução fiscal em apreço e sugerindo a sua rectificação nos termos acima referidos, começando pelo envio das citações em falta – anexo minuta. Anexo igualmente minuta de ofício ao reclamante dando conta desta diligência. Creio que posteriores consequências da actuação do serviço de finanças - nomeadamente em sede de compensação ao reclamante pela penhora irregular dos seus cheques – serão melhor ponderadas após conhecermos a reacção dos serviços à proposta de actuação agora efectuada.

Esclareço que contactei o reclamante há algum tempo a fim de saber se teria aderido ao mais recente regime de regularização de dívidas fiscais (Decreto-Lei n.º 248-A/2002, de 14 de Novembro), tendo a resposta sido negativa e o reclamante reafirmado o seu interesse no prosseguimento da instrução.

R-2565/02
Assessor: Elsa Dias

Entidade visada: Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais
Assunto: Fiscalidade. IRS. Serviços gratificados ou remunerados prestados por agentes da PSP. Taxa reduzida de 10 %. Opção de retenção na fonte.

I
Âmbito da instrução do processo: enquadramento fiscal dos "Serviços remunerados" ou "Gratificados"

O reclamante queixa-se de ser designado, contra sua vontade, para fazer os chamados "serviços remunerados" nos jogos de futebol. Queixa-se ainda de que sobre o montante que

aufere pela prestação desses serviços incide IRS, pelo que acaba por receber muito pouco por um trabalho que não deseja efectuar.

Em conformidade com o despacho do Exmº Coordenador, e considerando que o processo foi instruído pela Área 2, foi essa instrução circunscrita à questão fiscal de saber se os rendimentos em causa estavam ou não sujeitos a IRS e, em caso afirmativo, se haveria lugar – e em que termos – a retenção na fonte.

Os dados apurados a este respeito sumariam-se da seguinte forma:

1. Até 31.12.1999 a PSP não procedia a qualquer retenção na fonte relativamente aos rendimentos pagos aos seus agentes a título de "remunerados" ou "gratificados", embora os mesmo fossem incluídos (pelo seu valor bruto necessariamente) na declaração anual de rendimentos pagos, sujeitos a IRS. Quer isto dizer que os trabalhadores, embora não vissem efectuada a retenção mensal de IRS, acabavam por ser tributados, a final, mediante o englobamento destes rendimentos no conjunto dos seus proventos sujeitos a IRS (categoria A).

2. Após 2000, tais rendimentos passaram a ser objecto de retenção na fonte, tendo sido seguidas orientações da DSIRS nesse sentido, obtidas na sequência de pedido de informação vinculativa. A DSIRS, como se vê, considera os "remunerados" ou "gratificados" como rendimentos do trabalho dependente, categoria A, por aplicação do disposto no artigo 2º, n.º 1, alínea c) e n.º 2, do CIRS. Consequentemente, entende que os mesmos devem ser objecto de retenção na fonte em moldes idênticos aos restantes rendimentos desta categoria (então artigo 92º, n.º 1, actual artigo 99º, n.º 1, do CIRS e Decreto-Lei n.º 42/91, de 22 de Janeiro).

3. Era nesta doutrina da DSIRS que a PSP fundamentava a actuação que o reclamante questiona na queixa, isto é, a normal retenção na fonte sobre os montantes em causa, como se de normais rendimentos do trabalho dependente se tratasse.

4. Porém, na pendência do processo, surgiram na comunicação social notícias de que a PSP e a GNR tratariam

diferentemente estes rendimentos, no que toca ao seu enquadramento em sede de IRS e respectiva retenção na fonte, com prejuízo para os agentes da PSP, pois a GNR – disse-se então – enquadraria tais remunerações no artigo 2º, n.º 3, alínea g), do CIRS (gratificações), o que torna a retenção na fonte excepcionalmente facultativa (artigo 99º, n.º 1, do CIRS) e, mais importante, origina a tributação destes rendimentos à taxa especial de 10%, prevista no artigo 72º, n.º 3, do CIRS.

5. A fim de aferir da existência, ou não, desta desigualdade de tratamento, ouviu-se a GNR e a DSIRS.

6. A resposta da GNR confirma o enquadramento dos rendimentos em causa como "gratificações" e a ausência de retenção na fonte, dando razão aos agentes da PSP que se queixavam de desigualdade no regime de tributação aplicável pelas duas forças de segurança.

7. Porém, a resposta da DSIRS veio a revelar que o assunto fora recentemente objecto de estudo e que fora definido o regime fiscal destes rendimentos de modo uniforme para a PSP e para a GNR.

8. Assim, através de despacho do SEAF (que, de forma algo original, foi exarado sobre um – e fundamentado em - parecer de Adjunto do Secretário de Estado Adjunto do Ministro da Administração Interna) foi definido o *"enquadramento fiscal dos serviços remunerados (os chamados "gratificados") prestados a entidades particulares ou organismos estatizados pelo pessoal com funções policiais na PSP e por elementos da GNR"*, nos termos referidos no ponto 4., parte final, supra. Foi, portanto, generalizado à PSP o entendimento que já vinha sendo seguido na GNR.

9. Quer isto dizer que, desde o início do corrente ano, ambas as forças de segurança estão vinculadas a seguir este procedimento, fiscalmente mais favorável para os seus agentes do que aquele que vigorava na PSP à data da queixa que originou o presente processo.

II
Da pertinência de uma eventual intervenção da Provedoria de Justiça. Proposta final

Perante a evolução da situação que acima ficou sumariada, creio que não se justifica qualquer intervenção da Provedoria. É que, muito embora o parecer no qual se fundamentou o despacho do SEAF que definiu o regime fiscal aplicável aos serviços remunerados ou "gratificados" - contenha algumas afirmações e conclusões que carecem de aprofundamento, certo é que o mesmo permitiu ultrapassar os problemas de incerteza e desigualdade que existiam na tributação deste tipo de rendimentos. Acresce que a solução encontrada é a que se revela menos gravosa para os agentes das forças de segurança, pois a tributação à taxa especial de 10%, assim decidida, é claramente melhor que o englobamento destes rendimentos e sua tributação conjunta com os da categoria A.

Em suma, a proposta que agora formulo - de arquivamento do presente processo, sem intervenção adicional da Provedoria - decorre essencialmente da constatação de que o despacho do SEAF corrigiu as desigualdades que existiam entre PSP e GNR e de que, de entre todas as soluções possíveis em termos de enquadramento fiscal destes rendimentos, esta é a que mais beneficia o reclamante e todos os que, como ele, prestem este tipo de serviços no âmbito das referidas forças de segurança.

Não deixarei, porém, de referir que me ficam muitas dúvidas, não só quanto à bondade da solução encontrada mas também, e em especial, quanto à frágil argumentação em que a mesma se fundamenta.

Desde logo, julgo que o parecer não esclarece como se chegou à conclusão constante do seu ponto 2. de que, nos serviços remunerados *"a relação de prestação de serviço é estabelecida*

especificamente entre a entidade requisitante e o agente ou guarda (...) e não com a própria força de segurança".

Também não é claro se na respectiva elaboração foi ponderado o actual regime de requisição e pagamento das forças de segurança para policiamento de espectáculos desportivos, constante do Decreto-Lei n.º 238/92, de 29 de Outubro, que expressamente dispõe que:

- *"A requisição da força policial é efectuada (...) pelos organizadores dos espectáculos desportivos"* – cfr. artigo 2º, n.º 1;
- *"Cabe ao comando das forças policiais (...) determinar o número de efectivos a destacar para o policiamento de cada espectáculo desportivo"* – cfr. artigo 7º, n.º 1; e, ainda:
- *"O organizador do espectáculo desportivo deve satisfazer o pagamento dos encargos do policiamento, no momento da requisição e fixação dos efectivos, junto do referido comando das forças de segurança, contra recibo..."* – cfr. artigo 8º, n.º 3.

Igualmente me parece susceptível de crítica a "simplicidade" com que o citado parecer tomou por base o conceito de serviços remunerados constante do artigo 94º do Decreto n.º 39.550, de 26.02.1954, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 138/77, de 7 de Abril, (não Decreto-Lei 137/77, como aí se refere) para daí retirar todas as conclusões que foram sancionadas pelo SEAF. A este respeito, fica por explicar, nomeadamente, o raciocínio que leva à conclusão de que aquela noção de serviços remunerados está hoje em vigor. Com efeito:

- o invocado Decreto n.º 39.550, de 26.02.1954, aprovou o Regulamento da PSP em execução do disposto no artigo 118º daquele que era, então, o estatuto desta força policial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 39.497, de 31.12.1953;
- posteriormente, o Decreto-Lei n.º 151/85, de 9 de Maio, aprovou novo Estatuto da PSP, fazendo expressa referência, no início do seu preâmbulo, à desactualização do anterior estatuto (aprovado pelo já mencionado

Decreto-Lei n.º 39.497) e revogando, através do seu artigo 3º, *"todas as disposições legais que regulam matérias previstas no Estatuto"* então aprovado;

- O Decreto-Lei 151/85, por sua vez, viria a ser expressamente revogado pelo artigo 148º, alínea a), do Decreto-Lei n.º 321/94, de 29 de Dezembro, que regulamenta de novo a organização e Estatuto da PSP;
- Por último, a Lei n.º 5/99, de 27 de Janeiro, aprova a nova Lei de Organização e Funcionamento da PSP, dispondo o seu artigo 107º que *"é revogada toda a legislação respeitante a atribuições, organização e funcionamento da PSP, mantendo-se em vigor, em tudo o que não o contrariar, quanto ao estatuto do respectivo pessoal, o Decreto-Lei n.º 321/94, de 29 de Dezembro"*.

Não procedi à analise exaustiva de todas as alterações e revogações – expressas e tácitas – que foram ocorrendo na matéria. Admito, aliás, que se o tivesse feito poderia, eventualmente, ter alcançado a mesma conclusão a que se chegou no parecer em análise, mas o facto de este fazer tábua rasa de toda esta regulamentação posterior ao invocado Regulamento da PSP que contém a definição adoptada de "serviços remunerados", levanta-me dúvidas sobre se a questão foi, ou não, ponderada.

Apesar de todas estas dúvidas, porém, mantenho a convicção de que a solução adoptada em termos de enquadramento fiscal dos rendimentos em causa é a menos gravosa. Acresce que o Ministério da Administração Interna e o Ministério das Finanças acordaram recentemente em uniformizar o tratamento desta questão nos termos do parecer e do despacho do SEAF a que me venho referindo. Por estes motivos, não me parece oportuna uma intervenção da Provedoria que questione novamente um assunto que, pelo menos por ora, parece estar pacificado.

Pelo exposto, proponho o arquivamento do processo e o envio, ao reclamante, da elucidação cuja minuta anexo, elaborada com base na presente informação e tendo em consideração o teor da queixa e o âmbito de instrução do presente processo.

R-3934/02
R-146/03
R-714/03
R-759/03
R-850/03; 1674/03
Assessor: Elsa Dias

Entidade visada: Director de Serviços de IRC (DGCI)
Assunto: Fiscalidade. IRC. Regime de tributação. Regime simplificado. Regime de contabilidade organizada. Exercício da opção. Prazo.

I
As queixas

As queixas que deram origem aos processos em referência (algumas recebidas via Defensor do Contribuinte, outras apresentadas directamente na Provedoria) surgem na sequência da entrada em vigor do regime simplificado em IRC – actual artigo 53º do respectivo Código.

Porque se prevê que continuem a chegar queixas sobre este assunto e porque a posição a tomar acerca do mesmo passa, necessariamente, pela análise prévia de vários aspectos do regime simplificado, julguei conveniente a elaboração de uma informação em que se analisasse o assunto sob uma perspectiva global, para que, uma vez alcançadas algumas conclusões, seja possível adaptá-las à resolução dos processos supra referenciados e de outros que, sobre o mesmo assunto, venham posteriormente a ser abertos.

As questões colocadas pelos reclamantes nestes processos são quase sempre idênticas e versam, embora com especificidades, sobre um ou sobre ambos os pontos que se enunciam de seguida, sendo que cada um destes pontos se desdobra, ainda, em alguns aspectos parcelares nos quais se atentará adiante:

a) *Não opção, em tempo, pelo regime geral de determinação do lucro tributável e consequente enquadramento automático no*

regime simplificado: segundo os reclamantes que se nos dirigiram, a alteração ao Código do IRC introduzida pela Lei n.º 30-G/2000, de 29 de Dezembro, que instituiu o regime simplificado de determinação do lucro tributável (actual artigo 53º do CIRC) não foi suficientemente divulgada e levou a que muitos contribuintes não se tivessem apercebido, em tempo, de que dispunham de determinado prazo para optar pela aplicação do regime geral de determinação do lucro tributável, sob pena de enquadramento automático no regime simplificado. Quando foram confrontados com esse enquadramento e constataram que o mesmo lhes era prejudicial, quiseram tais contribuintes fazer a referida opção retroactivamente, o que não foi aceite pela Administração Tributária;

b) Aplicação automática do regime simplificado a empresas inactivas: alguns reclamantes – representantes de empresas que, por um ou outro motivo, se encontram inactivas mas ainda não dissolvidas nem liquidadas – têm defendido, perante a Administração Tributária e a Provedoria de Justiça, que o disposto na parte final do artigo 53º do CIRC leva à aplicação do regime simplificado aos sujeitos passivos que *"... apresentem, no exercício anterior (...), um volume total anual de proveitos não superior a € 149 639,37..."* mas que aqui não devem incluir-se as empresas inactivas. Ou seja, entendem estes reclamantes que o enquadramento automático no regime simplificado - contra o qual reagem – não deverá abranger empresas inactivas cujo volume total anual de proveitos é igual a zero, por entenderem que uma coisa são proveitos inferiores a "x" e outra coisa, diferente, é a total ausência de proveitos, por inactividade.

II
A instrução do processo

Na instrução do processo foram ponderados os argumentos expendidos nas várias queixas sobre cada um destes assuntos e foram apreciadas as posições da DGCI divulgadas aos seus

próprios serviços através da Circular n.º 3, de 14.02.2001 (a qual se encontra hoje desactualizada em alguns pontos, mas que, no essencial, continua a revelar a posição da DSIRC sobre as questões objecto de queixa) e através do ofício de 02.07.2001, do Gabinete do Director-Geral dos Impostos, bem como a posição transmitida directamente à Provedoria de Justiça no âmbito de um dos processos aqui pendentes (R-3934/02 (A2)).

Foram ainda considerados os antecedentes históricos desta medida (já prevista no OE para 2000, que continha autorização legislativa para que fosse introduzida a tributação simplificada, o que não chegou a acontecer nesse ano) e, brevemente, alguma doutrina sobre a questão genérica da tributação por métodos simplificados (H. Medina Carreira – Notas sobre o Estado da Nossa Fiscalidade, in Revista FISCO n.º 92, Outubro 2000, págs. 3-34 e Relatório da Comissão para o Desenvolvimento da Reforma Fiscal, Ministério das Finanças, 1996, págs. 321-357).

III
A apreciação dos dois principais pontos objecto de queixa, elencados nas alíneas a) e b), supra

Os requisitos de aplicação do regime simplificado em sede de IRC constam do n.º 1 do artigo 53º do respectivo Código, para cuja leitura se remete. De acordo com a parte final deste artigo, o referido regime é apenas aplicável em caso de preenchimento de tais requisitos e caso os sujeitos passivos não optem pelo regime geral de determinação do lucro tributável.

A opção em causa deve ser formalizada nos prazos previstos nas alíneas a) e b), do n.º 7, do artigo 53º, do CIRC, respectivamente: na declaração de início de actividade, para sujeitos passivos novos (nenhum dos reclamantes está nesta situação) e em declaração de alterações a apresentar *"até ao fim do 3º mês do período de tributação do início da aplicação do regime"*.

De referir, ainda, que uma vez iniciada a aplicação do regime simplificado, existe um período mínimo de permanência neste regime, que actualmente é de três exercícios (a redacção inicial previa um período mais alargado, de cinco exercícios) – cfr. artigo 53º, n.º 9, do CIRC.

As queixas dos reclamantes advêm da sua constatação de que a aplicação do regime simplificado leva ao apuramento de um montante de imposto superior ao que julgam seria pago se tivessem optado pelo regime geral. É possível que assim seja, pois no regime simplificado é considerado um lucro tributável mínimo, que nos anos de 2001 e 2002 era de montante *"igual ao valor anual do salário mínimo nacional mais elevado"* (cfr. artigo 53º, n.º 4, parte final, do CIRC) e que após as alterações introduzidas pelo OE/2003 passou a ser de valor fixo: € 6.250.

Um dado ainda com interesse, a ter em conta nesta breve caracterização dos aspectos do regime simplificado mais visados nas queixas, é a circunstância de a taxa de IRC aplicável no caso de tributação pelo referido regime ser inferior à taxa normal do imposto: 20% (cfr. artigo 80º, n.º 3, do CIRC).

Nas queixas aqui apresentadas está em causa, quase sempre, a tributação do ano de 2001, pois foi aí que, pela primeira vez, os contribuintes sentiram o impacte da aplicação do regime simplificado. Convirá, pois - até para que se tenha uma noção dos valores cujo pagamento está em causa e, portanto, do impacte desta medida na situação financeira dos interessados - referir que a aplicação das normas supra mencionadas, na redacção aplicável em 2001, produz o seguinte resultado:

- lucro tributável mínimo – art. 53º, n.º 4 (smn mais elevado x 14) => 938.000$00 (67.000$00 x 14) = € 4 678,72
- IRC a pagar – art. 80º, n.º 3 (matéria colectável x taxa reduzida) => € 4 678,72 x 20% = € 935,74

É neste contexto que surgem as queixas acima referidas e que agora importa analisar com maior detalhe.

a) *Não opção, em tempo, pelo regime geral e consequente enquadramento automático no regime simplificado*

Já se viu por que motivos surgem estas queixas: os reclamantes "descobrem" tarde demais que a aplicação do regime simplificado implica a consideração de um lucro tributável mínimo e que da aplicação subsequente da respectiva taxa de IRC (ainda que reduzida) resulta apuramento de imposto superior ao que pagariam caso tivessem optado, em tempo, pelo regime geral.

Perante este tipo de situações dificilmente pode ultrapassar-se o princípio constante do artigo 6º do Código Civil quanto ao facto de a ignorância da lei não justificar o seu incumprimento. E se os pequenos empresários merecerão alguma compreensão devido à reconhecida complexidade do nosso sistema fiscal, certo é que na decisão de constituir uma empresa não poderão deixar de pesar factores como a necessidade de aconselhamento jurídico e contabilístico, pelo que, entre a desculpabilidade da ignorância da lei por parte de pequenos sujeitos passivos de IRC e a desculpabilidade de alguns, também pequenos, sujeitos passivos de IRS, a segunda será certamente mais justificada e, mesmo assim, só em casos muito excepcionais é pela Provedoria de Justiça invocada, dadas as dificuldades de tornear o citado princípio do artigo 6º do CC. Acrescente-se que, de entre os reclamantes que se nos dirigiram acerca da questão ora em apreço, alguns são profissionais de contabilidade e outros juristas, o que anula qualquer eventual tentativa de justificar a sua ignorância da lei em causa.

A questão que se coloca passa então a ser a seguinte: *passado o prazo de opção pela aplicação do regime geral, devem ou não ser aceites declarações de alterações nas quais, ainda que pagando coima por entrega fora de prazo, os contribuintes exercem esse seu direito de opção de forma, digamos, retroactiva?*

A resposta da Administração Tributária é negativa, embora a fundamentação desta conclusão seja um tanto lacónica: a DGCI esclareceu esta questão através do ofício de 02.07.2001, no qual refere que a opção pelo regime geral manifestada em declaração de alterações apresentada fora do prazo previsto na alínea b) do n.º 7 do artigo 53º do CIRC *"não produzirá quaisquer*

efeitos legais, por se tratar de um prazo peremptório". A informação da DSIRC limita-se a remeter para este ofício e nada acrescenta a respeito da questão.

Alguns reclamantes têm-se insurgido contra esta tese da Administração Tributária, defendendo, em alternativa, que as declarações de alterações formalizando a opção pelo regime geral deveriam ser aceites fora de prazo, sem prejuízo da cobrança da coima respectiva, como acontece nos outros casos de entrega de declarações fora de prazo.

A meu ver, existem alguns argumentos para justificar a posição da Administração Tributária, em especial o facto de a aceitação generalizada (ainda que com pagamento de coima) da entrega fora de prazo das declarações em causa levar a uma certa subversão dos objectivos e do modo de funcionamento do regime simplificado de tributação.

Este regime – introduzido em 2001 mas já anteriormente ponderado, nomeadamente pela Comissão para o Desenvolvimento da Reforma Fiscal, cujo relatório final foi tornado público em 30.04.1996 – tem subjacente a ideia de que, sendo dada aos pequenos sujeitos passivos de IRC a possibilidade de se desonerarem do cumprimento de um certo número de obrigações acessórias habitualmente necessárias ao apuramento do lucro tributável, aplicando-lhes, em contrapartida, um modelo objectivo e uniforme de apuramento do lucro tributável, se ganhará no combate à fuga e evasão fiscal, desde logo porque os recursos que a Administração Tributária se tem visto obrigada a canalizar para acções de fiscalização de múltiplos pequenos contribuintes, com resultados pouco relevantes em termos de cobranças, poderão passar a ser utilizados em acções de fiscalização mais complexas, junto dos grandes contribuintes que têm beneficiado nos últimos anos desta dispersão dos serviços de fiscalização por inúmeras pequenas empresas.

Acresce que o regime simplificado também apresenta, para os pequenos contribuintes que por ele podem optar, a vantagem já referida de os libertar de uma série de obrigações acessórias cujo

desconhecimento ou dificuldade de cumprimento invocam com frequência.

Neste contexto, parece compreensível que os n.ºs 8 e 9 do artigo 53º do CIRC obriguem a um período mínimo (3 exercícios) de permanência num dos regimes (geral ou simplificado), salvo em caso de alteração superveniente dos respectivos requisitos de aplicação: essa estabilidade nas normas que regem as obrigações acessórias dos sujeitos passivos trará vantagens de certeza e segurança, quer para a Administração Tributária, que poderá organizar-se mais eficientemente, quer para os pequenos contribuintes, que assim estarão em melhores condições de conhecer e cumprir o regime legal que lhes é aplicável.

Assim sendo – e retomando a questão da entrega de declarações de alterações fora de prazo – não parece criticável o entendimento da DSIRC que considera o prazo de que os contribuintes dispõem para entregar declarações de alterações previstas no artigo 53º, n.º 7, do CIRC, um prazo peremptório, cujo decurso, por natureza, extingue o direito de praticar o acto em questão (definição constante do artigo 145º, n.º 3 do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente por força do disposto no artigo 2º do CPPT).

A aceitar-se a entrega e produção de efeitos dessas declarações a qualquer momento – ainda que mediante o pagamento de coima – esvaziar-se-ia de conteúdo a norma constante do artigo 53º, n.º 9, do CIRC, que impõe um período mínimo de permanência no regime simplificado, pois a qualquer momento esse "período mínimo" poderia ser encurtado por simples manifestação de vontade dos sujeitos passivos. Além disso, subverter-se-iam os supra mencionados objectivos de certeza, segurança e estabilidade na definição das regras de apuramento do lucro tributável dos pequenos contribuintes, objectivos também visados com a introdução do regime simplificado de tributação.

Apesar desta conclusão de concordância com a posição da Administração Fiscal acerca da impossibilidade de produção de efeitos de declarações de alterações entregues fora do prazo

previsto no artigo 53º, n.º 7, alínea b), do CIRC, subsiste-me uma dúvida que julgo merecedora de um pedido de esclarecimentos à Administração Tributária, relacionada com o caso objecto de queixa no processo R-759/03 (A2).

Na situação aí relatada, a declaração de alterações foi entregue no dia 3 de Julho de 2001, terça-feira. Recorde-se que nesse ano – o da entrada em vigor do regime simplificado – o prazo para entrega da declaração de alterações optando pelo regime geral terminava no sábado, dia 30 de Junho: a DGCI divulgou esse entendimento através da supra citada Circular n.º 3, de 14.02.2001 (pontos 2. da sua parte II) e confirmou-o no também já mencionado ofício de 02.07.2001. Através deste mesmo ofício, foram expressamente dadas instruções aos serviços da DGCI para que aceitassem - e fizessem produzir efeitos – as declarações entregues no dia 2 de Julho, 2ª feira, por ser o primeiro dia útil seguinte ao do termo do prazo. No caso objecto de queixa a declaração foi, portanto, entregue no dia imediatamente seguinte ao do fim do prazo.

A questão que julgo dever ser colocada à Administração Tributária é a seguinte: se dúvidas não existem quanto ao facto de estarmos perante um prazo peremptório – e nesse aspecto a signatária, como já se viu, acompanha as conclusões da DGCI – não deverão daí retirar-se todas as consequências e aplicar a esta situação todo o regime previsto no Código de Processo Civil para os prazos peremptórios?

Isto é, não deveria a declaração em causa ter sido aceite mediante o pagamento de coima, por aplicação do disposto no n.º 5 do artigo 145º do CPC que prevê expressamente a possibilidade de prática do acto sujeito a prazo peremptório *"...nos três primeiros dias úteis subsequentes ao termo do prazo, ficando a sua validade dependente do pagamento imediato de uma multa..."* ? Creio que a aplicar-se este regime não se verificaria o supra mencionado esvaziamento de conteúdo das normas que consagram o prazo peremptório para entrega de declarações formalizando a opção pelo regime geral. Pelo contrário: estaria

apenas a aplicar-se a estes casos o regime aplicável, em geral, à prática de actos peremptórios, permitindo uma tolerância de três dias no respectivo cumprimento.

Não vejo motivos para que assim não seja mas penso que não será oportuno desenvolver mais esta questão antes de sobre ela ouvir a Administração Tributária, pelo que adiante se proporá essa audição.

Um outro dos processos a que se reporta a presente informação (R-714/03) refere uma situação que também poderia beneficiar desta tese da aplicação do regime dos prazos peremptórios ao prazo para optar pelo regime geral de determinação do lucro tributável: aí está em causa a alegada impossibilidade de entrega da declaração em tempo por motivos de saúde. Nesse caso a Administração já deu resposta negativa à pretensão do contribuinte mas de forma pouco fundamentada (a simples invocação do carácter peremptório do prazo e nada mais).

Ora, o disposto nos artigos 145º, n.º 4 e 146º do CPC prevê a possibilidade de prática dos actos para além do fim do prazo peremptório em caso de justo impedimento. Porém, a parte final do artigo 146º, n.º 2, do CPC e a jurisprudência consultada (por todos, Ac. do STA de 24.03.1987, in BMJ n.º 365, pg. 478) são claros quanto à absoluta – e compreensível – necessidade de o interessado se apresentar a requerer a prática do acto com este fundamento logo que cesse o impedimento. No caso relatado no processo R-714/03 (A2) os documentos juntos à queixa provam o internamento do reclamante entre 29.05.2001 e 14.06.2001 (precisamente os últimos dias de que dispunha para entregar a declaração de alterações), mas o seu primeiro requerimento invocando tal situação deu entrada no Serviço de Finanças de Nelas em 19.10.2001. Apesar de o interessado invocar nova situação de internamento entre 27.09.2001 e 11.10.2001, bem como estado de depressão durante os meses antecedentes, creio que não existem fundamentos suficientemente sólidos para defender que o mesmo se apresentou a requerer a possibilidade de prática do acto invocando justo impedimento logo que o mesmo

cessou, pelo que adiante se proporá o arquivamento do referido processo.

b) *Aplicação automática do regime simplificado a empresas inactivas*

Como acima se disse, a segunda questão que tem motivado queixas dos pequenos contribuintes de IRC acerca do regime simplificado é a de que nele têm vindo a ser enquadradas empresas inactivas que, tal como nos casos mencionados na alínea precedente, não optaram pelo regime geral e foram automaticamente enquadradas no regime geral, mas que alegam não ter feito aquela opção por considerarem que a mesma não faz sentido no caso de empresas inactivas.

Os motivos pelos quais me parece que estas queixas não têm fundamento já foram mencionados na alínea a), supra, e estão relacionados com a concordância manifestada em relação à existência de um regime simplificado de tributação que, a funcionar de forma correcta, pode contribuir para disciplinar a situação tributária dos pequenos contribuintes de IRC que passam a ter a possibilidade de optar entre um regime mais simples, com menos obrigações acessórias (nomeadamente contabilísticas) e que lhes garante alguma certeza quanto ao apuramento da sua situação tributária, para além de uma taxa de IRC mais baixa do que a média e um regime mais exigente em termos de escrituração mas que permitirá o apuramento do real lucro tributável, para todos os que quiserem ser tributados com base neste.

Embora, como acima se viu, o regime simplificado implique o apuramento de um lucro tributável mínimo (fixado em € 6.250 para 2003), certo é que a todos os sujeitos passivos de IRC – empresas inactivas incluídas - é dada a possibilidade de optar pelo regime geral. Será difícil a uma empresa inactiva "mobilizar-se" para o exercício desta opção, mas não há dúvida que o prolongamento no tempo de situações de empresas inactivas que constantemente apresentam declarações de rendimentos "a zeros" em nada contribui para a transparência e rigor do sistema fiscal e - mais uma vez – compromete uma fiscalização eficaz: como saber

quais, de entre as muitas empresas que apresentam declarações "a zeros", as que estão realmente inactivas? Quais as que devem ser fiscalizadas, se algumas? Foi, aliás, o reconhecimento dos muitos inconvenientes da existência de empresas inactivas que levou à consagração do regime previsto no artigo 83º do CPPT, o qual impõe à Administração Tributária que solicite, ao Ministério Público, diligências no sentido da respectiva dissolução judicial.

Assim, e em suma, creio que as dificuldades dos sócios no exercício – ou, melhor dizendo, no acordo para a cessação do exercício – da actividade societária é questão que não compete ao regime fiscal ponderar: a este exige-se que tribute com rigor e equidade e, para tal, não podem abrir-se excepções que levem ao protelamento no tempo de situações de existência formal de empresas que já não estão – nem nunca virão a estar – em laboração.

Note-se que, em alguns dos processos acima referenciados, são relatados casos de empresas inactivas que, inclusivamente, já entregaram declaração de cessação de actividade e que, mesmo assim, foram integradas no regime simplificado. Embora a situação pareça algo absurda, a justificação para este procedimento da Administração Tributária encontra-se no disposto no artigo 8º, n.º 5, alínea a), do CIRC, do qual resulta que, para efeitos deste Código, a cessação de actividade apenas ocorre, no que ao caso interessa, na data do encerramento da liquidação. O CIRC contém, inclusivamente, regras especiais destinadas ao apuramento do lucro tributável das sociedades e outras pessoas colectivas em liquidação (artigos 73º a 76º), sendo que, enquanto não se der a cessação de actividade no sentido que a esta expressão é atribuído pelo mencionado artigo 8º, n.º 5, alínea a), do CIRC, continuam as empresas em questão obrigadas à apresentação da declaração periódica de rendimentos (artigo 112º, n.º 3 do CIRC) e à declaração anual de informação contabilística e fiscal (artigo 113º, n.º 4, do CIRC).

Assim sendo, é coerente e razoável que a elas se apliquem, também, as regras referentes ao regime simplificado de

tributação, isto é, que se lhes exija a opção expressa pelo regime geral de determinação do lucro tributável, sob pena de serem automaticamente enquadradas no regime simplificado, como qualquer outro sujeito passivo de IRC.

IV
A particularidade gerada pela alteração do artigo 53º, n.º 14, do CIRC, introduzida pela Lei do OE para 2003

Como acima se viu, as queixas que deram origem à abertura dos presentes processos têm na sua base a constatação, pelos interessados, de que foram automaticamente enquadrados no regime simplificado, o qual consideram ser-lhes prejudicial, situação que é agravada pelo facto de estarem sujeitos a um período mínimo de permanência nesse regime (3 exercícios).

No âmbito da instrução do processo R-3934/02 (A2), a DSIRC alerta para uma questão que pode minorar as consequências que advêm, para estes contribuintes, da sua inclusão "forçada" no regime simplificado: a recente alteração do n.º 14 do artigo 53º do CIRC veio permitir que os sujeitos passivos optem pela aplicação do regime geral no exercício em que tenha sido alterado o montante mínimo de lucro tributável previsto no n.º 4 do mesmo artigo, ainda que não tenha decorrido o período mínimo de permanência no regime simplificado.

Ocorre que o OE para 2003 alterou, precisamente, esse montante mínimo de lucro tributável (que deixou de ser de montante "igual ao valor do salário mínimo nacional mais elevado" para passar a ser um valor expressamente fixado em € 6.250). Assim sendo, os interessados nos processos em referência podem ainda, nos termos e no prazo previstos no artigo 53º, n.º 7, alínea b), do CIRC, optar pelo regime geral: os termos previstos são, como já se viu, a entrega de declaração de alterações e o prazo em questão termina no final do próximo mês de Março, pelo que adiante se proporá o envio de um alerta aos reclamantes nestes

processos, para que não deixem de aproveitar esta oportunidade de alterar a situação objecto de queixa.

V
Conclusões

Pelo exposto, formulo as seguintes conclusões:

1. A posição da Administração Tributária, de não reconhecer efeitos à opção pelo regime geral de determinação do lucro tributável sempre que a mesma haja sido formalizada para além do prazo previsto no artigo 53º, n.º 7, alínea b), não é genericamente merecedora de reparo.

2. A recusa de reconhecimento de efeitos a tal opção quando manifestada em declaração de alterações apresentada nos três dias úteis subsequentes ao termo daquele prazo pode ser censurável, uma vez que o regime dos prazos peremptórios – que, como a própria Administração afirma, é o caso do prazo em questão – permite a sua prática nesses três dias úteis seguintes, mediante o pagamento de multa (cfr. artigo 145º, n.º 5, do CPC).

3. A aceitar-se a qualificação do prazo em questão como peremptório e a retirarem-se daí todas as consequências, deve também aplicar-se, a estes casos, o disposto nos artigos 145º, n.º 4 e 146º do CPC quanto ao justo impedimento e respectiva prova.

4. As empresas que se encontram numa situação de facto de inactividade mas que não preenchem os requisitos exigidos pelo artigo 8º, n.º 5, do CIRC para que se possa considerar que ocorreu a cessação de actividade, continuam obrigadas ao cumprimento da generalidade das obrigações acessórias aplicáveis aos restantes sujeitos passivos e, do mesmo modo, é-lhes exigível que manifestem a sua opção pelo regime geral de determinação do lucro tributável, sob pena de enquadramento automático no regime simplificado, como vem sendo considerado pela Administração, cuja actuação, neste aspecto, também não merece reparo.

5. Em virtude da nova redacção do artigo 53º, n.º 14, do CIRC, os sujeitos passivos que foram enquadrados no regime simplificado e que não desejam tal situação, podem alterá-la no corrente ano, mesmo que não tenha ainda decorrido o prazo mínimo de permanência naquele regime, nos termos e prazos previstos no artigo 53º, n.º 7, do CIRC: entrega de declaração de alterações até final do próximo mês de Março.

6. O regime simplificado de tributação, pese embora as reacções negativas dos sujeitos passivos em situação idêntica à dos interessados nos processos supra referenciados, pode funcionar como factor de equidade na tributação em IRC, disciplinando condutas e prevenindo a fuga e evasão fiscal, mas tal equidade só poderá ser concretizada quando forem aprovados e publicados os indicadores de base técnico-científica previstos no n.º 3 do artigo 53º do CIRC. Esta situação está sendo acompanhada pela Provedoria no âmbito de outros processos (R-1063/02 (A2) e 2369/02 (A2)) e já foi manifestada junto da Secretaria de Estado dos Assuntos Fiscais a nossa preocupação com o atraso na aprovação desses indicadores, assunto ao qual se voltará em Setembro próximo, conforme já determinado no decurso da instrução dos referidos processos.

VI
Propostas

A aplicação das conclusões acima formuladas a cada um dos processos em referência leva-me a formular as seguintes propostas, que acompanho das respectivas minutas:

- R-3934/02 (A2) – Arquivamento – aplicam-se-lhe as conclusões 1., 4. e 5.
- R-146/03 (A2) - Arquivamento – aplicam-se-lhe as conclusões 1., 4. e 5.
- R-714/03 (A2) – Arquivamento – aplicam-se-lhe as conclusões 1., 3. e 5. O comportamento do reclamante

inviabiliza que se tente aplicar ao seu caso as regras do "justo impedimento", pois não parece ter praticado o acto logo que o impedimento cessou.

- R-759/03 (A2) – Continuação da instrução com audição da entidade visada quanto à possibilidade de aplicação, ao caso vertente, da regra que permite a prática de actos sujeitos a prazos peremptórios nos 3 dias úteis seguintes ao termo dos mesmos, sem prejuízo de envio à interessada de ofício com as conclusões já alcançadas e com o alerta para a possibilidade de optar, até fim de Março, pelo regime geral – aplicam-se-lhe as conclusões 1., 2. e 5.
- R-850/03 (A2) - Arquivamento – aplicam-se-lhe as conclusões 1., 4. e 5.

2.2.5. Censuras, reparos e sugestões à Administração Pública

R-4559/98
Assessor: Elsa Dias

Entidade visada: Ministra de Estado e das Finanças
Assunto: Fiscalidade. IRS. Lucro tributável. Fixação com recurso a métodos indirectos. Dever de fundamentação. Incumprimentos.

Agradeço a Vossa Excelência, antes de mais, o envio da comunicação que me mereceu a melhor atenção.

Não obstante as explicações que me foram facultadas ao longo do processo – ou talvez por causa delas -, continuo convicto de que este é um caso exemplar, pela negativa, de como a má aplicação, pelos técnicos da Direcção-Geral dos Impostos, das normas referentes a métodos indiciários, pode gerar situações de desprotecção dos contribuintes face a uma Administração Tributária que, por esta via, mais não faz do que dar razão a todos os que se opõem, por princípio, ao recurso a tributação por presunções e métodos indiciários, expediente que, se for rigorosamente regulamentado, aplicado e controlado, pode revelar-se um excelente meio de prevenção e desmotivação de situações de fuga ao fisco. Para que possa defender-se esta sua vertente, porém, é essencial que se evitem situações como a presente, em que a desprotecção do contribuinte face à Administração Tributária resulta evidente.

Não posso, por isso, aceitar que o facto de a reclamante ter utilizado meios pouco eficazes de reacção contra a actuação da Administração – facto por mim há muito constatado e, aliás,

expressamente referido no ofício que dirigi ao antecessor de Vossa Excelência em 03.05.2001 - seja agora invocado como argumento para concluir pela consolidação da injusta situação em que aquela se encontra: se é certo que os contribuintes dispõem de meios e prazos para fazer valer os seus direitos, certo é, também, que a Administração não deve, por isso, abdicar do rigor na prova dos factos que invoque, nem na fundamentação das conclusões que deles retire. Reafirmo a minha convicção de que, no caso em apreço, a prova feita pela Administração Fiscal quanto ao exercício, pela interessada, da actividade de comércio a retalho de artigos de ourivesaria, é demasiado frágil para sustentar a sua ulterior decisão de determinação da matéria tributável por métodos indirectos.

É minha convicção que a ligeireza com que os técnicos da DGCI tomaram – e mantiveram – a decisão de recorrer a métodos indiciários neste caso, não só traduziu um passo atrás no reforço da confiança e das garantias dos contribuintes, como em nada contribuiu para a demonstração das virtudes do recurso a esta forma de determinação da matéria tributável.

Por considerar esgotadas as minhas possibilidades de intervenção neste caso concreto, determinei o arquivamento do processo supra referenciado.

Apesar da minha discordância quanto à decisão adoptada, não quero deixar de agradecer a Vossa Excelência a atenção dispensada ao assunto, bem como a colaboração prestada ao longo da instrução do processo ora arquivado.

R-2451/99 e apensos
Assessor: Elsa Dias

Entidade visada: Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais
Assunto: Fiscalidade. IRS. IRC. Fixação do lucro por métodos indirectos. Nomeação de peritos independentes. Atraso na elaboração das listas a que se refere o artigo 94º, n.º

1, da LGT. Procedimentos de revisão da matéria colectável sem a presença de perito independente.

Agradeço os esclarecimentos prestados através da comunicação e elementos que a acompanharam. Da respectiva análise e do estudo da questão foi possível alcançar as conclusões de que, por esta via, dou conhecimento a V. Exª.

Na tese da Secretaria de Estado dos Assunto Fiscais, e em suma, os actos de fixação da matéria tributável proferidos ao abrigo do artigo 92º, n.º 6, da Lei Geral Tributária (LGT) em processos nos quais tenha sido requerida, pelo contribuinte, a nomeação de perito independente e esta não tenha ocorrido por falta de publicação das listas a que se refere o artigo 94º, n.º 1, da mesma LGT, não sofrem de qualquer vício uma vez que: *"o procedimento é viável mesmo sem a presença dos peritos independentes"* (cfr. parecer da Direcção de Serviços de Justiça Tributária sancionado por V. Exª e enviado ao meu Gabinete a coberto de ofício).

Assim sendo, conclui-se no mesmo parecer que *"não havendo vício do procedimento, não se vislumbra necessidade de o repetir"*.

Discordando, como discordo, daquela premissa, não posso deixar de discordar, também, desta conclusão: é minha convicção, desde logo, que o procedimento não deveria ser considerado viável nestas circunstâncias. O então Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais não deveria ter "decidido", no seu Despacho de 28.07.1999, que *"a falta de organização das listas distritais de peritos independentes (...) não deve ser impedimento da normal tramitação dos procedimentos de revisão da matéria tributável..."*. E digo que não deveria ter assim decidido porque vejo nessa decisão uma grave limitação, por via administrativa, de garantias dos contribuintes que estão claramente consagradas na LGT.

Com efeito, da LGT decorre que a nomeação de perito independente permite assegurar ao contribuinte, desde logo, duas garantias importantes: por um lado, da intervenção deste perito decorrem para a Administração Fiscal especiais deveres de

fundamentação do acto de fixação da matéria tributável (artigo 92º, n.º 7) e, por outro lado, se o parecer deste perito for no mesmo sentido do parecer do perito do contribuinte e a Administração decidir, mesmo assim, em sentido diferente, a reclamação ou impugnação que venham a ser interpostas têm efeito suspensivo *independentemente da prestação de garantia* (artigo 92º, n.º 8), o que, considerando as despesas inerentes à prestação de garantia, não pode deixar de ser visto como uma vantagem muito relevante para o contribuinte.

Não se compreende, pois, que a mesma entidade para quem decorrem deveres adicionais como contrapartida destas garantias adicionais dos contribuintes se arrogue o direito de decidir se o procedimento é viável ou se não é viável.

Independentemente do que a LGT dispõe quanto à possibilidade de realização das reuniões sem a presença do perito independente (e a esse assunto voltarei adiante, pois também discordo da interpretação do artigo 91º, n.º 7, da LGT que me foi transmitida), esperava-se da Secretaria de Estado dos Assuntos Fiscais uma postura mais isenta e de maior rigor na aplicação da lei, já que a tese que vem defendendo neste caso desequilibra e subverte o sistema de fixação da matéria colectável que o legislador instituiu.

A situação é tanto mais grave quanto é certo que a morosidade com que foi regulamentada a matéria referente à nomeação do perito independente não é, de todo, alheia ao Ministério das Finanças: a Portaria desse mesmo Ministério que, nos termos do disposto no artigo 94º, n.º 5, da LGT, deveria regular o funcionamento da Comissão Nacional de Revisão (a quem compete, precisamente, a elaboração das listas de peritos – cfr. n.º 1, do mesmo artigo), só foi publicada em Agosto de 1999[84], isto é, após mais de sete meses de vigência da LGT e desde então até à elaboração da lista de peritos decorreu quase um ano (a lista foi publicada no DR II Série de 25.07.2000, pág. 12264).

---

[84] Portaria n.º 640/99, de 12 de Agosto.

Não parece, pois, de todo curial que o Ministério das Finanças contribua para atrasar o momento a partir do qual o contribuinte pode ver nomeado um perito independente – direito legalmente consagrado desde a entrada em vigor da LGT (01.01.1999) - e que, simultaneamente, esse mesmo Ministério, através da Secretaria de Estado dos Assuntos Fiscais, decida que "o procedimento é viável mesmo sem a presença dos peritos independentes", assim fazendo avançar processos em que as garantias dos contribuintes são manifestamente reduzidas por força da impossibilidade de nomeação de perito, ainda que requerida pelo contribuinte.

E é aqui que se coloca, também, a questão acima referida, da interpretação da norma constante do artigo 91º, n.º 7, da LGT, nos termos do qual *"A falta do perito independente não obsta à realização das reuniões sem prejuízo de este poder apresentar por escrito as suas observações no prazo de cinco dias a seguir à reunião em que devia ter comparecido"*.

Ao contrário de V. Exª, entendo que esta disposição legal não visa os casos em que o perito independente não foi sequer nomeado, mas sim aqueles outros casos, de normal tramitação do processo, em que foi requerida a nomeação do perito independente e este foi regularmente nomeado e convocado para a reunião, mas não compareceu.

Só assim se justifica que a mesma disposição legal que prevê a possibilidade de realização da reunião sem a presença do perito independente, permita que este, ainda assim, apresente por escrito as suas observações, em prazo contado a partir da reunião em que devia ter comparecido. A aplicação deste n.º 7 do artigo 91º da LGT pressupõe pois, necessariamente, que o perito independente existe e que foi nomeado e convocado para a reunião, não se referindo tal disposição legal a um abstracto e não identificado perito independente que tanto podia existir e não ter comparecido à reunião, como não existir de todo. As consequências da falta de peritos independentes motivada pela sua não nomeação não foram previstas pelo legislador, nem no artigo

91º, n.º 7 da LGT, nem em qualquer outro artigo, pela simples razão que essa falta de nomeação resulta de uma anormal, porque tardia, regulamentação e aplicação da LGT.

E nem se diga que, se o legislador tivesse previsto essa situação, ter-lhe-ia aplicado a solução constante do artigo 91º, n.º 7. Pelo contrário: essa norma revela que o legislador, embora tenha querido evitar a morosidade acrescida que resultaria se, em caso de falta do perito independente, a reunião fosse adiada, também quis assegurar que, não obstante essa sua falta, as observações do perito seriam consideradas, isto é, a sua intervenção no processo concretizar-se-ia por esta forma alternativa, continuando por isso a ser possível ao contribuinte beneficiar das garantias especiais que acima se referiu decorrerem da participação do perito independente neste processo (fundamentação especial da decisão final da Administração e possibilidade de obter efeito suspensivo das reclamações ou impugnações sem necessidade de prestação de garantia).

Ora, a tese que a Secretaria de Estado dos Assuntos Fiscais defende, faz desaparecer estas garantias adicionais do contribuinte e não explica por que motivo o legislador quis manter tais garantias em caso de o perito independente existir, estar nomeado, convocado e faltar à reunião e já as não teria querido manter se o perito simplesmente não existisse em virtude do atraso com que o Ministério das Finanças regulamentou a LGT. O que se pergunta é, portanto, se o legislador teria querido penalizar o contribuinte – e, em contrapartida, beneficiar a Administração Fiscal - pelo atraso com que a LGT foi regulamentada.

A resposta só poderá ser negativa e só pode, por isso, assistir razão aos contribuintes que entendem que os processos no âmbito dos quais foi requerida a nomeação de perito independente, não tendo esta ocorrido por força da inexistência das respectivas listas, deveriam ter sido suspensos até que existissem condições para que a sua tramitação prosseguisse nos termos previstos na LGT.

Não foi isso que aconteceu e, embora sabendo que a decisão de fazer prosseguir os procedimentos em causa sem a participação do perito independente não foi tomada por V. Exª mas por um seu antecessor, não posso deixar de formular um veemente reparo à Secretaria de Estado dos Assuntos Fiscais que com tal decisão excedeu as suas competências e suprimiu, por via administrativa, garantias legalmente atribuídas aos contribuintes.

Igualmente merecedora de reparo é a posição agora assumida por V. Exª, já que não reconhece o problema criado pela Secretaria de Estado dos Assuntos Fiscais ao dar seguimento ao processo em causa e limita-se a remeter os contribuintes lesados para o exercício dos direitos que lhes restam: reclamar ou impugnar as liquidações entretanto efectuadas.

Não obstante a ideia de repetir as reuniões indevidamente realizadas sem a presença de peritos independentes tivesse sido desde cedo avançada pela Provedoria de Justiça (cfr. nosso ofício de 07.07.2000, dirigido à Chefe de Gabinete do então Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais), certo é que tal não aconteceu e o tempo entretanto decorrido consolidou já muitas situações que, de outra forma, teriam tido desfecho mais justo e consentâneo com o regime legal vigente.

Outras situações aguardam ainda decisão definitiva e relativamente a essas não posso deixar de esperar da Secretaria de Estado dos Assuntos Fiscais uma postura mais colaborante com a procura da verdade e da justiça tributária. Permito-me, pois, resumir de seguida as conclusões que a Provedoria de Justiça alcançou a respeito deste assunto, esperando de V. Exª a respectiva ponderação e o empenho na sua concretização:

1. Quanto às decisões de fixação da matéria tributável previstas no artigo 92º, n.º 6, da LGT, quando proferidas em processos no âmbito dos quais o contribuinte tivesse requerido a nomeação de perito independente e esta não tivesse ocorrido por falta das listas de peritos:

1.1.Padecem de vício de forma já que consubstanciam a preterição de formalidades anteriores à prática do acto

administrativo em causa (nesse sentido, v. Código do Procedimento Administrativo anotado por J. M. Santos Botelho, Américo Esteves e José Cândido de Pinho, Almedina, 1992, 2ª edição, pg 452 e Freitas do Amaral, obra aí citada);

1.2.Tal vício de forma torna os actos em causa anuláveis – cfr. artigo 135º do Código de Procedimento Administrativo, aplicável por força do disposto no artigo 2º, alínea c), da LGT;

1.3.Os actos anuláveis são revogáveis nos termos e prazos previstos no artigo 141º do CPA.

2. Quanto aos actos de liquidação praticados na sequência de tais decisões de fixação da matéria tributável:

São susceptíveis de revisão oficiosa com base em erro imputável aos serviços, nos termos e prazos constantes do artigo 78º da LGT. O erro dos serviços, como resulta do que acima ficou dito, foi materializado pelo despacho do então Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, datado de 28.07.1999, que fez prosseguir a "normal" tramitação dos procedimentos de revisão da matéria tributável nos casos em que os contribuintes tivessem requerido a nomeação de perito independente e esta não tivesse sido concretizada por inexistência das respectivas listas;

- São susceptíveis de anulação, pela Administração Tributária, em sede de decisão de reclamação graciosa eventualmente deduzida pelos interessados (artigo 68º do Código de Procedimento e de Processo Tributário – CPPT);
- São susceptíveis de revogação, ainda pela Administração Tributária, em sede de apreciação de impugnação judicial eventualmente apresentada pelos interessados (artigo 112º do CPPT).

Deixo, pois, à consideração de V. Exª a possibilidade de inverter o rumo até agora seguido pela Secretaria de Estado dos Assuntos Fiscais e pela Administração Fiscal na condução destes processos, rumo esse que, reafirmo, entendo ser merecedor de forte reparo.

Por parte da Provedoria de Justiça considero nada mais haver a diligenciar, formulada que foi, numa primeira fase, a

sugestão de repetição dos procedimentos em causa e elencadas que foram, agora, as vias que ainda permitem a reposição da justiça e da legalidade na decisão dos casos pendentes.

Informo, por último, que determinei o arquivamento dos processos abertos na Provedoria de Justiça a este respeito, com comunicação aos reclamantes das conclusões alcançadas.

R – 3709/99
Assessor: Alexandra Iglésias

Entidade visada: Chefe do Serviço de Finanças de Lisboa 10 (DGCI)

Assunto: Fiscalidade. Imposto Municipal de Sisa. Transmissão que não se realizou. Reembolso do imposto. Demora de anos. Pagamento de juros indemnizatórios.

Agradeço o envio das comunicações e informo ter determinado o arquivamento do processo pendente neste Órgão do Estado.

Não obstante a decisão agora comunicada, não quero deixar de mencionar, lamentando-o, que a actuação desse serviço de finanças não foi a mais correcta, no acompanhamento do processo em análise, registando uma morosidade excessiva na instrução do pedido de revisão do acto tributário apresentado em 28.10.98 pela reclamante, e cujo reembolso, não obstante a simplicidade da questão em apreço, apenas veio a ser processado em 20.12.00.

Tal facto não pode deixar de merecer a censura deste Órgão do Estado, pelo que devo sublinhar a importância de que se reveste o esforço de evitar que atrasos como o verificado se voltem a registar no futuro.

R-3709/99
Assessor: Alexandra Iglésias

Entidade visada: Director de Serviços de Justiça Tributária (DGCI)

Assunto: Fiscalidade. Imposto municipal de sisa. Transmissão que não se realizou. Reembolso do imposto. Demora de anos. Pagamento de juros indemnizatórios.

Agradeço o envio dos ofícios e informo ter determinado o arquivamento do processo pendente neste Órgão do Estado.

Não posso, contudo, deixar de exprimir uma séria censura quer quanto ao procedimento da Administração Fiscal traduzido na demora excessiva ocorrida na apreciação do pedido de revisão do acto tributário apresentado pela reclamante, quer quanto à posição assumida pela DGCI no que se refere à recusa de pagamento de juros indemnizatórios.

Relativamente ao primeiro aspecto não se pode admitir que por ineficiência dos serviços da DGCI um reembolso de sisa solicitado em 28.10.98 venha a ser processado em 10.01.2001, ou seja, mais de 2 anos depois.

Relativamente ao segundo aspecto, sublinho que as comunicações mais recentes dessa direcção de serviços se limitam a repetir o entendimento já transmitido anteriormente a este Órgão do Estado, sem levar em linha de conta a argumentação expendida pela Provedoria de Justiça, e secundada pela doutrina, segundo a qual, o art.º 43.º, n.º 3, alínea c) da LGT é, inequivocamente, aplicável ao caso em apreço, na medida em que consubstancia uma "norma de processo" verdadeira e própria, pelo que para efeito de aplicação da lei no tempo deve ser de aplicação imediata às relações jurídicas subsistentes à data da sua entrada em vigor.

De igual modo, a jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Administrativo (cfr. Acórdão de 02.07.03, no processo n.º 388/03), vem ao encontro do entendimento defendido pela Provedoria de Justiça, ao confirmar expressamente essa aplicabilidade aos casos pendentes, na medida em que o art.º 43.º da LGT regula o conteúdo da obrigação de indemnização, abstraindo do facto que lhe deu origem.

Apesar da certeza da correcção do entendimento assumido pela Provedoria de Justiça, foi determinado o arquivamento do processo, em face da posição final revelada por essa direcção de serviços.

R – 1623/01
Assessor: Mariana Vargas

Entidade visada: Chefe do Gabinete do Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais

Assunto: Fiscalidade. IVA. Regime jurídico dos bens em circulação. Necessidade de acompanhamento do original do documento de transporte.

Com a publicação do Decreto-Lei n.º 147/2003, de 11 de Julho, que institui o novo regime dos bens em circulação, encontra-se resolvida a justa pretensão apresentada ao Provedor de Justiça pela "...", com sede no Porto, que constituiu objecto do processo aberto neste Órgão do Estado e que justificou a troca de correspondência entre a Provedoria de Justiça e a Secretaria de Estado dos Assuntos Fiscais.

Permito-me, contudo, referir a possibilidade de ter ocorrido um mero lapso na publicação do diploma agora publicado.

Efectivamente, tratando-se de matéria relativa ao sistema fiscal, encontra-se a mesma integrada no âmbito da reserva relativa da competência legislativa da Assembleia da República, a

que alude o artigo 165.º, n.º 1, alínea i), da Constituição da República Portuguesa.

Contendo o artigo 45.º, n.º 2, da Lei n.º 32-B/2002, de 30 de Dezembro (Orçamento do Estado para 2003) uma autorização legislativa ao Governo para que legisle sobre a matéria em apreço, por forma a que o novo regime seja aplicável a todo o território nacional, deveria o Decreto-Lei n.º 147/2003, de 11 de Julho, ter sido publicado nos termos do artigo 198.º, n.º 1, alínea b) e n.º 3, da Constituição da República Portuguesa, e não nos termos da alínea a) do mesmo artigo, como dele consta.

Deveria, ainda, nos termos da mencionada autorização legislativa, conter a menção de que vale como lei geral da República, para que como tal possa ter validade, nos termos do artigo 112.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa.

Termos em que informo ter determinado o arquivamento do processo, e agradeço a colaboração prestada na sua instrução.

R-2007/ 01
Assessor: Ana Pereira

Entidade visada: Chefe de Gabinete da Ministra de Estado e das Finanças

Assunto: Fundos europeus. Programa RIME. Rescisão do contrato de concessão de incentivos. Erros procedimentais. Atrasos na libertação de fundos.

Relativamente ao assunto em epígrafe, devo agradecer, em primeiro lugar, a colaboração prestada por V.ª Ex.ª.

Por ter admitido que as razões que conduziram à rescisão do contrato de concessão de incentivos decorreram da verificação de uma situação objectiva de incumprimento das obrigações assumidas pelos promotores, isto é, do encerramento precoce dos estabelecimentos comerciais, levando assim a que o projecto de investimento não tivesse sido mantido pelo período mínimo

convencionado contratualmente, determinei nesta data o arquivamento do processo, uma vez esgotadas as hipóteses de intervenção deste Órgão do Estado no assunto que constitui o objecto desta queixa.

Contudo, permita-me V.ª Ex.ª que aproveite a oportunidade para salientar alguns aspectos de menor correcção que o procedimento seguido neste caso concreto deixa transparecer, com o objectivo de evitar a sua repetição em eventuais casos futuros.

Na verdade, se é certo e desejável que as entidades administrativas exijam da parte dos promotores o maior rigor e a estrita observância das obrigações estabelecidas na legislação aplicável aos programas de apoio financeiro, assim como nos contratos de concessão de incentivos, devem, elas próprias, dando o exemplo dessa perfeição de comportamento, usar da maior diligência e celeridade no que toca às relações que estabelecem com os particulares.

Assim, transpondo esta mesma doutrina para o caso cujo estudo nos vem ocupando, e ainda que a instrução do processo não tenha permitido demonstrar o nexo de causalidade entre o fracasso do projecto de investimento e o atraso na libertação dos incentivos à criação de emprego, será certamente digno de censura o facto de a CCRLVT - Comissão de Coordenação da Região de Lisboa e Vale do Tejo não ter cumprido com o prazo de libertação dos incentivos, ao qual estaria também vinculada legal e contratualmente.

De onde decorre que, sob pena de a Administração perder legitimidade para exigir da parte dos promotores o escrupuloso cumprimento dos deveres que lhes competem, deverão as entidades gestoras de quaisquer programas de apoio financeiro pautar também a sua conduta pelo máximo rigor e correcção.

Certo da melhor atenção de V.ª Ex.ª para estas observações, formuladas tão-só com o propósito de contribuir para o aperfeiçoamento das relações que a Administração estabelece com os particulares.

R–2575/01
Assessor: Alexandra Iglésias

Entidade visada: IGAPHE - Instituto de Gestão e Alienação do Património Habitacional do Estado.

Assunto: Assuntos financeiros. IAJ – Incentivo ao Arrendamento Jovem. Condições de acesso. Conceitos de rendimento anual bruto e de rendimento anual bruto corrigido. Erro na interpretação e aplicação da lei.

Com referência ao assunto em epígrafe, venho informar a V.ª Ex.ª ter sido determinado o arquivamento do processo pendente na Provedoria de Justiça, pelos motivos e com os fundamentos abaixo discriminados.

Lamento não ter sido acolhida a interpretação da lei efectuada por este Órgão do Estado, que teria permitido regularizar o processo de candidatura do reclamante ao IAJ, e conceder-lhe o incentivo a que, em 1998 tinha direito, de acordo com a interpretação mais consentânea com a lei.

Na certeza da correcção do entendimento assumido, ou seja, de que o rendimento bruto para efeitos de atribuição do IAJ, como para efeitos de IRS, é o rendimento ilíquido auferido, isto é, sem dedução de quaisquer encargos – posição, aliás, secundada pela Direcção de Serviços do IRS -, foi ainda assim determinado o arquivamento do processo, como se referiu, tendo em conta que a Direcção-Geral do Tesouro diligenciou já junto da DGCI, para que esta se pronuncie relativamente à situação posterior a 2000, visando no futuro acautelar a aplicação de um critério uniforme de determinação do rendimento anual bruto, na sequência das alterações levadas a cabo pela Lei n.º 30-G/2000, de 29 de Dezembro.

R-2575/01
Assessor: Alexandra Iglésias

Entidade visada: Directora-Geral do Tesouro
Assunto: Assuntos financeiros. IAJ – Incentivo ao Arrendamento Jovem. Condições de acesso. Conceitos de rendimento anual bruto e de rendimento anual bruto corrigido. Erro na interpretação e aplicação da lei.

Acuso também a recepção do último ofício de V. Exa., cujo envio agradeço, aproveitando para informar ter sido determinado o arquivamento do processo pendente neste Órgão do Estado.

Não posso, contudo, deixar de lamentar não ter sido acolhida a sugestão efectuada pela Provedoria de Justiça, que teria permitido regularizar o processo de candidatura do interessado, e conceder-lhe o incentivo a que, no ano de 1998, tinha direito, de acordo com a interpretação mais adequada da lei.

Apesar da certeza da correcção do entendimento assumido por este Órgão do Estado, aliás secundado pela Direcção de Serviços do IRS, foi determinado o arquivamento do processo, como referi, tendo em conta que a Direcção-Geral do Tesouro diligenciou já, junto da DGCI, no sentido de proceder ao estudo do assunto visando a eventual modificação de procedimentos futuros, o que a Provedoria de Justiça espera que venha suceder a curto prazo.

R – 6306/01
Assessor: Mariana Vargas

Entidade visada: Chefe de Gabinete do Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais

Assunto: Fiscalidade. IRS. Trabalhadores de banca dos casinos. Gratificações. Mudança de interpretação da lei pela DGCI. Anulação das liquidações. Falta de comunicação aos tribunais tributários. Extinção dos processos. Responsabilidade pelo pagamento das custas judiciais.

Agradeço a V.ª Ex.ª o envio do ofício datado de 14 de Janeiro de 2003, transmitindo a posição de Sua Excelência o Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais sobre o assunto em apreço, e informo ter determinado o arquivamento do processo pendente na Provedoria de Justiça, sem poder deixar, contudo, de expressar as seguintes censuras.

Não se compreende o teor do Despacho de Sua Excelência o Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais de 25.01.1999, que vem administrativamente considerar que, contrariamente ao disposto à data no Código do IRS, os rendimentos das gratificações dos profissionais dos casinos não estavam sujeitos a imposto.

Não se compreende o conteúdo da informação da DSJT, confirmada por Despacho de Sua Excelência o Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, ao sancionar o procedimento da anulação de liquidações de IRS dos anos de 1998 e anteriores, mesmo nas situações em que estes procedimentos contrariavam decisões judiciais transitadas em julgado.

Não se compreende que a Secretaria de Estado dos Assuntos Fiscais continue a insistir que a actuação da DGCI, concretamente da Direcção de Finanças de Coimbra, não foi uma actuação claramente negligente, ao não dar cumprimento atempadamente a um despacho superior, o que teve como consequência o inevitável pagamento de custas judiciais por parte dos impugnantes, que um procedimento responsável dos serviços, como o que se verificou em todos os outros distritos, poderia e deveria ter evitado.

P-23/02
Coordenador: João Manuel Gonçalves

Entidade visada: Ministra de Estado e das Finanças
Assunto: Fiscalidade. Processo tributário. Regime excepcional de regularização de dívidas ao Fisco e à Segurança Social. Decreto-Lei n.º 248-A/2002, de 14 de Novembro. Posição do Provedor de Justiça.

1. *A posição já anteriormente assumida pelo Provedor de Justiça*

Dirijo-me a Vossa Excelência a propósito da aprovação, na reunião do Conselho de Ministros da passada quinta-feira, de um novo regime excepcional de pagamento de dívidas ao Fisco e à Segurança Social, que permitirá aos contribuintes em falta regularizar a sua situação tributária e contributiva até ao dia 31.12.2002, beneficiando do perdão dos juros de mora pelo atraso no pagamento, do perdão dos juros compensatórios pelo atraso na liquidação, bem como da redução das coimas aplicadas em processo de contra-ordenação, assim como das custas processuais.

No âmbito de processo já instruído na Provedoria de Justiça no ano passado, em que um cidadão se queixava de que, pelo facto de ter cumprido a lei e de ter procedido ao pagamento atempado de uma dívida ao Estado, não tinha podido beneficiar do perdão de 70 % da mesma que o Estado veio posteriormente a conceder aos cidadãos em situação de incumprimento, tive a oportunidade de, em ofício de 06.07.2001, dirigir ao anterior Ministro das Finanças a Recomendação n.º 2/B/2001, em que sugeria que,

"em situações futuras, em que se trate de legislar no sentido de estabelecer determinadas formas de cobrança de dívidas de particulares em relação ao Estado, seja assegurado um tratamento equitativo entre os diversos devedores, estabelecendo regimes mais

favoráveis para os que se revelarem efectivamente mais cumpridores".

"Para esse efeito, deverão ser expressamente consagrados na nova legislação mecanismos que permitam tornar extensivas as prerrogativas concedidas em momento posterior aos devedores que já haviam liquidado as suas dívidas anteriormente, o que poderá ser feito através de normas de aplicação retroactiva, que legitimem a devolução aos mesmos das quantias pagas em excesso".

A resposta a esta Recomendação foi dada pela Direcção-Geral do Tesouro (ofício de 25.09.2001), que comunicou que *"de futuro serão tomadas em consideração as recomendações da Provedoria".* Ou seja, deu-se a Recomendação por acatada.

Ainda assim, de modo a dissipar quaisquer dúvidas quanto ao âmbito e ao sentido do acatamento da Recomendação, entendi dever dirigir-me de novo quer à Direcção-Geral do Tesouro - entidade que respondeu ao Provedor de Justiça -, quer ao Senhor Ministro das Finanças – destinatário da Recomendação – (ofícios de 25.10.2001) -, explicitando que, em meu entender, o comunicado acatamento da Recomendação apenas podia significar que

"*na futura elaboração de novos diplomas legais destinados a regular a forma de cobrança dos débitos de particulares de que o Estado seja credor, se assume o compromisso de se vir a assegurar um tratamento equitativo entre os devedores que liquidem as suas dívidas em momentos diferentes, beneficiando quem o fizer de imediato e penalizando quem o fizer em momento posterior.".*

Mais esclarecendo que o que estava em causa no processo era *"uma questão de injustiça relativa, decorrente do facto de o reclamante não ter podido beneficiar de qualquer prerrogativa que pudesse facilitar o pagamento, enquanto outros devedores que saldaram as suas dívidas em momento posterior e que, como tal, demonstraram maior propensão para o incumprimento, puderam beneficiar do incumprimento.".*

Ou seja, quer para o Provedor de Justiça, quer para o Ministério das Finanças, tinha ficado claro que o acatamento da

Recomendação de 2001 significaria, no que ao caso interessa, que de futuro não seria publicada legislação semelhante, ou que, a sê-lo, seria devidamente ponderada a situação dos cidadãos que procederam ao cumprimento dos seus deveres previamente à existência de qualquer regime excepcional de pagamento.

Só assim todos os contribuintes, em igualdade de circunstâncias, poderão ver a sua situação tributária tratada de igual modo, evitando-se a penalização dos cidadãos cumpridores, quer daqueles que procederam ao pagamento dos impostos no prazo de cobrança voluntária, quer dos que, por motivos de ordem diversa, pagaram os mesmos impostos acrescidos da liquidação de juros de mora, de juros compensatórios, de coimas e de custas.

2. *A posição do Provedor de Justiça perante a nova situação concreta*

Face ao acabado de referir, e na sequência do que já era a minha anterior posição sobre este assunto, não posso deixar de exprimir a minha perplexidade e a minha incomodidade pelo regime de perdão fiscal recém aprovado em Conselho de Ministros.

Perplexidade, pois era um ponto assente que o Ministério das Finanças tinha acatado a anterior Recomendação do Provedor de Justiça sobre este assunto. Incomodidade, pois o futuro diploma vem premiar a situação dos contribuintes faltosos e incumpridores, que vão pagar mais tarde um valor inferior – em tantas situações muito inferior -, ao entregue nos cofres do Estado pelos cidadãos respeitadores do cumprimento das suas obrigações fiscais e parafiscais.

A este, muitos outros argumentos poderiam ser acrescentados, em contestação da opção tomada, como sejam os sinais dados à sociedade e aos contribuintes, a presumível reduzida eficácia de medidas desta natureza (cfr. relatórios do Tribunal de Contas e da Inspecção-Geral de Finanças), e a capacidade da DGCI para os executar em todos os seus aspectos.

Noutras circunstâncias, e em coerência com as posições por mim anteriormente assumidas, seria minha intenção Recomendar

a Vossa Excelência que procedesse ao integral reembolso dos juros de mora, dos juros compensatórios, das custas e das coimas que, desde um determinado momento (por exemplo desde 1 de Janeiro de 2002, da posse do Governo, ou nos últimos 6 meses), tivessem sido pagas por todos os contribuintes cumpridores e que, por esse motivo, vieram a ser claramente prejudicados em comparação com os cidadãos que não pagaram os seus impostos quando para isso foram notificados.

Ou que, em alternativa, fosse atribuído no ano de 2003 um desconto fiscal ou um crédito fiscal a todos os contribuintes penalizados por cumprirem a lei, vantagem esta idêntica ou pelo menos proporcional ao custo adicional que veio a significar, no presente, o cumprimento das obrigações tributárias.

A situação orçamental do País e, designadamente, a procura do cumprimento dos objectivos dos limites do défice em 2002 e 2003, não pode deixar de merecer compreensão da minha parte, admitindo que, no presente momento e estado das finanças públicas, não seria curial e exequível estar a Recomendar a Vossa Excelência o reembolso das importâncias pagas, por exemplo nos últimos meses ou no último ano, por todos os cidadãos cujo pagamento dos impostos foi acompanhado da liquidação de juros de mora, de juros compensatórios, de coimas e de custas.

3. *Sugestões que apresento a Vossa Excelência*

A verdade contudo é que, se o Provedor de Justiça considera que o novo regime de perdão fiscal é censurável, mas que pode ser compreensível nas presentes circunstâncias o não reembolso dos custos do cumprimento da legalidade por parte de tantos cidadãos, também entende que muito há a fazer no sentido de evitar, no futuro, a repetição de outros regimes ditos excepcionais de pagamento de dívidas ao Fisco e à Segurança Social e, afinal, não os últimos excepcionais.

E é nesse sentido que entendo que bem poderá Vossa Excelência actuar.

3.1. Desde logo, porque não proceder a uma alteração da Lei Geral Tributária, no sentido de este diploma estruturante do

sistema fiscal português vir a proibir de futuro a existência de regimes excepcionais de pagamento de dívidas ao Fisco e à Segurança Social, limitando-se deste modo a actuação do poder executivo e constituindo-se, assim, uma garantia acrescida de que efectivamente este foi o último perdão concedido, ou de que, pelo menos, todos os cidadãos contribuintes serão no futuro tratados de igual modo?

3.2. Em plano de mais próxima eficácia, julgo seria pertinente Vossa Excelência ponderar a alteração do Regime Geral das Infracções Tributárias, de modo a que as contra-ordenações e os crimes tributários passem a ser punidos com sanções que tenham um real efeito preventivo e dissuasor, e que sejam efectivamente aplicadas.

3.3. Mas ainda, em termos de actuação imediata, não quero deixar de instar Vossa Excelência a que dê instruções à DGCI – controlando a respectiva execução -, no sentido de, até ao fim do ano, notificar todos os contribuintes que têm dívidas em atraso, convidando-os a regularizar a sua situação tributária ao abrigo do diploma agora aprovado. Uma medida desta natureza permitirá, simultaneamente, que:

1) todos os contribuintes em situação de poderem beneficiar do novo regime de perdão venham a ter um efectivo conhecimento dessa possibilidade;

2) os contribuintes não venham a alegar, com razão, nos primeiros meses de 2003, que têm que pagar juros de mora, juros compensatórios, coimas e custas, pela simples razão de que, podendo fazê-lo, a DGCI não os notificou a tempo da liquidação dos impostos, pelo que não lhes foi possível, por esse motivo, aproveitar o regime excepcional de pagamento; ou seja, é preciso evitar que os atrasos na notificação das dívidas, imputáveis à DGCI, venham a impossibilitar a adesão dos cidadãos e das empresas ao benefício agora concedido;

3) os Serviços actuem de forma exemplar depois de 01.01.2003 relativamente à cobrança das dívidas dos

contribuintes que, podendo fazê-lo e tendo do facto tido conhecimento, não procederam até 31.12.2002 ao pagamento dos impostos em falta.

3.4. Na origem de toda esta censurável situação reconhecerá com certeza Vossa Excelência que se encontra a evidente incapacidade da Direcção-Geral dos Impostos em fazer entrar nos cofres do Estado os impostos devidos por cidadãos e por empresas. Incapacidade de informar, incapacidade de liquidar, incapacidade de fiscalizar, incapacidade de cobrar, incapacidade de rapidamente apreciar as reclamações e os recursos dos contribuintes, definindo as respectivas situações tributárias.

3.5. Nesse sentido, o meu apelo é para que a injustiça relativa ou sentida pelos contribuintes cumpridores possa servir para que se pense e se faça uma profunda reestruturação da Administração Tributária, conferindo-lhe pelo menos um grau de eficiência minimamente aceitável na liquidação e na cobrança dos impostos, na definição das situações tributárias e na execução da justiça fiscal.

3.6. O diagnóstico estará possivelmente feito. Falta agir.

3.7. Para além de um quadro legislativo estável, a formação profissional dos funcionários da DGCI, a criação de incentivos à sua produtividade, a fixação de rigorosos objectivos de gestão, a existência de um controlo ou de uma auditoria do desempenho das pessoas e dos Serviços, o apuramento rápido e consequente de responsabilidades sempre que justificável, o indispensável cruzamento de informações entre as bases de dados fiscais e as relativas a actos susceptíveis de gerarem rendimento ou de evidenciarem o património, a resolução de problemas informáticos que pela sua dimensão afectam uma multiplicidade de serviços e de contribuintes, o acesso generalizado dos Serviços à informação, a simplificação e a uniformização de procedimentos internos, designadamente no âmbito da justiça tributária, a prestação rápida e correcta de informações aos contribuintes, a aprovação dos indicadores objectivos de base técnico-científica a aplicar na determinação do lucro tributável por métodos

indirectos serão, entre tantas outras, algumas das medidas cuja criação ou modificação importa ponderar com urgência.

Estou confiante em que Vossa Excelência apreciará o alcance das observações que, na oportunidade, entendi formular.

R-34/02
Assessor: Mariana Vargas

Entidade visada: Director de Finanças do Porto (DGCI)
Assunto: Fiscalidade. IVA. IRS. Falta de actualização do cadastro. Erro na identificação do contribuinte. Demora na correcção.

Venho por este meio acusar a recepção do ofício de V.ª Ex.ª, cujo envio agradeço.

Esperando encontrar-se definitivamente resolvida a questão da identificação do sujeito passivo, informo V.ª Ex.ª que foi determinado o rearquivamento dos autos em epígrafe.

Não posso, contudo, deixar de lamentar a morosidade na correcção do erro registado, que poderia ter sido evitado se, após intervenção do reclamante, se tivesse solicitado à Direcção de Serviços do Cadastro as cópias dos microfilmes das fichas de inscrição de ambos os contribuintes, juntas em anexo, potenciando assim uma melhor coordenação entre os Serviços da Administração Fiscal.

R–653/02
Assessor: Ana Pereira

Entidade visada: Chefe de Gabinete da Ministra de Estado e das Finanças

Assunto: Fundos europeus. Programa RIME. Atrasos na apreciação de candidatura. Inviabilização do projecto de financiamento.

Com referência ao assunto em epígrafe, serve o presente ofício, desde já, para expressar a V.ª Ex.ª a minha gratidão pela colaboração prestada por esse Gabinete ao longo de toda a instrução do presente processo.

Ponderada a informação agora elaborada pela Direcção-Geral do Desenvolvimento Regional, assim como a restante documentação que a acompanhou, considerou a Provedoria de Justiça que se encontram esgotadas as hipóteses de intervenção no assunto objecto desta queixa, pelo que se procedeu ao arquivamento do processo.

Tal decisão filiou-se, essencialmente, na convicção de que não se pode reclamar propriamente a existência de um direito à aprovação da candidatura, apesar de a mesma ter colhido parecer favorável da AERSET-Associação Empresarial da Região de Setúbal.

Ou seja, ainda que tivessem sido cumpridos os prazos legais de procedimento, não se pode afirmar que esta candidatura teria sido, com toda a certeza, deferida.

De todo o modo, tal como se teve oportunidade de afirmar por diversas vezes ao longo da instrução do processo, ao reclamante assistia, como aliás, assiste a todos os particulares, um direito incontestável à apreciação em tempo útil da respectiva pretensão, consubstanciada no pedido de apoio financeiro.

Face aos dados obtidos junto das diversas entidades envolvidas na instrução, afigura-se inequívoco que terá sido a demora da parte da AERSET, no encaminhamento da candidatura para a CCRLVT - Comissão de Coordenação da Região de Lisboa e Vale do Tejo, que negou esse direito ao reclamante.

É certo que se trata de uma entidade de carácter privado, com autonomia face àquela comissão de coordenação e, em última

análise, em relação ao Ministério da tutela, antes o Ministério do Planeamento e, actualmente, devido à transferência de competências após a extinção daquele, o Ministério das Finanças.

No entanto, haverá que atender ao protocolo celebrado entre várias entidades públicas - designadamente a Direcção-Geral do Desenvolvimento Regional, a comissão de coordenação acima referida e o Gestor do PPDR -, de um lado, e, de outro, a União das Associações Empresariais da Região de Lisboa e Vale do Tejo, na qual se inclui a AERSET.

Através desse protocolo transferiram aquelas entidades públicas para a AERSET obrigações relacionadas com a recepção, instrução e avaliação prévia das candidaturas, como forma de *"descentralização e desconcentração de poderes e actuações"* no âmbito do RIME, tendo em vista obter maior rigor e eficiência nos resultados da execução deste programa de apoio.

Aliás, logo no art.º 12.º, n.º 1 da Resolução do Conselho de Ministros n.º 154/96, de 17 de Setembro, se previu a possibilidade de celebração de protocolos desta natureza.

Só que, naturalmente, essa transferência de competências não poderá significar que o Estado se deva considerar completamente desonerado da obrigação de velar pelo cumprimento dos objectivos do programa sob todos os seus aspectos, incluindo, naturalmente, o controlo da actividade das entidades privadas protocoladas.

Por esse motivo, e muito embora compreenda que o grande volume de candidaturas possa ter dificultado a tarefa de fiscalização da actuação da AERSET por parte da Comissão de Coordenação da Região de Lisboa e Vale do Tejo, teria sido desejável que se tivesse seguido um plano de controlo capaz de evitar a ocorrência de casos como o presente, em que aquela associação só deu o devido encaminhamento à candidatura quase dois anos depois de a ter recebido.

Tal teria sido possível com a instituição de mecanismos de fácil implementação que poderiam passar, simplesmente, por exigir às entidades com que se tivesse celebrado protocolos desta

natureza, o envio de um mapa mensal no qual constassem as candidaturas entregues até essa data e o estado em que se encontrava a respectiva instrução, justificando de forma clara eventuais situações de desrespeito dos prazos legais.

Assim sendo, V.ª Ex.ª certamente compreenderá que não possa aqui deixar de lamentar este episódio, cuja responsabilidade directa deverá ser assacada à AERSET, mas que poderia porventura ter sido evitado se a CCRLVT e as restantes entidades responsáveis pela execução do RIME tivessem usado de maior diligência e de maior rigor na forma de relacionamento com as entidades protocoladas.

Pelo exposto, permito-me apelar a V.ª Ex.ª para que, em programas de apoio actuais e em futuras parcerias que possam vir a estabelecer-se com entidades privadas para efeitos de recepção e instrução de candidaturas a incentivos financeiros, se procure acompanhar sempre de forma atenta a actividade dessas entidades, garantindo o cumprimento das obrigações a que se vincularam, uma vez que tais deveres pertencem, em primeira linha, ao próprio Estado.

Certo de que V.ª Ex.ª será sensível às considerações supra expendidas, que se destinam apenas a evitar, em quaisquer circunstâncias, o desrespeito dos direitos que legalmente assistem aos particulares.

R-880/02; R-1850/02
Assessor: André Barata

Entidade visada: Presidente do Conselho de Administração do IEP - Instituto das Estradas de Portugal

Assunto: Responsabilidade civil. Danificação da via pública. Acidentes de viação na EN 17. Pedido de pagamento de indemnização. Indeferimento. Falta de fundamentação. Demora na apreciação.

Venho, pelo presente, agradecer a V. Exa. a colaboração dispensada na instrução do processo aberto neste órgão do Estado, e informar que, face aos esclarecimentos prestados, foi determinado o seu arquivamento.

Não posso, porém, atento o considerável lapso de tempo tomado na decisão do pedido e, bem assim, a circunstância de o mesmo ter decorrido da corroboração dos factos pelas entidades públicas que se dirigiram ao local do acidente - Guarda Nacional Republicana e Câmara Municipal da Tábua -, deixar de lamentar que o assunto não tenha sofrido outro desfecho.

Por outro lado, e tendo em conta que a resposta dada pelo Gabinete Jurídico do ex-ICERR ao pedido de indemnização subscrito pela Sra. ... não se me afigura aceitável (Of.º de 5 de Março), desde já solicito a V. Exa que tome as medidas adequadas a evitar que outros cidadãos sejam futuramente confrontados com idêntico tratamento.

Com efeito, e uma vez que a contratação e adjudicação da execução de obras não dispensa essa entidade das obrigações que sobre si pesam na realização do interesse público, de que não pode dispor por via contratual, cabe a esse instituto, ao invés de se eximir nos termos descritos, apreciar e decidir os pedidos que lhe sejam dirigidos.

R-2728/02
Assessor: António Gomes da Silva

Entidade visada: Director de Finanças de Setúbal (DGCI)
Assunto: Fiscalidade. Imposto municipal de sisa. Não realização da transmissão do imóvel. Pedido de reembolso do imposto. Demora de dois anos na apreciação.

Acuso a recepção do ofício de V. Exa. referenciado em epígrafe cujo envio, desde já, agradeço.

Na sequência das diligências efectuadas pela Provedoria de Justiça junto dos Serviços da Administração Fiscal, por Despacho de 28.03.2003, da Exma. Senhora Directora de Serviços dos Impostos do Selo e das Transmissões do Património, foi autorizada a restituição do imposto de sisa requerida pelo contribuinte supra identificado, tendo o reembolso sido efectuado por transferência bancária datada de 30.04.2003.

Embora a pretensão do reclamante se encontre satisfeita, não posso deixar de lamentar a demora, de cerca de 20 meses, na apreciação e remessa do processo para despacho. Efectivamente, tendo o pedido do contribuinte sido recebido nos serviços em 20.07.2001, só após a intervenção deste órgão do Estado quer junto do Serviço de Finanças de Almada-3, quer junto dessa direcção de finanças, é que foi dado seguimento ao processo, o qual acabou por ser enviado à DSISTP, em 24.01.2003.

Certo de que V. Exa. não deixará de ter em conta o reparo efectuado, mais informo de que determinei o arquivamento do processo referenciado em epígrafe.

R-2963/02
Assessor: Alexandra Iglésias

Entidade visada: Câmara Municipal de Ovar (Director do Departamento Administrativo e Financeiro)

Assunto: Actividade económica. Comércio ambulante. Indeferimento do pedido de ocupação da via pública. Falta de fundamentação.

Agradeço a V. Exa. o envio do ofício e informo ter sido determinado o arquivamento do processo pendente neste Órgão do Estado, face aos esclarecimentos prestados.

Não obstante o arquivamento do processo, deverá V. Exa. ter presente que a actuação da Câmara Municipal não foi a mais correcta no esclarecimento da questão colocada pelos interessados,

conforme decorre do teor do ofício dessa edilidade, que carece de qualquer fundamentação acerca dos motivos da decisão.

Tal facto não pode deixar de merecer um reparo deste Órgão do Estado, pelo que sublinho a importância de que se reveste a necessidade de evitar que situações como a verificada se registem no futuro.

R-3187/02
Assessor: Alexandra Iglésias

Entidade visada: Câmara Municipal de Sintra (Vereador do Departamento de Assuntos Jurídicos e Administrativos)
Assunto: Consumo. Transportes públicos. Incorrecção no tratamento. Apresentação de queixa. Falta de resposta.

Com referência ao assunto em epígrafe, venho agradecer a V.ª Ex.ª o envio do ofício, bem como da documentação, e informar ter sido determinado o arquivamento do processo pendente neste Órgão do Estado, face aos esclarecimentos prestados.

Aproveito a oportunidade para solicitar a V.ª Ex.ª que, em situações futuras, sejam os munícipes devidamente informados acerca da sequência dada às exposições apresentadas, ainda que remetidas a outras entidades.

R-3221/02
Assessor: Elsa Dias

Entidade visada: Directora de Serviços do IRS (DGCI)
Assunto: Fiscalidade. IRS. Regime simplificado de determinação de rendimentos em sede de IRS. Período de validade da opção por contabilidade organizada. Declaração dos contribuintes. Rigor da informação.

Terminada a instrução do processo em referência, desejo em primeiro lugar salientar e agradecer a V. Exª a boa colaboração prestada à Provedoria de Justiça no esclarecimento das dúvidas colocadas e na explanação dos motivos subjacentes às posições da Administração postas em causa nas queixas aqui apresentadas acerca do assunto em epígrafe.

A experiência de casos anteriores revela que da troca de correspondência entre a Direcção de Serviços do IRS e a Provedoria de Justiça tem resultado, ora um melhor esclarecimento dos contribuintes quanto às motivações de algumas tomadas de posição da Administração Tributária que se afiguram irrepreensíveis, ora a alteração ou aperfeiçoamento de aspectos menos correctos da actuação dessa mesma administração.

É nesse contexto que agora comunico a V. Exª as conclusões alcançadas acerca do assunto em epígrafe, ponderados que foram os argumentos avançados nas queixas aqui recebidas e os esclarecimentos prestados pela DSIRS.

A questão em apreço era, recorde-se, apurar qual o período de validade da opção pelo regime de contabilidade organizada formulada pelos sujeitos passivos de IRS ao abrigo do disposto no artigo 28º, n.º 4, do respectivo Código.

Após um primeiro pedido de colaboração, a que a vossa comunicação de 13.11.2002 deu resposta, considerou este Órgão do Estado que a questão não estava ainda plenamente esclarecida, tendo sido solicitados esclarecimentos adicionais, prestados em 07.03.2003.

Esta última comunicação contém um argumento complementar que, a par de outras circunstâncias que adiante se referirão, levou a Provedoria de Justiça a concluir que a exigência de apresentação, todos os anos, de sucessivas declarações de alterações optando pelo regime de contabilidade organizada, não sendo a melhor solução, é uma solução possível. Refiro-me ao argumento constante do ponto 2. da vossa informação que parte da distinção entre o que é o regime supletivo (o regime

simplificado, aplicável aos sujeitos passivos que reúnam determinado tipo de características ou requisitos) e o regime que, por manifestação de vontade expressa dos interessados, pode ser-lhes alternativamente aplicado (o regime de contabilidade organizada).

Tal argumento está alicerçado numa verdade inquestionável, qual seja a de que o regime "normal" aplicado a estes sujeitos passivos face às características que reúnem é o regime simplificado, representando a opção por contabilidade organizada uma alternativa ou excepção pela qual lhes é permitido optar. Com base nesta realidade, e face à pouco clara redacção da lei quanto ao período de validade da opção inicial, pode compreender-se que o intérprete (no caso, a DSIRS) opte pela forma mais segura de aferir o regime a aplicar em cada ano e que perante a dicotomia regra/excepção, exija daqueles que pretendem sair do regime-regra e adoptar o regime-excepção a reiteração anual dessa sua vontade.

Ainda que este argumento não seja susceptível de afastar as principais críticas de que é merecedora a exigência de obrigatoriedade anual de formalizar repetidamente a mesma opção - nomeadamente o acréscimo burocrático daí resultante e a subversão do sistema de entrega de declarações de alterações que visa, geralmente, alterar a situação que até aí se verificara e não mantê-la, como passa agora a ser o caso na opção por contabilidade organizada -, certo é que uma inversão dos procedimentos que têm vindo a ser exigidos pela Administração Tributária nesta matéria, a ter agora lugar, poderia trazer mais desvantagens do que a manutenção do entendimento que já está divulgado e apreendido pelos sujeitos passivos no sentido de que devem renovar anualmente a sua opção por contabilidade organizada mediante entrega da declaração de alterações.

Em suma, e considerando não só o que acima ficou dito mas também o que sobre o assunto foi afirmado nas anteriores comunicações da Provedoria de Justiça no âmbito deste processo, concluiu este órgão do Estado que a obrigatoriedade de renovação

anual da opção por contabilidade organizada não traduz a melhor forma de dar resposta às dúvidas interpretativas que o preceito legal em apreço levanta, mas concluiu também que essa é uma forma possível de interpretar o referido preceito legal, cuja deficiente redacção está na origem de todas as dúvidas interpretativas surgidas.

Com efeito, tendo-se concluído que ambas as soluções que se têm contraposto são possíveis (obrigatoriedade de renovação anual da opção por contabilidade organizada mediante a entrega de sucessivas declarações de alterações ou necessidade de entrega de tais declarações apenas quando o sujeito passivo pretenda alterar o regime em que esteve enquadrado no ano anterior), não pode também deixar de concluir-se que a letra da lei carece de aperfeiçoamento, de modo a que reflicta claramente uma das opções acima sumariadas.

Afigura-se, pois, criticável a formulação legal do artigo 28º do CIRS, não se percebendo por que motivo em sede de IRC se consagrou expressamente um período de validade da opção pelo regime geral de determinação do lucro tributável (cfr. artigo 53º, n.º 8, do respectivo Código) e em IRS nada se disse expressamente a esse respeito, deixando a porta aberta a dúvidas como as que a instrução deste processo tem tentado esclarecer. Ainda que em sede de IRS o legislador considerasse (como entende a DSIRS) que a opção em causa deveria ser válida apenas por um ano, haveria toda a vantagem em o dizer expressamente no texto da lei, como se fez no caso do IRC.

Não obstante à DSIRS não caiba, directamente, promover alterações legislativas em matéria de IRS, não é esta a primeira vez que este órgão do Estado aponta insuficiências ou imprecisões nessa legislação, solicitando ou sugerindo a essa direcção de serviços que as tenha em conta no âmbito das suas atribuições e competências e que promova o aperfeiçoamento de uma ou outra disposição legal que a prática revela ser de interpretação problemática.

É o que creio justificar-se neste caso concreto: em próxima oportunidade, seria de toda a conveniência reformular o artigo 28º do CIRS, de modo a que dispusesse expressamente sobre o período de validade da opção dos sujeitos passivos pelo regime de contabilidade organizada. Ora, a fazer-se tal alteração, seria bom que, antes de a concretizar, fosse repensado o fundo da questão, isto é: deve exigir-se uma manifestação anual de vontade para que os sujeitos passivos que já optaram uma vez pelo regime de contabilidade organizada esclareçam que querem continuar nesse regime ou, em alternativa, deve exigir-se apenas nova manifestação de vontade se esta for em sentido inverso ou se já tiver decorrido determinado período (necessariamente superior a um ano) sobre a opção inicial? Como resulta do que acima ficou dito, é entendimento da Provedoria de Justiça que a segunda alternativa é a mais correcta, quer por razões de economia de procedimentos, quer por analogia com a solução adoptada em sede de IRC.

Por último, e embora esta seja uma questão secundária relativamente ao objecto principal do presente processo, não posso deixar de solicitar a especial atenção de V. Exª para que, futuramente, tudo seja feito para evitar a repetição de lapsos como o contido na brochura destinada a esclarecer e informar os contribuintes sobre o regime simplificado, pois como certamente terá presente, apesar da correcção efectuada através do ofício-circulado n.º 20050, de 10.09.2001, da DSIRS, tal lapso em nada contribuiu para uma rigorosa elucidação dos contribuintes, como o provam as várias queixas por estes formalizadas junto da Provedoria e certamente também junto da própria Administração.

É certo que nem todos os lapsos são evitáveis e é certo, também, que este veio a ser corrigido com alguma brevidade, a tempo de a generalidade dos sujeitos passivos se aperceber da necessidade (pelo menos na tese da Administração Tributária) de renovar a sua opção anualmente, mas a ocorrência deste tipo de lapsos é susceptível de agravar um problema antigo da Administração Tributária, qual seja o de algum "desacerto" entre

os serviços e os cidadãos, com causas que aqui não cabe aprofundar e que vão desde a complexidade do sistema fiscal à falta de formação de alguns funcionários e à pouca consciência cívica de alguns cidadãos em matéria de cumprimento de obrigações fiscais.

Daí o apelo, que a Provedoria de Justiça não pode deixar de fazer, de especial rigor e de atento controle em matéria de informação a divulgar pelos serviços da Administração Tributária: por essa via se poderão esclarecer, com segurança e uniformidade, os contribuintes e os próprios serviços, mas por essa mesma via, se poderão também induzir em erro uns e outros.

Certo de que a questão de fundo irá ser merecedora de ponderação por parte de V. Exª e que a ocorrência referida na parte final desta comunicação teve carácter excepcional, informo ter determinado o arquivamento do processo aberto na Provedoria de Justiça para apreciação de ambas as questões.

R-3305/02
Assessor: Ana Pereira

Entidade visada: Presidente do Conselho de Administração do Instituto Nacional de Intervenção e Garantia Agrícola (INGA)

Assunto: Fundos europeus. Agricultura. Prémio aos produtores de carne. Erros procedimentais na acção de controlo. Perda do subsídio.

Com referência ao processo em epígrafe, aproveito, em primeiro lugar, para agradecer a colaboração prestada por V.ª Ex.ª no âmbito da respectiva instrução, que permitiu conhecer os fundamentos que conduziram à perda do subsídio que havia sido atribuído ao produtor reclamante.

Considerando que essa decisão se baseia na legislação comunitária que estabelece as normas de execução dos prémios

em benefício dos produtores de carnes de ovinos e caprinos, foi determinado o arquivamento do processo a que deu origem a queixa aqui apresentada.

Contudo, permita-me V.ª Ex.ª que aproveite também a oportunidade para salientar alguns aspectos de menor correcção que o procedimento seguido neste caso concreto deixa transparecer, com o objectivo de evitar a sua repetição em eventuais casos futuros.

Na verdade, se é certo que os elementos carreados para o processo não permitiram confirmar que tenha sido exercida qualquer coacção sobre o reclamante no que toca à assinatura do relatório de controlo, não deixa de merecer alguma reflexão o facto de os técnicos responsáveis por esta acção de inspecção terem posteriormente realizado mais diligências tendentes a averiguar o exacto número de efectivos. Ou seja, não fará muito sentido que se tenha solicitado ao reclamante a assinatura de um relatório quando dúvidas ainda subsistiam sobre a quantidade de animais presentes na exploração.

Por outro lado, muito embora a legislação comunitária apenas preveja a realização de visitas de controlo durante o período de retenção, certamente que o princípio da verdade material legitimaria que esse instituto se tivesse empenhado um pouco mais em esclarecer a diversidade de posições dos técnicos do controlo e do produtor reclamante, para além da mera formalidade de solicitar à DRAEDM a confirmação do entendimento anteriormente transmitido.

Finalmente, julgo ser ainda digno de censura o facto de a decisão final que recaiu sobre este processo de candidatura só ter sido comunicada ao reclamante cerca de dois anos após a realização do relatório de controlo, ultrapassando assim os prazos legais de decisão.

Na convicção de que V.ª Ex.ª ponderará estas observações, destinadas tão-só a contribuir para o aperfeiçoamento das relações que a Administração estabelece com os particulares.

R-3481/02
Assessor: Mariana Vargas

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Constância
Assunto: Consumo. Fornecimento de água. Pagamento em falta. Notificação do pré-aviso. Forma.

Venho por este meio acusar a recepção do ofício de V.ª Ex.ª, sobre o assunto indicado, cujo envio muito agradeço.

Quero de igual forma expressar apreço pela alteração ao procedimento de notificação dos utentes em mora, antes da suspensão do fornecimento de água ao domicílio, conforme a cópia junta por V.ª Ex.ª, agora mais consentânea com o espírito da norma contida no artigo 5.º, da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho.

Para maior garantia de defesa do utente e da segurança da sua notificação para efeito de suspensão do serviço, bastará apenas que o mencionado aviso lhe seja endereçado através de carta registada com aviso de recepção.

Não posso, por outro lado, deixar de lamentar que, apesar de reconhecer a insuficiência da notificação que, para aquele efeito, vinha a ser feita aos utentes, não tenha V.ª Ex.ª ponderado a restituição da quantia da taxa paga pelo reclamante, Senhor ..., pelo restabelecimento de um fornecimento indevidamente suspenso, como era de justiça.

Informo ainda V.ª Ex.ª de que determinei o arquivamento do processo aberto neste Órgão do Estado.

R-3517/02
Assessor: Mariana Vargas

Entidade visada: Câmara Municipal de Lisboa (Divisão de Qualificação do Espaço Público)

Assunto: Fiscalidade. Taxas. Taxa de publicidade pela utilização de um toldo móvel de avanço e de anúncios não luminosos. Prazo de caducidade da liquidação. Notificação de várias liquidações no fim do prazo.

Venho por este meio acusar a recepção do ofício, cujo envio muito agradeço, pelos esclarecimentos nele contidos.

Analisado o seu teor, verifica-se que, pese embora o pagamento das taxas de publicidade em apreço ocorrer, em regra, no próprio ano financeiro a que respeitam, revestindo elas uma natureza periódica, o prazo para a sua liquidação é de quatro anos a contar do termo do ano em que se produziu o facto tributário, nos termos do artigo 45.º, n.º 4, da Lei Geral Tributária.

O que pode ofender alguns princípios a que deve obedecer a actividade administrativa, nomeadamente os princípios da proporcionalidade e da celeridade, previstos no artigo 55.º da mencionada Lei (os municípios, na sua actividade de liquidação de tributos integram a Administração Tributária, *ex vi* do disposto no artigo 1.º, n.º 3, da Lei Geral Tributária), é o facto de o devedor poder ser confrontado com liquidações de vários anos, embora todas elas efectuadas dentro do prazo de caducidade.

Assim sendo, muito agradeço a V.ª Ex.ª que, na qualidade de dirigente de um departamento com competência para proceder à liquidação de taxas municipais, diligencie para que, no futuro, não deixem de ser tidos em conta os aludidos princípios administrativos, diligenciando-se para que, na medida das possibilidades, a liquidação possa ocorrer tão próximo quanto possível da data da verificação do facto tributário.

R-3573/02
Assessor: Ana Pereira

Entidade visada: Chefe do Gabinete do Ministro da Ciência e do Ensino Superior
Assunto: Fundos europeus. Programa PRODEP. Financiamento de estágios profissionais. Requisitos de candidatura. Discriminação.

Com referência ao assunto em epígrafe, aproveito, em primeiro lugar, para agradecer a colaboração prestada por V.ª Ex.ª na instrução do presente processo, designadamente o envio da Informação elaborada pela Gestão do PRODEP III.

Considerando que as regras do programa de financiamento em causa não permitiam, efectivamente, financiar os estágios curriculares realizados pelos reclamantes, foi determinado o arquivamento do processo.

Contudo, muito embora se reconheça que o complexo procedimento conducente à aprovação dos regulamentos das acções co-financiadas nem sempre permita dar a devida resposta às potenciais candidaturas a este tipo de programas de financiamento, certamente que o princípio da igualdade de tratamento torna algo criticável o facto de ter sido negada à partida, a estes estudantes, a possibilidade de virem a beneficiar de apoio para a realização dos respectivos estágios curriculares, ao contrário do que sucedeu com os seus colegas dos cursos anteriores e posteriores.

É neste sentido que me permito apelar a V.ª Ex.ª, no sentido de procurar assegurar, em futuras programações de financiamentos desta natureza, que não se voltarão a registar situações de descontinuidade na concessão de apoios, capazes de gerar situações de desigualdade de tratamento entre particulares

colocados nas mesmas circunstâncias, tal como a que motivou a presente queixa.

R-3667/02
Assessor: António Gomes da Silva

Entidade visada: Director de Serviços da Contribuição Autárquica (DGCI)
Assunto: Fiscalidade. Contribuição autárquica. Pagamento em duplicado. Demora no reembolso do imposto, dos juros de mora e das custas. Juros indemnizatórios.

Acuso a recepção do ofício de V. Exa. e, desde já, agradeço o respectivo envio.

Embora o imposto e juros de mora indevidamente cobrados já tenham sido objecto de reembolso pelo cheque n.º ..., de 16.12.2002, e que, por Despacho do Exmo. Senhor Subdirector-Geral, para a área da Justiça Tributária, de 16.09.2003, esteja autorizada a restituição das custas cobradas no PEF n.º ..., não posso deixar de censurar a actuação dos serviços pela demora de mais de dois anos para processamento da restituição do imposto e dos juros de mora, e superior a três anos para restituição das custas cobradas no processo de execução fiscal.

Certo de que este reparo merecerá a melhor atenção de V. Exa., informo ainda que, na sequência da decisão ora transmitida a este Órgão do Estado, determinei o arquivamento do processo identificado em epígrafe.

R-3708/02
Assessor: Ana Pereira

Entidade visada: Presidente do Instituto de Desenvolvimento Rural e Hidráulica

Assunto: Fundos europeus. Programa LEADER. Erros procedimentais na apreciação de candidatura. Indeferimento do apoio ao projecto.

Aproveito, em primeiro lugar, para agradecer a colaboração prestada por V.ª Ex.ª no âmbito da instrução do presente processo, que permitiu conhecer os fundamentos que conduziram ao indeferimento da candidatura apresentada pela reclamante.

Considerando que essa decisão de indeferimento se filiou num parecer de natureza técnica cujo mérito não compete a este Órgão do Estado colocar em causa, foi determinado o arquivamento do processo a que deu origem a queixa aqui apresentada.

Contudo, permita-me V.ª Ex.ª que aproveite também a oportunidade para salientar alguns aspectos de menor correcção que o procedimento seguido neste caso concreto deixa transparecer, com o objectivo de evitar a sua repetição em eventuais casos futuros.

Na verdade, a ausência de dotação orçamental - que se aceita que pudesse inviabilizar actualmente a aprovação desta candidatura -, não pode servir como justificação para o incumprimento das disposições que regulamentam estas entidades locais encarregues da gestão do LEADER ou de outros programas de apoio. Ou seja, seria certamente preferível que a unidade de gestão viesse a indeferir liminarmente a reclamação apresentada pela promotora com fundamento na inexistência de enquadramento orçamental, do que tivesse incumprido com os deveres a que se vinculou, designadamente o da periodicidade regular das respectivas reuniões que, no fundo, mais não é do que uma forma de acautelar o direito dos particulares à apreciação atempada das respectivas pretensões.

Por outro lado, será ainda digno de censura o facto de, só após a intervenção desse instituto, a "Associação Raia Histórica" ter vindo esclarecer de forma clara os fundamentos da decisão de indeferimento, sendo certo que o dever constitucional de

fundamentação adequada e suficiente de decisões que atinjam a esfera jurídica dos particulares não se compadece com situações de pouca transparência de procedimento.

Certo de que V.ª Ex.ª ponderará os aspectos de menor correcção, ainda que meramente formal, que a instrução deste caso concreto permitiu detectar, e que, em consonância, não deixará de divulgar junto das entidades locais as orientações que reputar convenientes para evitar a repetição deste tipo de situações, apresento os meus melhores cumprimentos.

R-4062/02
Assessor: António Gomes da Silva

Entidade visada: Director-Geral dos Impostos
Assunto: Fiscalidade. Imposto Municipal de Sisa. Reembolso. Demora superior a 6 anos. Pagamento de juros indemnizatórios.

Em exposição dirigida a este órgão do Estado, o contribuinte supra identificado solicitou a intervenção do Provedor de Justiça junto dos serviços da Direcção-Geral dos Impostos, pelo facto de, decorridos mais de 5 anos sobre a data de apresentação de um pedido de restituição do Imposto Municipal de Sisa pago em 19.04.1996, com o conhecimento n.º ... , continuar a aguardar o processamento do referido reembolso.

Na sequência de diligências efectuadas junto do Serviço de Finanças de Loures – 1, da Direcção de Finanças de Lisboa e da Direcção de Serviços dos Impostos do Selo e das Transmissões do Património, pelo ofício de 17.10.2003, da DSISTP, foi comunicado à Provedoria de Justiça que, por Despacho do Senhor Subdirector-Geral, de 16.10.2003, havia sido deferida a pretensão do contribuinte.

Mais foi este órgão do Estado informado de que os dados para restituição do imposto de sisa ao reclamante haviam sido

recolhidos no sistema de restituições/compensações, em 24.10.2003, devendo o respectivo crédito ser emitido a muito curto prazo.

Embora a pretensão do contribuinte se possa, desde já, considerar satisfeita, na sequência da nossa intervenção, não devo deixar de trazer este caso ao conhecimento de V. Exa., fundamentalmente, por duas razões.

Em primeiro lugar, para manifestar a censura pela demora de cerca de 6 anos na apreciação e decisão de uma questão que não apresentava quaisquer dificuldades.

De facto, não se afigura aceitável que o requerimento apresentado em 14.11.1997, no serviço de finanças, tenha ficado a aguardar um ano até ser remetido à direcção de finanças, o que foi feito através do ofício de 14.11.1998.

Mas maior reprovação merece a actuação da direcção de finanças de Lisboa. Efectivamente, se por um lado se verifica que o assunto esteve parado naquela direcção de finanças durante mais de 4 anos e 8 meses, por outro, constata-se que só após uma insistência escrita – ofício de 07.03.2003 – e várias diligências telefónicas da Provedoria de Justiça, efectuadas em 08.04.2003, 21.05.2003, 25.05.2003, 26.06.2003 e 11.08.2003, é que foram prestados os esclarecimentos solicitados no ofício de 03.02.2003. Isto é, ainda foram necessários mais 6 meses para a Direcção de Finanças de Lisboa proceder ao envio, à DSISTP, do processo instaurado sob o n.º ... .

Em segundo lugar, tendo a Provedoria de Justiça sido chamada a intervir em muitos casos semelhantes ao presente, em todos eles se verificaram *atrasos de vários anos* na apreciação e decisão dos pedidos de restituição de sisa ao abrigo do artigo 179º do CIMSISSD. Tal facto é agravado pela recusa dos serviços competentes - DSISTP -, em reconhecer o direito ao pagamento de juros indemnizatórios aos cidadãos, o que, de alguma forma, poderia minimizar os prejuízos sofridos decorrentes da ineficiência da Administração Fiscal.

A DSISTP, com base em pareceres da Direcção de Serviços de Justiça Tributária, vem defendendo que o disposto no artigo 179º do CIMSISSD não se pode subsumir em nenhum dos procedimentos a que alude o artigo 43º da Lei Geral Tributária, pelo facto de se considerar aquele um meio excepcional e de natureza atípica de tutela dos direitos dos contribuintes.

Ora, a verdade, conforme se procurou em vão demonstrar, é que esta interpretação, que afasta a aplicabilidade, às situações como a referida, do disposto na alínea c) do n.º 3 do artigo 43º da LGT, não parece ter base legal.

Assim, permito-me sugerir a V. Exa., para além de procurar evitar atrasos tão grandes como o evidenciado neste processo, que solicite aos competentes serviços da DGCI uma reapreciação da questão em causa, designadamente da correcção da posição preconizada pela DSJT que, ao arrepio do disposto no art.º 43.º da LGT, permite que os serviços da DGCI atrasem o processamento de reembolsos durante vários anos sem que por esse facto tenham que pagar juros indemnizatórios.

R-31/03
Assessor: Mariana Vargas

Entidade visada: Director-Geral dos Impostos
Assunto: Fiscalidade. IRS. Programa informático de simulação das liquidações disponível no *site* da DGCI. Divergências com o programa para liquidação pelos serviços da Administração Fiscal.

Venho por este meio acusar a recepção do ofício do Gabinete de V.ª Ex.ª, datado de 7 de Março de 2003, bem como da informação a ele anexa, sobre o assunto acima referido.

Compreendendo, embora, o esforço técnico exigido à Direcção-Geral dos Impostos e à Direcção-Geral de Informática e Apoio aos Serviços Tributários e Aduaneiros na prestação de

informação aos cidadãos contribuintes sobre a sua concreta situação tributária, não posso deixar de registar que tal informação é, por um lado, um direito legalmente consagrado dos contribuintes, constituindo, por outro, um dever funcional a cumprir pela Administração Fiscal.

Muito agradeço, pois, o empenho de V.ª Ex.ª para que os procedimentos a adoptar de colaboração entre a direcção-geral que superiormente dirige e a DGITA, permitam evitar, para o futuro, situações de deficiente informação como a que ocorreu no caso em apreço.

R-31/03
Assessor: Mariana Vargas

Entidade visada: Subdirectora-Geral de Informática e Apoio aos Serviços Tributários e Aduaneiros (DGITA)

Assunto: Fiscalidade. IRS. Divergência do programa de simulação da liquidação disponível no *site* oficial da DGCI e o programa de liquidação do sistema.

Venho por este meio acusar a recepção do ofício de V.ª Ex.ª, cujo envio muito agradeço.

Compreendendo o esforço técnico exigido aos serviços, por forma a prestar atempadamente e de forma correcta a informação a que os cidadãos contribuintes têm direito e, não sendo já possível corrigir factos passados, agradeço, no entanto, a V.ª Ex.ª que diligencie no sentido de impedir a ocorrência de futuras situações idênticas à que foi objecto de queixa.

Mais informo V.ª Ex.ª que foi determinado o arquivamento do processo aberto neste Órgão do Estado.

R-94/03
Assessor: Ana Pereira

Entidade visada: Chefe de Gabinete do Ministro Adjunto do Primeiro-Ministro
Assunto: Consumo. Direito dos consumidores. Transposição da Directiva n.º 1999/44/CE. Atraso.

Em primeiro lugar, aproveito a oportunidade para agradecer as informações prestadas por V.ª Ex.ª segundo as quais foi recentemente aprovado em Conselho de Ministros o diploma legal destinado à transposição para a ordem jurídica interna da Directiva n.º 1999/44/CE, que diz respeito à venda de bens de consumo e às garantias a ela relativas.

Considerando que a publicação desse diploma permitirá satisfazer os direitos outorgados aos consumidores nacionais, à semelhança do que sucedeu nos outros estados membros, determinei nesta data o arquivamento do processo.

Porém, considerando todo o atraso com que foram adoptadas as providências destinadas à concretização das disposições da supra referida directiva - mais de um ano relativamente ao prazo fixado no art.º 11.º dessa directiva -, V.ª Ex.ª certamente compreenderá que a Provedoria de Justiça não possa deixar de lamentar essa demora que poderá ter prejudicado os direitos dos consumidores portugueses, já que os mesmos estiveram até agora privados da protecção conferida por este diploma.

Nestes termos, e salvaguardando embora o facto de essa situação de atraso se encontrar já praticamente resolvida, permito-me solicitar a V.ª Ex.ª, que, sejam quais forem as circunstâncias, se procure sempre cumprir de forma escrupulosa os prazos fixados pelos órgãos comunitários para a transposição de

directivas, já que essa será a única forma de preservar a legalidade, quer ao nível interno, que ao nível jus-comunitário.

R-198/03
Assessor: Mariana Vargas

Entidade visada: Presidente do Conselho Directivo do Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social (IGFSS).
Assunto: Fiscalidade. Contribuições para a segurança social. Pagamento em duplicado. Deficiente controlo. Reembolso. Demora. Juros indemnizatórios.

Venho por este meio acusar a recepção do ofício de V.ª Ex.ª sobre o assunto indicado, de Outubro de 2003, cujo envio agradeço, bem como a anterior colaboração prestada na instrução do processo.

Com a resposta dada por V.ª Ex.ª, no sentido de não reconhecer o direito ao pagamento de juros indemnizatórios pela demora no reembolso das contribuições liquidadas em excesso, dá-se por concluída a instrução do processo neste Órgão do Estado.

Não posso, contudo, deixar de emitir um reparo à actuação do instituto no âmbito deste processo, por dois motivos:

- por um lado, pelo período de tempo injustificado que demorou a proceder ao reembolso das contribuições pagas em excesso: o pedido de reembolso foi efectuado em 08.01.2002, e o lançamento do mesmo na conta-corrente da empresa data de 08.03.2002, ou seja, dois meses depois;
- por outro, pelo facto de o instituto não ter - ou não terem funcionado no caso em apreço -, mecanismos de controlo interno que possibilitem a imediata detecção da realização de pagamentos em duplicado. Na verdade, não é admissível que tendo sido efectuado um pagamento de contribuição em duplicado no valor de 3.750.000$ no dia 20.08.2000, o instituto só se tenha apercebido desse facto no dia

08.01.2002 – isto é, um ano e meio depois -, quando a empresa solicitou a emissão do reembolso.

Espera-se que tenham entretanto sido adoptadas medidas que evitem a repetição de factos como os que constituíram objecto desta queixa ao Provedor de Justiça.

R-508/03
Assessor: André Barata

Entidade visada: Director de Finanças do Porto (DGCI)
Assunto: Fiscalidade. IVA. Cessação de actividade. Destruição de mercadorias. Pagamento do imposto. Negligência dos serviços.

Com referência à matéria em assunto, venho por este meio agradecer a V. Exa a colaboração dispensada a este órgão do Estado, designadamente as informações prestadas, e comunicar que, atento o seu teor, foi determinado o arquivamento do processo aqui pendente.

Importa, contudo, sublinhar que tal decisão apenas veio a ser tomada pelo facto de a contradição encontrada relativamente às circunstâncias que motivaram a destruição e doação das mercadorias não poder ser resolvida por este órgão do Estado, que, na ponderação do sentido a dar ao processo, igualmente levou em conta a inexistência, na Provedoria de Justiça, de outros processos com idêntico objecto.

Ainda assim, não pode o procedimento da Direcção de Finanças do Porto, no caso concreto, deixar de merecer um sério reparo deste Órgão do Estado.

R-649/03
Assessor: Mariana Vargas

Entidade visada: Director-Geral dos Impostos

Assunto: Fiscalidade. IRS. Operação de loteamento. Pedido de informação vinculativa sobre o enquadramento tributário. Demora de 5 anos na resposta.

Venho por este meio acusar a recepção do ofício de V.ª Ex.ª, cujo envio agradeço.

Com a prestação da informação contida no mencionado ofício, foi dado cumprimento ao dever de colaboração devido pela Administração Fiscal para com o contribuinte, consagrado na lei tributária.

Motivo pelo qual, satisfeito o pedido apresentado, informo ter sido determinado o arquivamento do processo aberto neste Órgão do Estado.

Como V.ª Ex.ª compreenderá, não posso deixar de exprimir uma censura à actuação da DGCI neste caso, inteiramente justificada pelo facto de uma resposta acerca do enquadramento jurídico-tributário de uma operação económica, ter demorado mais de 5 anos a ser dada.

R-658/03
Assessor: Alexandra Iglésias

Entidade visada: Director do Serviço de Cobranças do Imposto sobre o Rendimento (DGCI)

Assunto: Fiscalidade. IRS. Juros compensatórios. Pagamento indevido. Reembolso. Demora de 3 anos. Juros indemnizatórios.

Agradeço a V.ª Ex.ª o envio do ofício, bem como a colaboração prestada na instrução do presente processo, cujo arquivamento agora comunico, e que tem fundamentos de diversa natureza.

Por um lado, com a intervenção da Provedoria de Justiça foi obtido em 14.05.2003 o pagamento dos juros compensatórios, no valor de 334,50 €, reconhecidamente em dívida desde 11.10.99.

Por outro lado, não obteve a Provedoria de Justiça o reconhecimento do direito ao pagamento de juros indemnizatórios, nos termos do disposto no art.º 43.º, n.º 3, alínea c) da LGT, apesar de considerar estarem reunidos os respectivos pressupostos: foi apresentada reclamação graciosa, que originou a revisão da liquidação e o reembolso dos juros compensatórios, mais de um ano após a apresentação do pedido.

Relativamente ainda ao ofício sob resposta, suscita ainda outras duas considerações: não estava em causa a excepcionalidade da anulação dos juros, mas sim a demora no processamento do seu reembolso; é patente o prejuízo sofrido pelo contribuinte, no caso, o custo da oportunidade de um atraso no recebimento de uma importância devida.

Contudo, o que não devo deixar passar em claro – por ser merecedor de uma séria censura – é o facto de a DSCOB ter demorado mais de 3 anos a proceder ao reembolso em causa, aspecto para que - não encontrando qualquer justificação admissível -, me permito solicitar a especial atenção de V.ª Ex.ª de modo a procurar evitar a repetição de situações análogas.

Como referi, procedi ao arquivamento do processo.

R-678/03
Assessor: Alexandra Iglésias

Entidade visada: Director-Geral dos Impostos
Assunto: Fiscalidade. IRS. Deficiente atendimento em serviço de finanças. Pedido formal de desculpas. Incorrecto cumprimento do dever de colaboração com o Provedor de Justiça.

Com referência ao assunto em epígrafe, venho acusar a recepção da documentação e informar ter sido determinado o arquivamento do processo, face aos esclarecimentos prestados.

Ciente, sem dúvida, de que este assunto consumiu ao Estado, como se refere no ofício de V.ª Ex.ª, muito mais tempo do que devido, verifico de igual modo que uma expedita resposta da DGCI a este órgão do Estado teria permitido, sem dúvida, ter dado o assunto por concluído há alguns meses.

R-696/03
Assessor: Elsa Dias

Entidade visada: Chefe do Serviço de Finanças de Maia – 1 (DGCI)
Assunto: Fiscalidade. IRS. Opção pelo regime de contabilidade organizada. Indeferimento do pedido. Falta de fundamentação.

Agradeço, antes de mais, os esclarecimentos prestados através do vosso ofício.

Conforme fora afirmado no pedido de esclarecimentos da Provedoria de Justiça que motivou aquela vossa resposta (nosso ofício de 31.03.2003), a questão em apreciação não era tanto a de saber se a declaração de alterações entregue fora de prazo pelo sujeito passivo acima identificado - através da qual pretendia optar pelo regime de contabilidade organizada, nos termos previstos no artigo 28º, n.º 4, alínea b), do Código do IRS – deveria ter sido aceite e produzido efeitos, mas antes apurar os motivos pelos quais o indeferimento daquela pretensão do sujeito passivo lhe havia sido comunicado sem qualquer fundamentação, invocando-se apenas como justificação a "falta de apoio legal".

No ponto 2. da resposta de V. Exª à Provedoria de Justiça, é invocado e transcrito o artigo 28º, n.º 4, do Código do IRS, acrescentando-se, no ponto 3. do mesmo ofício, que a petição do contribuinte não poderia ter provimento face ao *"sancionado no ofício de 2-07-2001, do Gabinete do Director-Geral que esclarece,*

que as alterações apresentadas fora de prazo a opção aí manifestada não produziria quaisquer efeitos legais."

Permita-me V. Exª que considere esta resposta bastante insuficiente. Por um lado, nada responde quanto à questão colocada por este órgão do Estado, sobre se a falta de fundamentação de que padecia o acto de indeferimento que foi comunicado ao sujeito passivo era prática corrente nesse serviço de finanças ou se a mesma fora devida a motivos excepcionais. Por outro lado, mesmo que esta questão tivesse sido deficientemente interpretada e V. Exª julgasse que a Provedoria de Justiça pretendia conhecer a fundamentação do acto de indeferimento em causa, não posso deixar de dizer que a resposta é quase tão deficiente como a que foi dada ao contribuinte.

Com efeito, embora a resposta dada à Provedoria de Justiça mencione e transcreva a disposição legal em que se fundamenta, remete depois, quanto à sua interpretação, para um ofício do gabinete do director-geral que não se anexa e cujo teor se resume de forma manifestamente insuficiente. Segundo tal resumo, recorde-se, *"as alterações apresentadas fora de prazo a opção aí manifestada não produziria quaisquer efeitos legais"*: à deficiente construção da frase, que dificulta a compreensão do respectivo teor, junta-se o facto de, uma vez mais, o seu destinatário não ficar a conhecer, de todo, os motivos que levam à conclusão que lhe é comunicada.

Ora, sempre que os destinatários dos actos proferidos por V. Exª no exercício das funções que exerce, não tenham forma de, pela leitura da decisão proferida (e de informações ou pareceres que, eventualmente, a acompanhem), conhecer as razões de facto e de direito pelas quais foi proferida aquela decisão e não outra, incorrerão os referidos actos no vício de falta de fundamentação.

Atenta a importância de que se reveste o cumprimento do dever de fundamentação (desde logo porque o cidadão que não conhece os motivos da prática de um determinado acto administrativo está impossibilitado de o contestar), não posso deixar de chamar a especial atenção de V. Exª para que, de futuro,

não deixe de fazer acompanhar as notificações das decisões tomadas, da fundamentação, de facto e de direito, dos motivos que lhes estão subjacentes.

Para que melhor possa ser apreendido o âmbito e conteúdo do dever de fundamentação e para que, futuramente, o mesmo possa ser respeitado por esse serviço de finanças, permito-me deixar aqui duas breves citações sobre o assunto, cuja actualização é indiscutível e que permitem uma interpretação e aplicação mais correcta do actualmente disposto no artigo 268º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa, nos artigos 124º e 125º do Código de Procedimento Administrativo e 77º da Lei Geral Tributária.

Fundamentar, na definição do Prof. Marcello Caetano, in "Manual de Direito Administrativo", 10ª Edição, Almedina, 1984, tomo I, pág. 435, *"consiste em deduzir expressamente a resolução formada nas premissas em que assenta, ou em exprimir os motivos por que se resolve de certa maneira, e não de outra"*. No mesmo sentido, para José Carlos Vieira de Andrade, in "Dever da Fundamentação Expressa de Actos Administrativos", Almedina, 1991, pág. 227, a fundamentação consiste na *"externação das razões de facto e de direito que estão na base da decisão"*.

Em complemento do que acima ficou dito, permito-me anexar cópia do ofício que nesta data foi pela Provedoria de Justiça remetido ao sujeito passivo acima identificado, esclarecendo-o, fundamentadamente, dos motivos pelos quais se concluiu que a sua pretensão (ver reconhecidos efeitos a uma declaração de alterações entregue fora de prazo) não era merecedora de deferimento.

Esperando que a presente chamada de atenção, que formulo ao abrigo do disposto no artigo 33º do Estatuto do Provedor de Justiça (Lei n.º 9/91, de 9 de Abril) contribua para um melhor funcionamento desse serviço de finanças e para a melhoria do serviço prestado aos contribuintes da respectiva área de actuação, informo que determinei o arquivamento do processo

em referência e agradeço a colaboração prestada ao longo da respectiva instrução.

R-712/03
Assessor: António Gomes da Silva

Entidade visada: Director de Finanças de Santarém (DGCI)
Assunto: Fiscalidade. Contribuição autárquica. Pedido de isenção. Indeferimento. Recurso hierárquico. Demora na apreciação.

Acuso a recepção do ofício de V. Exa. e, desde já, agradeço o respectivo envio.

Sendo evidente que o recurso hierárquico fora interposto fora do prazo de 30 dias previsto no n.º 2 do artigo 66.º do Código do Procedimento e do Processo Tributário, não posso deixar de lamentar a actuação dos serviços pela demora de cerca de um ano e meio para dar seguimento àquele pedido, que acabou por não ser apreciado, justamente pelo facto de ser extemporâneo.

Certo de que este reparo merecerá a melhor atenção de V. Exa., informo ainda que, na sequência da decisão transmitida a este Órgão do Estado pela Direcção de Serviços da Contribuição Autárquica, determinei o arquivamento do processo identificado em epígrafe.

R-736/03
Assessor: Mariana Vargas

Entidade visada: Chefe do Serviço de Finanças de Lisboa 3 (DGCI)
Assunto: Fiscalidade. IRC. Pagamento em duplicado. Execução fiscal. Reclamação graciosa. Demora na apreciação. Deferimento. Processamento dos reembolsos.

Venho por este meio acusar a recepção do ofício de V.ª Ex.ª, cujo envio muito agradeço.

Devo no entanto alertar V.ª Ex.ª para as consequências negativas decorrentes da morosidade dos serviços, que deverão ser tidas em consideração em futuros casos da natureza do que foi objecto da presente queixa.

Neste caso concreto, só as contingências de funcionamento dos serviços, conhecidas, poderão explicar a existência de uma execução fiscal que viria a ser paga mais de dois meses após o deferimento da reclamação graciosa em que se procedeu à anulação da quantia exequenda respectiva e que, por isso, deveria, no mesmo mês, ter sido extinta por anulação.

Porém, face à correcta decisão de restituição integral dos valores indevidamente pagos na execução fiscal, comunico a V.ª Ex.ª que foi determinado o arquivamento dos autos.

R-764/03
Assessor: António Gomes da Silva

Entidade visada: Director de Serviços da Contribuição Autárquica (DGCI)

Assunto: Fiscalidade. Contribuição autárquica. Pagamento em duplicado. Erro dos Serviços. Demora no processamento dos reembolsos e na regularização da situação tributária.

Acuso a recepção do ofício de V. Exa., cujo envio desde já agradeço.

Considerando que o pagamento em duplicado da contribuição autárquica do ano de 1996, efectuado pelo contribuinte supra identificado, foi motivado por um erro dos serviços, que durante cerca de 3 anos após o pagamento da dívida (30.12.1997), prosseguiram com um processo de execução fiscal para cobrança coerciva daquela importância;

Considerando, também, que 12 dias após o pagamento em duplicado, em 27.09.2000, o contribuinte apresentou uma reclamação, requerendo que o valor indevidamente exigido pela Administração Fiscal fosse afecto ao pagamento das contribuições autárquicas de 1997, 1998 e 1999, ainda por saldar;

Considerando, por fim, que o despacho que anulou a colecta em duplicado e que determinou a restituição do respectivo valor só veio a ser proferido em 26.06.2003, isto é cerca de dois anos e 9 meses após a apresentação do pedido, afigura-se que o direito do reclamante a juros indemnizatórios deveria ter sido apreciado e decidido nos termos da alínea c) do n.º 3 do artigo 43.º da Lei Geral Tributária.

Por outro lado, e para além desta questão, não posso deixar de exprimir uma censura quer à causa do processo quer, sobretudo, ao número de anos que demorou a sua resolução, aliás tão simples.

Informo V. Exa. de que determinei o arquivamento do processo pendente na Provedoria de Justiça.

R-1241/03
Assessor: Ana Pereira

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Alcochete
Assunto: Consumo. Água. Facturação. Atraso no envio dos avisos de pagamento. Dever de fiscalização. Desconto antecipado de cheque.

Concluída a apreciação da queixa apresentada pelo reclamante, em conjunto com as informações prestadas por V.ª Ex.ª, cujo envio desde já agradeço, considerou a Provedoria de Justiça não se justificar prosseguir com a instrução do processo.

Nessa sequência, procedeu-se ao arquivamento do processo, na convicção, contudo, de que V.ª Ex.ª diligenciará no sentido de promover a melhoria da qualidade e um acrescido rigor

no funcionamento dos serviços de cobrança de água dependentes dessa autarquia.

Na verdade, muito embora se reconheça que compita em primeiro lugar à empresa EDINFOR o processamento da facturação e, naturalmente, aos CTT – Correios a sua distribuição pelos consumidores munícipes, será certamente um princípio de boa administração procurar garantir que a correspondência lhes é entregue de forma atempada e com suficiente antecedência em relação ao termo do prazo de pagamento.

Essa garantia só será possível alcançar acompanhando de forma atenta o trabalho da EDINFOR, tarefa da qual, como se disse, a Câmara Municipal de Alcochete não se deve considerar totalmente desonerada pelo simples facto de ter incumbido uma outra entidade da elaboração da facturação sobre o consumo de água fornecida por essa autarquia.

Por esse motivo, permita-me V.ª Ex.ª que sugira que, no caso de virem a ser apresentadas outras reclamações sobre atrasos na recepção das facturas sobre o consumo de água, se averigue junto da EDINFOR e/ou dos CTT os motivos que justificaram essa demora, sendo certo que a escassez das informações prestadas por V.ª Ex.ª não permitiu descortinar se no presente caso tal procedimento foi ou não seguido.

Ainda quanto a este caso particular do Senhor ... , julgo ser ainda de sublinhar que, nos termos gerais de direito, uma obrigação só se torna exigível a partir do momento em que se vence, pelo que, devem ser de todo evitadas situações, como a que foi contestada nesta queixa, em que se utilizou um cheque do reclamante para pagamento de uma factura que ainda não se encontraria vencida, ou seja, cujo prazo de pagamento voluntário ainda não teria expirado.

Certo de que V.ª Ex.ª será sensível a estas observações que se destinam, essencialmente, a promover a melhoria das relações com os particulares.

R-2052/03
Assessor: Elsa Dias

Entidade visada: Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais
Assunto: Fiscalidade. IRS. Benefícios fiscais. Regime jurídico e fiscal dos PPR. Alteração em 2003. Protecção da confiança dos contribuintes.

As alterações introduzidas no artigo 21º, n.º 2, parte final, do Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF) pela Lei n.º 32-B/2002, de 30 de Dezembro, levaram a que alguns cidadãos se dirigissem ao Provedor de Justiça por considerarem estar perante uma alteração ilegal e injusta das circunstâncias em que haviam baseado a sua decisão de subscrever planos poupança-reforma (PPR), alteração que rejeitam por, nomeadamente, considerarem que consubstancia uma situação de retroactividade da lei fiscal, em violação, portanto, da norma constante do artigo 103º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa (CRP).

Permito-me recordar que aquelas alterações ao EBF vieram limitar a possibilidade de dedução à colecta do IRS dos montantes investidos em PPR, tendo tal possibilidade passado a depender da circunstância de não haver reembolso dos montantes investidos no prazo mínimo de cinco anos a contar da data das entregas.

Quanto à questão da alegada inconstitucionalidade da norma constante do artigo 21º, n.º 2, parte final, do EBF, nesta sua nova redacção, concluiu a Provedoria de Justiça que as queixas careciam de fundamento. Com efeito, mesmo partindo do pressuposto de que o princípio constitucional da irretroactividade da lei fiscal não só proíbe a criação de impostos com efeitos retroactivos, como também impede tal retroactividade na revogação de benefícios fiscais ou na alteração dos pressupostos da sua concessão, foi entendido que o caso vertente não

consubstanciava uma alteração retroactiva dos pressupostos da concessão do benefício fiscal em causa, desde logo porque a possibilidade de dedução à colecta dos montantes investidos em PPR nunca deixou de ser aferida à luz das normas em vigor no ano em que se verificaram as entregas, isto é, no ano em que foi praticado o acto determinante do nascimento do direito à dedução.

Não significa isto, porém, que não se reconheça razão aos interessados quando apontam as consequências negativas da alteração superveniente dos principais pressupostos em que fundamentaram a sua decisão de investir em PPR. Na apreciação deste aspecto das queixas em análise é conveniente não perder de vista, paralelamente às alterações introduzidas no EBF pela Lei do Orçamento do Estado para 2003, as alterações legislativas que foram introduzidas no próprio regime dos PPR, com a publicação do Decreto-Lei n.º 158/2002, de 2 de Julho, até porque a fruição do benefício fiscal em causa está intimamente ligada aos contornos específicos da lei que rege os PPR (v., nomeadamente, a parte final do n.º 4 do citado artigo 21º do EBF).

Em bom rigor, a aplicação do novo regime dos PPR constante do supra citado decreto-lei às situações já constituídas à data da sua entrada em vigor corresponde ao princípio geral de aplicação da lei no tempo constante do artigo 12º, n.º 2, parte final, do Código Civil, nos termos do qual a nova lei é aplicável às relações já constituídas que subsistam à data da sua entrada em vigor, como é o caso dos PPR constituídos ao abrigo do anterior regime e cujos contratos ainda vigoravam à data da publicação deste novo regime.

Mas não é apenas a questão da aplicação da lei no tempo que está aqui em causa. A inesperada alteração das circunstâncias em que os particulares basearam a sua decisão de investir num PPR, ainda que tenha sido provocada por uma sucessão de leis no tempo concretizada de modo regular no estrito plano da legalidade, e ainda que não tenha traduzido uma situação de retroactividade da lei fiscal, deve ser merecedora de especial atenção, já que mexe com valores tão importantes como a justiça,

a certeza e a confiança dos cidadãos no sistema jurídico, mormente no sensível campo dos benefícios fiscais relacionados com a aplicação de poupanças familiares.

É sobre este aspecto da questão que entendo dever dirigir-me a V. Exª, atentas as responsabilidades do Ministério das Finanças na ponderação e na proposta de alterações legislativas, quer em matéria de regime jurídico dos PPR, quer em matéria de benefícios fiscais.

Há que reconhecer a circunstância de o legislador ter salvaguardado - ainda que de forma muito limitada, diga-se - as expectativas daqueles que já eram titulares de PPR à data da entrada em vigor do diploma que estabeleceu o seu novo regime. De facto, o já citado Decreto-Lei n.º 158/2002 não deixou de prever, para efeitos muito específicos e concretamente enunciados (cfr. seu artigo 9º, n.º 2), a manutenção em vigor do regime por ele revogado.

Estas normas transitórias obedecem ao mesmo espírito que esteve subjacente à elaboração das normas, também transitórias, constantes do novo regime das contas poupança-habitação (cfr. artigo 12º do Decreto-Lei n.º 27/2001, de 3 de Fevereiro): em ambos os casos o legislador não foi completamente alheio às expectativas dos aforradores, mas delimitou muito concretamente os aspectos que considerou merecedores de maior protecção, pois quer o artigo 9º, n.º 2, do Decreto-Lei 158/2002 (PPR), quer o artigo 12º do Decreto-Lei n.º 27/2001 (CPH) especificam muito concretamente os únicos casos em que o novo regime não é aplicável de imediato a situações constituídas no passado.

É este tipo de preocupações que a Provedoria de Justiça gostaria de ver reforçado em posteriores alterações de regimes jurídicos como os que acima se citaram, não só a bem dos níveis de confiança e certeza dos aforradores na tomada de opções que podem ser relevantes na gestão do seu orçamento pessoal e familiar, como a bem dos próprios fins de orientação e captação destas poupanças subjacentes à criação dos produtos financeiros em questão.

Também no que diz respeito aos benefícios fiscais associados a estes produtos, a ponderação dos efeitos das alterações legislativas a realizar não deverá limitar-se à análise do interesse público e dos objectivos de política económica que tenham estado subjacentes à criação do benefício fiscal em causa. Embora esses sejam factores determinantes na criação, modificação e extinção de benefícios fiscais, não deverão sobrepor-se, sem mais, às expectativas dos agentes económicos, sob pena de, inclusivamente, ser comprometida uma sua eventual adesão a novos regimes que, no futuro, venham a ser instituídos com novos objectivos de canalização da poupança e de orientação dos investimentos de tais agentes, com consequências graves ao nível da eficácia deste instrumento de política económica.

Estas as reflexões que a análise do assunto em apreço suscitaram a este órgão do Estado e para as quais não pude deixar de chamar a especial atenção de V. Exª, esperando que, futuramente, as alterações legislativas nesta matéria sejam acompanhadas de maiores garantias de estabilidade das situações já constituídas à data da entrada em vigor de novos regimes.

Por se ter concluído que, quanto ao caso concreto em análise, não se verificaram situações de inconstitucionalidade ou ilegalidade susceptíveis de fundamentar qualquer intervenção do Provedor de Justiça, determinei o arquivamento do processo supra referenciado.

R-2072/03
Assessor: Mariana Vargas

Entidade visada: Directora-Geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre o Consumo (DGAIEC)

Assunto: Fiscalidade. Imposto Automóvel. Pedido de restituição. Indeferimento. Erro na forma de notificação. Demora na publicação da interpretação da norma pelos Serviços.

Vem o Senhor ..., na qualidade de sujeito passivo de Imposto Automóvel, adquirente de um veículo usado proveniente da Alemanha, queixar-se pela errada aplicação da norma de incidência contida no artigo 1.º, n.º 8, do Decreto-Lei n.º 40/93, de 18 de Fevereiro, na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 34-B/94, de 27 de Dezembro, em vigor até ao final do ano de 2002 e cuja correcta aplicação ao seu caso concreto se viria a traduzir naquilo que considera ser uma violação do princípio da igualdade.

Apreciada a reclamação dirigida ao Provedor de Justiça e achada a liquidação conforme às normas legais em vigor à data da produção do facto tributário, foi determinado o arquivamento dos autos, elucidando-se o reclamante através de ofício.

Não obstante, por insistência do reclamante que fez juntar aos autos a cópia do despacho de V.ª Ex.ª que indeferiu o pedido de restituição do imposto que reputa ter pago em excesso e do ofício através do qual se procedeu à sua notificação, procedeu-se à sua reabertura.

Concordando, no essencial, com a fundamentação do referido indeferimento, há no entanto um reparo a fazer à forma da notificação, que, por se tratar de um acto susceptível de afectar a situação tributária do reclamante, deveria ter sido enviada através de carta registada com aviso de recepção, com menção do meio judicial de defesa ao alcance do reclamante.

Embora entenda, na esteira da doutrina, que a adopção generalizada da interpretação julgada mais correcta da norma tributária não colide com o princípio da igualdade, nada legitimando a Administração Tributária a persistir no seu erro interpretativo, não posso deixar de lamentar que, embora a interpretação correcta decorra de um "parecer jurídico de 1996 ou 1997", só em finais de 2002, quando a proposta de Lei do Orçamento do Estado para 2003, que continha uma alteração legislativa da dita norma de incidência, já se encontrava em fase de discussão e votação, se tenha alertado os serviços para a correcta interpretação de uma norma que se aproximava do termo da sua vigência.

R-2086/03
Assessor: António Gomes da Silva

Entidade Visada: Presidente da Câmara Municipal de Borba
Assunto: Fiscalidade. Imposto Municipal de Sisa. Pedido de isenção. Demora na apreciação. Demora no envio à entidade competente.

Acuso a recepção da comunicação de V. Exa., cujo envio desde já agradeço.

Atenta a simplicidade da resposta a dar ao pedido do munícipe, não posso deixar de exprimir uma censura pelo facto de essa edilidade ter demorado nove meses a fazê-lo, tanto mais que o art.º 34.º, n.º 1, alínea b) do Código do Procedimento Administrativo obrigava à devolução do requerimento ao seu autor, com a indicação da entidade pública competente para a respectiva apreciação.

Contudo, uma vez que o requerente, pese embora todo o tempo decorrido, já está esclarecido sobre a entidade à qual deve dirigir a sua pretensão, informo V. Exa. de que determinei o arquivamento do processo pendente na Provedoria de Justiça.

R-2543/03
Assessor: Alexandra Iglésias

Entidade visada: Director de Finanças de Viseu (DGCI)
Assunto: Fiscalidade. IRS. IVA. Fixação da matéria colectável com recurso a métodos indirectos. Direito de audiência prévia. Incumprimento.

Com referência ao assunto em epígrafe, venho agradecer a V.ª Ex.ª a colaboração prestada na instrução do processo,

designadamente o envio do ofício, e informar ter sido determinado o respectivo arquivamento.

Por um lado, foram agora melhor explicitados, no n.º 1 do ofício sob resposta, os motivos pelos quais se concluiu pela existência de facto tributário, que nunca se poderia fundamentar nas faltas e omissões do contribuinte.

Por outro lado, não se pode concordar com o afirmado no n.º 2 do mesmo ofício, que traduz uma incorrecta interpretação da lei, uma vez que se a audiência prévia acerca da possibilidade de aplicação dos métodos indirectos se efectua relativamente ao projecto de relatório dos serviços de fiscalização tributária, neste procedimento já os métodos indirectos foram aplicados, conforme ocorreu na situação em análise.

Nesse sentido, e sublinhando a violação de formalidades essenciais ocorrida, permito-me apelar a V.ª Ex.ª para que em futuras situações não deixe de dar integral cumprimento ao disposto no art.º 60.º, n.º 1, alínea d) da LGT.

R-2649/03
Assessor: António Gomes da Silva

Entidade visada: Chefe do Serviço de Finanças de Coimbra 1 (DGCI)
Assunto: Fiscalidade. Contribuição autárquica. Valor patrimonial excessivo. Avaliação. Demora injustificada.

Acuso a recepção do ofício de V. Exa. cujo envio, desde já, agradeço.

Resultando dos esclarecimentos prestados que o requerimento do contribuinte, só agora, após a intervenção deste órgão do Estado, foi remetido à Comissão Permanente de Avaliação da Propriedade Urbana (CPAPU), para efeitos de reavaliação da fracção em causa, não posso deixar, por um lado, de lamentar o facto de tal decisão ter sido tomada tão tardiamente e,

por outro, de esperar um maior empenho de V. Exa. junto da CPAPU, por forma a que esta conclua a apreciação deste caso com a maior urgência.

Certo de que este reparo merecerá a melhor atenção de V. Exa., informo ainda que, na sequência da decisão ora transmitida a este Órgão do Estado, determinei o arquivamento do processo identificado em epígrafe.

R-2949/03
Assessor: André Barata

Entidade visada: Presidente do Conselho de Administração da APL (Administração do Porto de Lisboa)

Assunto: Responsabilidade civil. Dano em veículo. Pedido de pagamento de indemnização. Indeferimento. Deficiente instrução do processo.

1. Agradeço a V. Exa os elementos enviados a coberto do vossa comunicação, com base nos quais foi determinado o arquivamento do processo aberto na Provedoria de Justiça.

2. Com efeito, resultando inequívoco dos dados em presença que as partes mantêm um diferente entendimento sobre as causas do embate ocorrido em 20 de Março p.p – a posição do reclamante, que aponta como motivo as deficiências existentes no pavimento, devidas a uma falta de fiscalização e conservação da via, é contraditada pela APL, que atribui o acidente ao facto de o condutor ter circulado pela esquerda e não ter observado quer os condicionalismos da via quer as características do veículo – é entendimento deste órgão do Estado que a questão controvertida só poderá ser devidamente decidida após uma prévia fixação da matéria de facto, que só os tribunais estão em condições de assegurar.

3. Verificando, porém:

- os termos escassos e pouco cuidados da resposta dada ao particular em 11 de Julho p.p.;
- que em 25 de Setembro p.p. ainda não havia sido dada uma resposta ao peticionado pelo lesado em 26 de Julho p.p.;
- que a ausência de impedimentos à circulação de veículos ligeiros na via em causa, impunha à APL o dever de assegurar a sua circulação em condições de comodidade e segurança;
- que, além de afirmá-lo, também incumbia à APL demonstrar que a via em causa era regularmente objecto de fiscalização e reparação, designadamente através da apresentação de elementos como os solicitados nos pontos 2. a) e 2. b) do ofício remetido pela Provedoria de Justiça;
- que a APL imputou toda a responsabilidade ao condutor, sem curar de demonstrar que este não observou os condicionalismos da via e as características do veículo.

Não posso deixar de solicitar a melhor contributo de V. Exa, por forma a garantir que casos similares venham a merecer um tratamento mais adequado e rigoroso por parte desses serviços.

R-3151/03
Assessor: Ana Pereira

Entidade visada: Presidente do Conselho de Administração do IFADAP

Assunto: Fundos europeus. Programa Medidas Agro-Ambientais. Contrato de concessão de incentivos. Rescisão. Reclamação em "Livro Amarelo". Falta de resposta.

Acuso a recepção do vosso ofício, agradecendo, desde já, a colaboração prestada por V.ª Ex.ª na instrução do presente processo, cujo arquivamento foi nesta data determinado por se ter

considerado que não subsistem razões suficientes para a adopção de qualquer medida da parte deste Órgão do Estado.

Na verdade, muito embora assista aos particulares, nos termos gerais do procedimento administrativo, assim como no regime específico das exposições exaradas nos Livros de Reclamações dos Serviços e Organismos da Administração Pública, um direito inequívoco ao conhecimento das decisões que deverão recair sobre as suas pretensões, no que toca à questão relativa à rescisão do contrato de concessão de incentivos celebrado ao abrigo das Medidas Agro-Ambientais concluiu-se que o IFADAP já terá cumprido de forma suficiente e, por mais do que uma vez, esse dever de decisão.

Efectivamente, considerou a Provedoria de Justiça que, face ao que dispõe o art.º 9.º, n.º 2 do Código de Procedimento Administrativo, não se pode propriamente falar da existência de um dever legal de decisão que pudesse exigir ao IFADAP que se pronunciasse, uma vez mais, sobre uma questão já sobejamente debatida em momento anterior.

Porém, esse mesmo entendimento já não será válido para a reclamação relativa ao inadequado atendimento do pessoal de segurança ao serviço do IFADAP, dado que, como V.ª Ex.ª expressamente admitiu, nunca terá sido dada qualquer resposta ao reclamante sobre este assunto.

De facto, muito embora se possam compreender as dificuldades inerentes à averiguação da veracidade de acusações desta natureza, o princípio da boa administração mandaria que, na data em que se recebeu essa reclamação se tivesse diligenciado de imediato junto da empresa de segurança no sentido do apuramento das circunstâncias em que esse episódio terá ocorrido, e, por seu turno, o princípio da decisão exigiria que se tivesse comunicado de seguida ao reclamante as conclusões dessas averiguações.

Não tendo sido adoptado esse procedimento e, salvaguardando embora as dificuldades na gestão do grande volume de trabalho a cargo desse instituto, não posso deixar de

expressar perante V.ª Ex.ª uma chamada de atenção para a necessidade de, tanto quanto se mostre possível, acautelar sempre em situações futuras o dever de resposta a todas as reclamações exaradas no livro oficializado para as receber, desde que não tenha sido prestado qualquer esclarecimento aos particulares sobre o assunto objecto das respectivas reclamações dentro de um prazo razoável.

R-3664/03
Assessor: Elsa Dias

Entidade visada: Director-Geral dos Impostos
Assunto: Fiscalidade. IRS. Regime de tributação das mais-valias imobiliárias de não residentes. Erros na prestação de informações aos contribuintes. Qualidade do atendimento ao público. Formação profissional dos funcionários.

Trago junto de V. Exª uma questão que, embora seja relativamente frequente nas queixas apresentadas ao Provedor de Justiça, habitualmente não é fundamento de intervenção deste órgão do Estado: refiro-me às queixas sobre alegados erros dos serviços da Administração Tributária – nomeadamente serviços de finanças e de apoio ou informação ao contribuinte – na prestação de informações verbais aos cidadãos. Os motivos pelos quais tais queixas não dão, habitualmente, lugar a intervenção do Provedor de Justiça prendem-se com evidentes questões de prova do exacto teor das questões colocadas e das informações prestadas.

O facto de, no caso vertente, estar em causa uma situação algo complexa e relativamente à qual parece pouco verosímil uma deliberada intenção do contribuinte em se eximir ao cumprimento de qualquer obrigação tributária com base nas alegações que produz relativamente às informações obtidas, levam-me a trazer o caso junto de V. Exª, não tanto para uma intervenção concreta

(aliás, a queixa da representante do sujeito passivo não identifica, sequer, os serviços da Administração Tributária visados), mas mais como exemplo de um tipo de situações que, acima de tudo, importa prevenir.

Para maior facilidade de exposição, e porque os termos em que a representante do contribuinte descreve o ocorrido são claros, permito-me anexar cópia da queixa aqui apresentada.

Analisada a mesma, e a fazer fé no respectivo teor, concluiu a Provedoria de Justiça que os serviços da Administração Tributária consultados informaram a reclamante e o seu representado à luz do regime vigente em 2001, quando estava em causa a tributação de mais-valias realizadas em 2002, o que se revelou particularmente grave por ter havido relevantes alterações na tributação de mais-valias imobiliárias de não residentes (era essa a situação que estava em causa), por ocasião da publicação e entrada em vigor da Lei do Orçamento de Estado para 2002.

Acresce que, num segundo momento, quando se viu confrontada com uma liquidação de valor muito superior ao que as informações inicialmente obtidas indiciariam e procurou conhecer os motivos de tal situação, a reclamante terá sido novamente induzida em erro ao ver invocado, como fundamento do inesperado agravamento da carga fiscal na tributação das mais-valias em causa, o Decreto-Lei n.º 228/2002, de 31 de Outubro, e as alterações que este introduziu no Código do IRS. Ora, como resulta do teor de tais alterações e do próprio preâmbulo do diploma em causa, o mesmo versou sobre a tributação de mais-valias *mobiliárias*, quando o que estava em causa na situação exposta pela reclamante eram mais-valias *imobiliárias*. Acresce o facto, pela própria referido, de este diploma ter entrado em vigor em Janeiro de 2003 e de as mais-valias cuja tributação está em causa terem sido obtidas em 2002.

Não desconhece este órgão do Estado as dificuldades com que certamente se debatem os funcionários e técnicos da Administração Tributária, nomeadamente os que têm a seu cargo

a difícil missão de informar os contribuintes em matéria cuja crescente complexidade é por todos reconhecida.

É precisamente por conhecer esta realidade que não posso deixar de salientar a enorme importância de um maior investimento na formação profissional dos funcionários da Administração Tributária, a bem da essencial eficiência da máquina fiscal. De pouco adianta a construção de um sistema jurídico-tributário moderno, garantístico e harmonioso, se a sua aplicação prática não for rigorosamente orientada e concretizada e, a este respeito, é inevitável reconhecer a importância de que se reveste a actuação dos funcionários que, diariamente, informam os principais destinatários das normas fiscais sobre o exactos contornos e alterações que estas vão assumindo e que apreciam e decidem as pretensões dos cidadãos contribuintes.

Acresce que uma postura de competência e rigor dos funcionários da Administração Tributária é, sem dúvida, uma via essencial para a consciencialização dos cidadãos relativamente ao rigor que eles próprios devem colocar na aplicação da lei fiscal, nomeadamente na sua correcta interpretação e no cumprimento das obrigações fiscais vigentes.

Pelo contrário, a ocorrência sistemática de erros ou omissões na prestação de informação aos contribuintes e a imagem pouco diligente e empenhada que daí resulta para a Administração favorece, certamente, o laxismo e a falta de rigor dos contribuintes face às suas obrigações fiscais. Estou certo, portanto, que a boa formação dos funcionários da Administração Tributária não só é essencial ao cabal exercício, pelos contribuintes, dos seus direitos, como tem também considerável influência no combate à evasão fiscal.

Estas as preocupações que não pude deixar de partilhar com V. Exª e que gostaria de ver ponderadas e reconhecidas, nomeadamente mediante o reforço dos planos de formação profissional actualmente existentes no âmbito da Administração Tributária.

O processo aberto com base na queixa que em parte motivou esta intervenção foi na presente data arquivado por se ter concluído que, quanto à questão de fundo, nada pode ser diligenciado. Esta decisão não obsta, porém, a que a Provedoria de Justiça mantenha interesse no conhecimento de medidas e diligências que, eventualmente, venham a ser ordenadas a curto prazo relativamente à questão que aqui se abordou, da formação profissional de funcionários.

2.3.

Assuntos sociais: trabalho, segurança social, saúde, habitação social, idosos, deficientes e menores

Provedor-Adjunto de Justiça:
Pereira Coutinho

Coordenador:
Nuno Simões

Assessores:
Diogo Nunes dos Santos
Fátima Martins
Isabel Pinto
Luisa Falcão de Campos
Margarida Santerre
Mónica Duarte Silva
Rita Cruz

2.3.1. Introdução

I. ***Apreciação geral***

1. No ano de 2003 não se registou um crescimento expressivo do número de queixas distribuídas à Área. De qualquer modo, relativamente ao ano anterior, houve um acréscimo de aproximadamente 2%.

2. No que se refere à tipologia das queixas entradas na Área pode concluir-se que não houve alterações significativas face aos anos anteriores. No quadro que se segue, apresenta-se precisamente a distribuição das queixas por matérias:

SEGURANÇA SOCIAL	71%	Regimes da Segurança Social	56%
		Regimes de Protecção Social da Função Pública	41%
		Acidentes de trabalho e acidentes em serviço	3%
SAÚDE	14%	Serviço Nacional de Saúde	75%
		Subsistemas	17%
		Estabelecimentos e laboratórios privados	8%
DIREITO DO TRABALHO	8%		
HABITAÇÃO SOCIAL	3%		
MENORES	1%		

OUTROS	3%		

3. Em face do quadro-resumo que antecede pode concluir-se que:

a) o agregado de queixas sobre *Segurança Social* continuou a ser este ano o mais representativo na Área, ascendendo a 71% (mais 5% do que no ano anterior). Destes, 56% dizem respeito a matérias dos *Regimes da Segurança Social* (reclamações maioritariamente relacionadas com pensões de velhice, de invalidez e de sobrevivência, com subsídios de desemprego, de doença e de maternidade e com o rendimento social de inserção) e 41% relativas a questões dos *Regimes de Protecção Social da Função Pública* (queixas na sua esmagadora maioria relacionadas com aposentações por velhice[85]e por invalidez e pensões de sobrevivência e de preço de sangue);

b) As queixas sobre *Saúde* representaram 14% do peso total das queixas na Área, das quais 75% incidiram sobre questões relacionadas com o *Serviço Nacional de Saúde (designadamente, acesso a cuidados de saúde, taxas moderadoras, medicamentos*, atendimento, negligência médica), 17% sobre os *Subsistemas de Saúde* (ADSE, ADMG, ADME, SSMJ, etc.) e 8% sobre *estabelecimentos de saúde e laboratórios privados*;

c) Os restantes agregados de queixas mantiveram-se igualmente dentro dos valores registados nos anos anteriores: *Direito do Trabalho* (8%), *Habitação social* (3%), *Menores*[86](1%), *Idosos* e *Deficientes*[87].

---

[85] Este ano registou-se um número significativo de queixas a propósito da revogação do Decreto-Lei nº 116/85, de 19 de Abril (que previa a possibilidade de aposentação antecipada, desde que verificadas determinadas condições: 36 anos de serviço e não haver oposição do Serviço), pelo artigo 9º da Lei nº 32-B/2002, de 30 de Dezembro. Vd. infra.

[86] Relativamente aos *Menores* importa ter atenção que o facto de não ter existido um número significativo de queixas formais entradas na Área 3 para instrução não quer significar que a Provedoria de Justiça não tenha recebido reclamações neste domínio. Efectivamente, importa ter em atenção que a Provedoria de

4. Importa referir que no ano de 2003 foi aberto um processo por iniciativa do Provedor de Justiça para acompanhamento de *iniciativas legislativas relacionadas com a protecção das pessoas com deficiência*. Mais adiante, no ponto 23 desta introdução, dar-se-á conta dos desenvolvimentos deste processo.

5. Uma última nota de âmbito geral, que se reporta ao facto de 68% das queixas entradas na Área em 2003 terem sido instruídas e concluídas (arquivadas) ainda no decurso do próprio ano.

II - Segurança Social

6. Constitui, como referimos, o agregado de queixas com maior peso na Área, visando quer os *Regimes da Segurança Social*, quer os *Regimes de Protecção Social da Função Pública*.

7. As entidades mais reclamadas no âmbito dos *Regimes da Segurança Social* continuaram a ser, essencialmente, o Centro Nacional de Pensões (CNP) e os diversos Centros Distritais de Solidariedade e Segurança Social (Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social), ambos integrados no Instituto de Solidariedade e Segurança Social (ISSS).

8. Quanto ao objecto, as reclamações, neste domínio dos *Regimes da Segurança Social*, não apresentaram diferenças

---

Justiça tem institucionalizada uma linha telefónica gratuita – *Linha Verde Recados da Criança* – para atendimento informal e expedito de questões relativas aos direitos das crianças e de cuja actividade se dará conta mais adiante neste Relatório.

[87] No que diz respeito a *Idosos* e *Deficientes*, importa referir que muitas das queixas apresentadas por (ou no interesse de) cidadãos idosos ou deficientes se reportam a matérias de *Segurança Social* ou de *Saúde*. Por outro lado, importa ter em consideração que a Provedoria de Justiça tem igualmente institucionalizada uma linha telefónica gratuita para atendimento de cidadãos idosos – *Linha do Cidadão Idoso* –, de cuja actividade também se dará conta mais adiante neste Relatório.

substanciais face aos anos anteriores. Em síntese, as reclamações entradas podem dividir-se em quatro grandes grupos, quanto:

a) ao *regime*: inscrição, mudança de regime, opções e suas alterações;

b) aos *descontos* ou *contribuições*: cálculo, pagamento retroactivo, isenção, restituição;

c) às *prestações*: requisitos de atribuição; processo de atribuição (atrasos, provas exigidas, juntas médicas); montante e forma de cálculo (carreira contributiva ou tempo de serviço, remunerações, rendimentos); acumulação com outras prestações ou com rendimentos do trabalho; revogação, suspensão e restituição de prestações indevidas;

d) à *acção social*: habitação, auxílio social, acolhimento familiar (idosos, deficientes), lares de idosos (montantes das comparticipações, irregularidades de funcionamento, tratamento negligente).

9. As reclamações entradas permitiram evidenciar problemas na organização, funcionamento, coordenação e articulação das diversas entidades e Serviços com atribuições e competências no âmbito do Sistema de Segurança Social. Efectivamente, tais disfuncionalidades verificaram-se dentro do próprio Instituto de Solidariedade e Segurança Social (os CDSSS entre si e com o CNP e todos estes com os Serviços centrais ou regionais do referido Instituto), mas, também, no relacionamento dos Serviços do ISSS com o Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social (IGFSS) e com a Inspecção-Geral do Ministério da Segurança Social e do Trabalho (IGMSST). Seguidamente, apresentam-se alguns dos obstáculos com que, recorrentemente, os beneficiários da Segurança Social são confrontados:

a) Atraso na criação e funcionamento de uma base de dados nacional (para registo, nomeadamente, das remunerações, contribuições e prestações atribuídas) – *Banco Nacional de Dados*

de Beneficiários e utentes[88]. Efectivamente, não obstante já ter sido objecto de Recomendação por parte do Provedor de Justiça[89] e estar anunciada para breve a conclusão da referida base de dados nacional, o certo é que durante o ano de 2003 continuaram a sentir-se os efeitos desse problema, ou seja, atrasos e, por vezes, mesmo, incorrecções nos processos de atribuição de subsídios por parte dos diferentes CDSSS (desemprego, doença, maternidade, etc.) ou de pensões por parte do CNP (invalidez ou velhice);

b) deficiências na articulação (quer ao nível da comunicação, quer ao nível da decisão) entre o CNP e os diferentes CDSSS e entre estes últimos e os serviços de fiscalização da Segurança Social na identificação e intervenção junto de empresas contribuintes faltosas;

c) atrasos na realização das peritagens médicas no âmbito do Sistema de Verificação de Incapacidades Permanentes (comissões de verificação de incapacidades permanentes e, sobretudo, quanto às comissões de reavaliação), determinando atrasos na atribuição das pensões de invalidez;

d) atraso, resposta insuficiente ou deficiente ou, em alguns casos, ausência de resposta às exposições e reclamações dos beneficiários ou pensionistas dirigidas ao CNP e aos CDSSS;

e) deficiências e atrasos na articulação entre o CNP e a Caixa Geral de Aposentações (CGA) no âmbito da atribuição das pensões unificadas[90];

f) falta de articulação entre os Serviços de Segurança Social (nomeadamente, dos CDSSS) e os Serviços de Estrangeiros e Fronteiras (SEF) relativamente à legalização de trabalhadores

---

[88] Cuja criação se encontra prevista nas sucessivas Leis de Bases da Segurança Social [Lei nº 28/84, de 14 de Agosto, Lei nº 17/2000, de 8 de Agosto – artigo 91º, alínea b) – e Lei nº 32/2002, de 20 de Dezembro – artigo 119º, alínea c)].

[89] Recomendação nº 4/A/02, de 19 de Março de 2002, publicada no Relatório à Assembleia da República de 2002, p.443.

[90] O regime da pensão unificada, constante do DL nº 361/98, de 18/11, permite a totalização dos períodos contributivos registados nos dois regimes de protecção social.

estrangeiros e ao acesso ao direito a determinadas prestações sociais (nomeadamente, subsídio de desemprego)[91].

10. A propósito do atraso na criação da base de dados nacional e das suas consequências, importa referir, a título meramente exemplificativo, o processo R.2929/02, cuja instrução permitiu evidenciar a inexistência, até à data, de um controlo informático adequado que permita aos Serviços de Segurança Social, em tempo real, avaliar correctamente a situação exacta de cada beneficiário que se lhe dirige, nomeadamente, para o efeito da atribuição regular de uma prestação social. Fácil será concluir que, na ausência de uma informatização adequada, não poucas vezes os Serviços da Segurança Social acabam por atrasar a atribuição da prestação social requerida, ou a atribui-la em montante inferior ao devido, ou mesmo a atribuir uma prestação social totalmente indevida.

11. É precisamente com a revogação destes actos administrativos de atribuição de prestações continuadas inválidos que os problemas se colocam com alguma acuidade. Efectivamente, a instrução de alguns processos na Provedoria de Justiça[92] permitiu concluir que alguns Centros Distritais de Solidariedade e Segurança Social estavam a praticar actos revogatórios feridos de ilegalidade, exigindo dos beneficiários reposições indevidas. Na sequência da intervenção deste órgão do Estado, as situações concretas foram regularizadas, tendo-se também suscitado junto do Conselho Directivo do Instituto de Solidariedade e Segurança Social e da Secretária de Estado da Segurança Social que fossem adoptadas medidas e procedimentos adequados por forma a obstar que os Centros Distritais de Solidariedade e Segurança Social reincidissem em situações idênticas futuras. Em resposta, o Instituto de Solidariedade e Segurança Social expressou o acolhimento da posição defendida

[91] A este propósito, dá-se nota da abertura de um processo na Área (R-3153/03), ainda em fase de instrução.

[92] Para além do supra referido R-2929/02, também os processos R-3308/02, R-1247/03, R-1837/03 e R-2133/03.

pela Provedoria de Justiça, dando conta das orientações transmitidas aos vários Serviços da Segurança Social para o efeito e referindo que se previa, para muito breve, a unificação das várias bases de dados numa única base de âmbito nacional, o que, alegadamente, permitiria resolver completamente o problema suscitado. Adiante, neste Relatório, são referenciadas, com mais detalhe, algumas situações concretas desta natureza.

12. No âmbito dos *Regimes de Protecção Social da Função Pública* a entidade mais reclamada foi a Caixa Geral de Aposentações, que este ano registou um agravamento significativo de queixas:

a) quer ao nível do processamento e pagamento de pensões de aposentação (atrasos superiores a onze meses) – o que determinou, aliás, uma intervenção do Provedor de Justiça junto da Ministra de Estado e das Finanças[93]. Tais atrasos em muito se ficaram a dever à revogação do Decreto-Lei nº 116/85, de 19 de Abril (que previa a possibilidade de aposentação antecipada verificadas determinadas condições: 36 anos de serviço e não haver oposição do Serviço), pelo artigo 9º da Lei nº 32-B/2002, de 30 de Dezembro. Esta norma revogatória permitiu, porém, que os pedidos de aposentação remetidos, ao abrigo do aludido diploma legal, até 31.12.2002, fossem atendidos por parte da Caixa Geral de Aposentações. Na sequência da adopção desta medida legislativa, registou-se um inusitado número de pedidos de aposentação. Subsequentemente, por força da declaração de inconstitucionalidade do artigo 9.º da Lei n.º 32-B//2002, de 30/12, constante do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 360/2003 de 8.07.2003 (publicado no D.R., I Série, n.º 232, de 7 de Outubro de 2003), deu-se a repristinação do referido Decreto-Lei nº 116/85, cuja aplicação transitória veio a estar enquadrada por um despacho da Ministra de Estado e das Finanças (Despacho n.º 867/03/MEF, de 5 de Agosto);

---

[93] Realizada no âmbito do processo R-3905/03 e para a qual se aguarda resposta. Prevê-se que os resultados desta intervenção possam constar do Relatório do próximo ano.

b) quer ao nível da prestação de informações aos seus subscritores (atraso, respostas insuficientes ou deficientes ou mesmo ausência de resposta às exposições dos interessados).

13. Atenta a natureza e a sua repercussão, dá-se igualmente nota de um outro processo (R-3809/99), cuja instrução foi concluída este ano e que permitiu satisfazer a pretensão não só da reclamante, mas de todos em igualdade de circunstâncias. Em causa estava a não actualização pela Caixa Geral de Aposentação[94] das *pensões de preço de sangue* concedidas a cidadãos da República da Guiné-Bissau, na qualidade de familiares de cidadãos portugueses que morreram ao serviço das Forças Armadas de Portugal antes da independência daquele território. Após recomendação e reiterações do Provedor de Justiça, evidenciando a ilegalidade e injustiça resultante da discriminação de que estavam a ser alvo todas as viúvas em situação idêntica à da reclamante, e apontando para a necessidade de ser devidamente corrigida a situação, veio o Secretário de Estado do Orçamento, por despacho datado de 25 de Setembro de 2003, determinar que a Caixa Geral de Aposentações procedesse à actualização anual destas pensões.

III - Saúde

14. As queixas, neste domínio, representaram o segundo maior agregado na Área (14%), mantendo a tendência dos anos anteriores. As entidades mais visadas foram as Administrações Regionais de Saúde, alguns Centros de Saúde e estabelecimentos hospitalares, o Ministério da Saúde, a Inspecção-Geral de Saúde, a Direcção-Geral da Saúde e a Ordem dos Médicos.

15. Neste domínio, as reclamações continuaram a incidir este ano essencialmente sobre:

---

[94] Fundamentada num despacho do Secretário de Estado do Orçamento, datado de 20 de Novembro de 1989.

a) acesso a cuidados médicos: atrasos na realização de intervenções cirúrgicas e de consultas; falta de médicos nos centros de saúde (utentes sem *"médico de família"*);

b) negligência e mau atendimento médico;

c) direito de inscrição em subsistemas de saúde e comparticipação de despesas de saúde: ADSE e outros subsistemas;

d) mau atendimento administrativo e más condições dos estabelecimentos de saúde;

e) atraso, resposta insuficiente ou ausência de resposta a reclamações apresentadas pelos utentes nos estabelecimentos de saúde.

16. Referência especial para a conclusão de um processo (R-3064/93), cuja instrução, exaustiva e persistente, incidiu sobre a Maternidade Alfredo da Costa e a Inspecção-Geral de Saúde e determinou a formulação da Recomendação nº 38/A/00[95] e de sucessivas reiterações da mesma[96] (e insistências) junto do Ministro da Saúde, no sentido de ser fixada e atribuída uma indemnização a uma utente do Serviço Nacional de Saúde por comprovada deficiência do Serviço de Recobro da Maternidade Alfredo da Costa [falta de vigilância especial adequada à puérpera na sequência da ministração de fármaco anestésico que determinou que a paragem cárdio-respiratória (não prontamente assistida) tivesse consequências irreversíveis para a saúde da utente (regressão intelectual e emocianal profundas, limitações físicas totais, dependência absoluta de terceira pessoa, geradoras de uma incapacidade total e permanente)][97]. Não obstante, tal

---

[95] Recomendação esta que consta do *Relatório à Assembleia da República 2000*, p. 295.

[96] Referenciadas no *Relatório à Assembleia da República 2001, p.350 e 355.*

[97] O Provedor de Justiça sustentou que neste caso concreto se verificavam os pressupostos da responsabilidade extracontratual do Estado por facto ilícito (artigos 2º e 6º do Decreto-Lei n.º 48051, de 21.11.67). Efectivamente, da análise dos elementos recolhidos pela própria Inspecção-Geral da Saúde, o Provedor de Justiça concluiu ter existido uma violação de regras técnicas (o que constitui um acto material ilícito), perante a qual se deduz a culpa, se não de algum agente

Recomendação (e as sucessivas reiterações e insistências) não veio a ser acatada, com o fundamento de que a eventual fixação e atribuição de uma indemnização deveria resultar de uma decisão judicial. Considerando manifestamente esgotadas as suas possibilidades de intervenção sobre o assunto, o Provedor de Justiça determinou o arquivamento do processo, formulando, contudo, um *reparo* final ao Ministro da Saúde[98]. A instrução deste processo permitiu evidenciar:

a) o atraso manifestamente excessivo da Inspecção-Geral de Saúde (IGS) na instrução do correspondente processo de inquérito (bem como algumas incongruências no respectivo relatório final, o que determinou, em momento oportuno, a intervenção da Provedoria de Justiça para a realização de diligências instrutórias complementares por parte da IGS);

b) a permanente *fuga* da Administração (neste caso, da Administração da Saúde) na assunção das suas responsabilidades perante os cidadãos (eventual e excepcionalmente interrompida em casos de grande alarido social ou de forte *mediatização*), acabando por deixá-los gravemente desprotegidos se a *única* via de defesa dos seus direitos fosse a via judicial, sobretudo, quando

---

individualmente considerado, pelo menos do serviço no seu todo (*faute du service*), que funcionou de forma deficiente, não atingindo os padrões objectivos de actuação e rendimento que, atendendo às circunstâncias e ao estabelecimento de saúde em causa, seria razoavelmente de exigir que fossem observados.

[98] Publicado integralmente, mais adiante, neste Relatório, mas do qual se retiram os seguintes excertos: *"(...) Penso porém que, por esta via, se perdeu a possibilidade de repor a legalidade material e, sobretudo, a justiça, que são tarefas nobres e, também, deveres da própria Administração.(...)*
(...) Nesta ordem de juízos, (...) se reforçava a minha convicção quanto à aceitabilidade da resolução extrajudicial do assunto, tanto mais que, Senhor Ministro, reconduzir hoje a resolução do problema para os Tribunais acabará por ser inútil, porque não se poderá ignorar que os factos ocorreram em 1993 e que o instituto da prescrição inviabilizará qualquer eventual intervenção judicial adequada à resolução do problema. E importa não esquecer que o próprio Ministério da Saúde – concretamente, a Inspecção-Geral da Saúde – demorou mais de cinco anos para concluir o respectivo processo de inquérito (entre 8.02.1994 e 12.05.1999) (...)".

a vítima, mercê dessa actuação ou omissão lesiva da Administração, fica totalmente incapaz física e intelectualmente, como era o caso[99].

17. Referência ainda a dois processos:

a) No âmbito do R-1677/03 verificou-se existirem situações pontuais de incumprimento do acordo para fornecimento de medicamentos celebrado entre o Ministério da Saúde e a Associação Nacional de Farmácias[100] por parte de algumas Sub-Regiões de Saúde que procediam à devolução dos receituários que não contivessem a vinheta do centro emissor, apesar de conterem a vinheta do médico prescritor. A Provedoria de Justiça procedeu à auscultação de todas as Administrações Regionais de Saúde (Norte, Centro, Lisboa e Vale do Tejo, Alentejo e Algarve), no sentido de se averiguar e corrigir rapidamente quaisquer eventuais actuações incorrectas por parte das diferentes Sub-Regiões de Saúde sobre o assunto. Recolhidas os esclarecimentos prestadas pelas referidas Administrações Regionais de Saúde pôde confirmar-se a existência das aludidas irregularidades procedimentais, entretanto corrigidas na sequência da intervenção deste órgão do Estado;

---

[99] Espera-se efectivamente que o futuro regime jurídico da *responsabilidade civil extracontratual do Estado* – em apreciação na Assembleia da República – possa salvaguardar situações como a descrita. Em certa medida, a Proposta de Lei n.º 88/IX – cujo artigo artigo 6.º, n.º 2, estabelece que: *"O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público são ainda responsáveis quando, não tendo os danos resultado do comportamento concreto de um titular de órgão, funcionário ou agente determinado, ou não sendo possível provar a autoria pessoal da acção ou omissão, se verifique um funcionamento anormal do serviço"* – já a contempla, podendo afirmar-se que a mesma valerá assim como proclamação solene de uma nova atitude de empenho do Estado na assunção das suas responsabilidades perante os cidadãos.

[100] Esse Acordo, datado de 26.03.2003, teve por base a adopção do novo modelo de receita médica entretanto introduzida no Serviço Nacional de Saúde. Do referido Acordo resultava expressamente que o receituário prescrito no âmbito do Serviço Nacional de Saúde seria válido para efeitos de dispensa de medicamentos nas farmácias, com comparticipação, desde que tivesse aposta a vinheta do médico.

b) Na sequência de queixas apresentadas ao Provedor de Justiça sobre o alargamento dos benefícios concedidos aos cidadãos portadores da doença de Crohn e de colite ulcerosa, a Provedoria de Justiça – no âmbito do processo R.5708/01 – procedeu à auscultação da Ordem dos Médicos com vista à obtenção de parecer que esclarecesse se o quadro clínico dos portadores daquelas doenças justificava um regime de comparticipação mais elevado para os medicamentos, atenta, nomeadamente, a gravidade, cronicidade e o impacte da doença na vida social e profissional dos doentes. O *Colégio da Especialidade de Gastrenterologia* da Ordem dos Médicos foi conclusivo, classificando as duas doenças – habitualmente englobadas na designação de Doença Inflamatória Intestinal – como de natureza crónica e recidivante, necessitando de vigilância clínica e de terapêutica farmacológica permanentes, com recurso a medicamentos dispendiosos, concluindo que estes pressupostos *"justificam que o regime de comparticipação na compra dos medicamentos seja revisto e que, à semelhança de outras doenças crónicas, os medicamentos sejam dispensados, sem quaisquer encargos económicos, aos doentes portadores destas doenças"*. Em face destas considerações de natureza médica, o Provedor de Justiça dirigiu-se ao Ministro da Saúde, recomendando a necessidade urgente de acautelar a situação dos cidadãos portadores das duas doenças – *"em especial quanto aos que se encontrem numa situação economicamente débil – promovendo, provisoriamente, através da adopção de medida legislativa adequada, o acesso aos medicamentos em regime de comparticipação a 100% e a isenção do pagamento das taxas moderadoras, à semelhança do que acontece com outras doenças crónicas de gravidade análoga"*. Por outro lado, no âmbito das reformas eventualmente em curso quanto aos regimes da comparticipação dos medicamentos e das taxas moderadoras, o Provedor de Justiça manifestou ainda a preocupação de que *"qualquer medida de diferenciação (das taxas moderadoras e da comparticipação dos medicamentos) não faça perigar o direito de*

acesso de todos os cidadãos aos cuidados de saúde e aos medicamentos", e que as iniciativas legislativas promovam *"uma melhor eficiência dos recursos de saúde, mas sem que quaisquer eventuais critérios económicos (na fixação das taxas moderadoras e na comparticipação dos medicamentos) restrinjam ou neguem o acesso dos cidadãos aos cuidados de saúde e ao medicamento"*. Aguarda-se resposta do Secretário de Estado da Saúde.

IV - Direito do Trabalho

18. Constitui o terceiro agregado de queixas na Área (8%), sendo que as reclamações mais recorrentes se reportam a violações, quer dos direitos dos trabalhadores por parte das respectivas entidades patronais (empresas privadas)[101], quer dos direitos e garantias das Comissões de Trabalhadores e das Associações Sindicais.

19. À semelhança do verificado em anos anteriores, registaram-se várias queixas relativas ao incumprimento dos direitos das comissões de trabalhadores, tendo-se constatado uma especial incidência no tocante à violação do *direito de participação na reestruturação das unidades produtivas*, fruto do elevado número de processos de reestruturação empresarial que, no período em apreço, se fez sentir. A este propósito registaram-se intervenções da Provedoria de Justiça junto do Metropolitano de Lisboa, da RTP, da RDP e da CARRIS, neste último caso, aliás, com participação à Inspecção-Geral do Trabalho para efeitos de eventual procedimento contra-ordenacional.

---

[101] Nestes casos – e sem prescindir da sua intervenção directa e imediata junto das entidades visadas nas queixas quando tal se justifique – a Provedoria de Justiça privilegia a participação e/ou o encaminhamento das queixas desta natureza às entidades públicas com especiais competências legais para a fiscalização das condições de trabalho nas empresas, nomeadamente, o Instituto de Desenvolvimento e Inspecção das Condições de Trabalho (IDICT) ou, mais concretamente, a Inspecção-Geral do Trabalho (IGT). De qualquer modo, nestas situações, a instrução dos processos na Provedoria de Justiça acompanha e avalia a actuação da IGT e os resultados alcançados.

20. Atenta a especificidade da matéria reclamada – *violação de direitos de personalidade no âmbito laboral* – dá-se nota aqui de um processo ainda em instrução (R-177/03), aberto na sequência de uma queixa da *Abraço, Associação de Apoio a Pessoas com VIH/SIDA,* a propósito da realização de testes de despistagem de VIH e outras doenças, exigidos no acesso ao emprego e formação profissional por parte de entidades integradas no Instituto de Emprego e formação Profissional (IEFP). Com vista à tomada de uma posição devidamente fundamentada sobre o assunto, o Provedor de Justiça solicitou ao Bastonário da Ordem dos Médicos que fosse emitido o competente parecer técnico-científico. Para o efeito, o Bastonário decidiu submeter a questão, para parecer, ao Conselho Nacional de Ética e Deontologia Médicas e aos Colégios da Especialidade, respectivamente, de Doenças Infecciosas, de Saúde Pública e de Medicina do Trabalho. No termo de 2003 ainda se aguardava um dos pareceres em falta, prevendo-se que no Relatório de 2004 se dê conta dos resultados alcançados e da posição adoptada pelo Provedor de Justiça.

V - Menores

21. São escassas as queixas distribuídas à Área neste domínio, o que não quer significar que a Provedoria de Justiça não tenha recebido reclamações que se reportem directamente a problemas relativos a *menores*. A este propósito, conforme supra referido, importa ter em atenção que a Provedoria de Justiça tem institucionalizada uma linha telefónica gratuita – *Linha Verde Recados da Criança* – para atendimento informal e expedito de questões relativas aos direitos das crianças e de cuja actividade se dará conta mais adiante neste Relatório. Por outro lado, é de realçar que algumas das queixas distribuídas à Área, embora no interesse de menores, se reportam a questões de Segurança Social (p.e., abono de família, subsídio de educação especial) ou Saúde (p.e., assistência médica) e como tal são tratadas nesse âmbito.

22. Importa realçar, porém, um processo em curso na Área (R.2134/03), cuja instrução permitiu evidenciar algumas fragilidades na articulação entre os Serviços do Instituto de Reinserção Social (IRS) e os Serviços do Instituto de Solidariedade e Segurança Social (ISSS), bem como a necessidade de aquelas entidades, em conjugação com a Comissão Nacional de Protecção das Crianças e Jovens em Risco, ponderarem devidamente a aplicação da *Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo* e da *Lei Tutelar Educativa*, por forma a evitar situações de conflitos negativos de competência (sobretudo quando está em causa o superior interesse da criança). Prevê-se que no Relatório do próximo ano sejam apresentadas as conclusões da instrução do processo.

VI - Deficientes

23. Neste domínio específico, e tendo presente os objectivos do ***Ano Europeu das Pessoas com Deficiência***, importa referir a **abertura de um processo por iniciativa do Provedor de Justiça** para acompanhamento de *processos legislativos relacionados com a protecção das pessoas com deficiência*. Nesse sentido, visou-se o acompanhamento dos trabalhos preparatórios:

a) da nova *Lei de Bases das Pessoas com Deficiência* cuja proposta se encontra a ser elaborada pelo Ministério da Segurança Social e do Trabalho e que revogará a *Lei n.º 9/89, de 2 de Maio* (que actualmente estabelece as Bases de Prevenção e de Reabilitação e Integração das Pessoas com Deficiência);

b) da nova *Lei das Associações das Pessoas com Deficiência* cuja proposta se encontra igualmente a ser elaborada pelo Ministério da Segurança Social e do Trabalho e que revogará a Lei n.º 127/99, de 20 de Agosto (que nunca chegou a ser regulamentada);

c) do *Plano Nacional de Emprego* (quadriénio 2003-2006) que veio a ser aprovado por Resolução do Conselho de Ministros

n.º 185/2003, de 12 de Novembro de 2003 (publicada em 3 de Dezembro de 2003);

d) do *Plano Nacional de Acção para a Inclusão* (triénio 2003-2005) que veio a ser aprovado por Resolução do Conselho de Ministros n.º 192/2003, de 12 de Novembro de 2003 (publicada em 23 de dezembro de 2003);

e) da revisão do Decreto Regulamentar n.º 56/97, de 31 de Dezembro (estrutura orgânica do *Secretariado Nacional de Reabilitação e Integração das Pessoas com Deficiência*), condicionada pela aprovação da nova *Lei de Bases das Pessoas com Deficiência* [vd. alínea a)];

f) da revisão do Decreto-Lei n.º 225/97, de 27 de Agosto (composição e competências do Conselho Nacional de Reabilitação e Integração das Pessoas com Deficiência), condicionada pela aprovação da nova *Lei das Associações das Pessoas com Deficiência* [vd. alínea b)];

g) da transposição da Directiva n.º 78/CE/2000, de 27 de Novembro, relativa à não discriminação em matéria de emprego, que veio a verificar-se, entretanto, através dos artigos 71.º e 72.º (*trabalhador com capacidade de trabalho reduzida*) e dos artigos 73.º a 78.º (*trabalhadores com deficiência ou doença crónica*) do *Código do Trabalho* (Lei nº 99/2003, de 27 de Agosto).

24. Entretanto, face aos atrasos verificados na conclusão dos trabalhos preparatórios relativos, nomeadamente, à *Lei de Bases das Pessoas com Deficiência* e à *Lei das Associações das Pessoas com Deficiência* [vd. alíneas a) e b)], procedeu-se à auscultação do Ministro da Segurança Social e do Trabalho, cuja resposta se aguarda.

VII - Habitação social

25. Neste domínio, as queixas entradas no ano de 2003, embora de expressão numérica reduzida na Área (3%), permitem algumas reflexões. Estas queixas, atenta a natureza das questões suscitadas, podem dividir-se em dois grupos:

a) Um primeiro, no qual se integram as reclamações que gravitam em torno do *Programa Especial de Realojamento* (PER), instituído pelo Decreto-Lei n.º 163/93, de 7 de Maio, cuja finalidade consiste na erradicação das barracas nas áreas metropolitanas de Lisboa e do Porto. Dentro deste grupo de reclamações, registaram-se situações de indivíduos que reclamaram por não ter sido abrangidos pelo PER, de agregados familiares compostos por dois ou mais núcleos familiares que foram realojados numa só habitação e que pretendem a atribuição de uma outra habitação (*desbobramento*) e, bem assim, reclamações relativas ao montante das rendas destas habitações. Nestes casos , a Provedoria de Justiça ausculta as entidades visadas (Câmaras Municipais) para recolha de informações e documentos que permitam a avaliação das situações reclamadas, concluindo-se, na maioria, das vezes pela falta de fundamento das queixas. Assim, colmatando o défice informativo que, muitas vezes, esteve na origem das referidas exposições, a Provedoria de Justiça procede à elucidação dos reclamantes, informando-os a respeito dos regimes legais aplicáveis nestas matérias, identificando qual o universo populacional abrangido pelo PER, a que tipologia habitacional têm direito os agregados familiares recenseados e, bem assim, de que o cálculo das rendas destas habitações é proporcional aos rendimentos do agregado familiar arrendatário;

b) No segundo grupo de reclamações integram-se todas as situações de grave carência habitacional que não têm resposta do PER, quer por se situarem fora das áreas metropolitanas acima referidas, quer – situando-se embora nestas zonas – por não se tratar de barracas. Nestas situações, sobressai, fundamentalmente, o défice de habitações sociais e a consequente ausência de resposta das autarquias para a resolução de todas as situações de carência. Nestes casos, para além de se proceder à auscultação das Câmaras Municipais visadas, no sentido de a situação reclamada ser devidamente avaliada e enquadrada, a Provedoria de Justiça elucida os reclamantes e, sendo caso disso,

encaminha-os para outras entidades especialmente vocacionadas para prestar auxílio neste domínio, como sejam, os Serviços de acção social dos Centros Distritais de Solidariedade e Segurança Social e o Instituto Nacional da Habitação.

2.3.2. Processos anotados

R-4470/96
Assessor: Margarida Santerre

Assunto: Data relevante para a atribuição da pensão de velhice.

Objecto: Prestação de informação errada à interessada, pelo então Centro Regional de Segurança Social do Algarve, relativamente ao número de meses de contribuições em falta para o preenchimento do prazo de garantia necessário ao acesso à pensão de velhice. Indeferimento da pensão de velhice. Indemnização por responsabilidade civil extra-contratual do Estado.

Decisão: Pagamento à beneficiária, por parte do Instituto de Solidariedade e Segurança Social, de uma indemnização correspondente ao valor das prestações mensais de pensão de velhice que a reclamante deixou de auferir entre 22.07.1994 e 20.08.1997.

Síntese:

1. Em 22.12.1993, ao abrigo do Decreto-Lei n.º 380/89, de 27 de Outubro (então em vigor), a reclamante requereu junto do, à data, Centro Regional de Segurança Social (CRSS) do Algarve, o pagamento retroactivo das contribuições relativas ao período compreendido, entre Janeiro de 1969 e Dezembro de 1974 – num total de 72 meses – por forma a perfazer o prazo de garantia necessário para aceder à pensão de velhice. O período em causa fora apurado pelo referido CRSS, tendo-lhe sido prestada a informação de que ao proceder ao pagamento daquele período de contribuições, passaria a reunir as condições legais de acesso à pensão de velhice.

2. Em 22.07.1994, a interessada pagou a quantia que lhe foi comunicada pelo CRSS e requereu a pensão de velhice. Esse requerimento foi indeferido pelo Centro Nacional de Pensões

(CNP), por faltarem à reclamante seis meses de contribuições para completar o prazo de garantia legalmente exigido.

3. Em face dessa decisão, a beneficiária requereu, novamente, ao CRSS do Algarve o pagamento retroactivo de contribuições relativas aos seis meses em falta. Tendo esse requerimento sido aceite, a reclamante procedeu ao pagamento devido e requereu de novo ao CNP, em 20.08.1997, a atribuição da pensão de velhice, que veio a ser deferida com efeitos reportados a essa mesma data.

4. Inconformada com a data do início do pagamento da pensão de velhice, a interessada pede a intervenção do Provedor de Justiça, em Junho de 1998, sustentando que a pensão de velhice lhe deveria ser concedida com efeitos reportados ao dia 23.12.1993, data em que entregou o primeiro requerimento nesse sentido.

5. De facto e tendo em conta que o pagamento do número de meses necessários ao preenchimento do prazo de garantia só não ocorreu, em 22.07.1994, por informação deficiente prestada, e expressamente assumida, pelos serviços do CRSS do Algarve, impunha-se que fosse a Administração Pública e não a beneficiária a suportar os prejuízos advenientes da mora na atribuição da prestação social em causa.

6. Iniciou-se, então, uma longa troca de correspondência entre este Órgão do Estado e as entidades envolvidas no processo de pensão de velhice da reclamante, nomeadamente, o CRSS do Algarve (actual Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social de Faro) e o Centro Nacional de Pensões, por forma a concretizar o direito da reclamante ao ressarcimento pelos prejuízos que lhe foram causados.

7. Não sendo possível chegar a um consenso com estas duas entidades sobre a obrigação de reparar a situação criada, o Provedor de Justiça formulou ao Secretário de Estado da Segurança Social, em 21.03.2000, a Recomendação n.º 23/A/00, ao abrigo da qual se sugeria a revisão do processo de atribuição da

pensão de velhice em causa, por forma a que o seu início fosse reportado a 22.07.1994.

8. A referido Recomendação não veio, porém, a ser acatada, tendo a Secretaria de Estado da Segurança Social reencaminhado a questão para o Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social (CDSSS) de Faro (ex-CRSS do Algarve), com a informação de que era esta entidade a quem incumbia dar resposta à situação criada, uma vez que era da sua responsabilidade o acto que causara o prejuízo à interessada.

9. Após várias insistências junto do Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social de Faro, no sentido de ser obtida uma posição definitiva sobre a matéria, vieram os respectivos serviços jurídicos, em 10.12.2001, informar da decisão de não indemnizar a beneficiária, em virtude da prescrição do seu direito ter ocorrido em 14.02.1998.

10. Não se conformando com aquele argumento meramente formal, a Provedoria de Justiça interveio, novamente, junto daquela entidade, observando evidenciar má fé da parte da Administração Pública o afloramento da questão da prescrição, no âmbito de um processo que se arrastava desde 1993 e nos termos do qual, por várias vezes, havia sido reconhecido ter existido uma actuação ilícita e culposa, causadora do prejuízo sofrido pela beneficiária, concluindo pela necessidade de reparação integral do erro cometido.

11. O Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social de Faro veio manifestar ao Provedor de Justiça a impossibilidade de ressarcir a beneficiária pelos prejuízos causados e informar não ter logrado a colaboração do CNP para o pagamento das pensões relativas ao período em causa.

12. Antes de considerar esgotadas as suas possibilidades de intervenção no presente caso e tendo em conta a reestruturação dos serviços de segurança social, introduzida pelo Decreto-Lei n.º 316-A/2000, de 7 de Dezembro, que veio criar o Instituto de Solidariedade e Segurança Social (ISSS) e nele integrar não só os centros distritais de solidariedade e segurança social como o

Centro Nacional de Pensões, o Provedor de Justiça dirigiu-se ao conselho directivo daquele instituto, no sentido de ser reconhecida e paga uma indemnização à reclamante por responsabilidade civil extra-contratual do Estado.

12. Em 25.07.2003, o Conselho Directivo do ISSS veio informar que havia acatado a sugestão do Provedor de Justiça, tendo deliberado proceder ao pagamento de uma indemnização à beneficiária, equivalente ao montante das prestações mensais que esta não auferiu, entre 22.07.1994 e 20.08.1998, a título de pensão de velhice.

R-4910/97
e apensos R-1429/98 e R-1584/98
Coordenador: Nuno Simões

Assunto: Assistência na Saúde. Subsistema de Saúde: ADSE (Decreto-Lei n.º 118/83, de 25/02). Interpretação do artigo 2º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 19/88, de 21/01, aplicável ao Centro de Medicina de Reabilitação da Região Centro (CMRRC) - Rovisco Pais, por força do artigo 1º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 203/96, de 23/10.

Objecto: Situação dos funcionários do CMRRC-Rovisco Pais no acesso aos benefícios da ADSE. Seguimento dado à Recomendação n.º 3/B/98, de 18.06.1998 e à sua reiteração de 4.02.1999, ambas dirigidas ao Ministro das Finanças[102].

Decisão: Processo arquivado após acatamento integral da Recomendação por despacho do Secretário de Estado do Orçamento, datado de 3 de Junho de 2003.

Síntese:

1. O Decreto-Lei n.º 203/96, de 23/10, extinguiu o Hospital

[102] Os textos integrais da Recomendação e da sua reiteração constam do *Relatório à Assembleia da República de 1998*, p. 436 a 447.

Rovisco Pais (art. 3º) e criou o Centro de Medicina de Reabilitação da Região Centro (CMRRC) - Rovisco Pais. De qualquer modo, manteve o mesmo estatuto jurídico de *"pessoa colectiva de direito público dotada de autonomia administrativa e financeira"* (art. 1º, n.º 1), sendo-lhe supletivamente aplicáveis as disposições legais relativas aos estabelecimentos hospitalares do Serviço Nacional de Saúde (art. 1º, n.º 2), nomeadamente, no que concerne às comparticipações nos encargos com a assistência na saúde dos seus funcionários (art. 2º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 19/88, de 21/1, o qual estabelecia, para os hospitais, a dispensa do pagamento de tais encargos e que eram exigíveis à generalidade dos outros organismos autónomos).

2. Porém, a ADSE tinha entendimento contrário, não conferindo ao referido CMRRC o mesmo tratamento dado aos estabelecimentos hospitalares do Serviço Nacional de Saúde. Assim, a ADSE recusava-se a aceitar a inscrição dos funcionários daquele estabelecimento de saúde como seus beneficiários enquanto o referido centro não celebrasse consigo o acordo previsto no art. 4º, al. a), do Decreto-Lei n.º 118/83, de 25/2, por forma a que o referido estabelecimento de saúde suportasse os encargos com aquele tipo de comparticipações.

3. Em face disso, foi formulada a Recomendação n.º 3/B/98, de 18.10.1998, reiterada em 4.02.1999.

4. Finalmente, após várias insistências, veio a ser dada resposta definitiva à Recomendação em causa, tendo sido acolhido o entendimento nela expresso. Efectivamente, no despacho do Secretário de Estado do Orçamento, datado de 3.06.2003, pode ler-se: ***"Entendo que a este Centro de Reabilitação deve ser aplicado o mesmo regime que vigora para os hospitais integrantes do SNS"*** [103].

---

[103] Faz-se notar que a Lei n.º 27/2000, de 8/11, e o respectivo diploma regulamentar (Decreto-Lei n.º 188/2003, de 20/08) mantiveram o regime de excepção para todos os estabelecimentos hospitalares públicos quanto à dispensa dos encargos para a ADSE, ou seja, quanto à dispensa de celebração do acordo previsto nos artigos 4º e 64º do n.º Decreto-Lei n.º 118/83, de 25.02. Porém, tal

R-2845/98
Assessor: Rita Cruz

Assunto: Regime de frequência do *Curso de Administração Autárquica* ministrado no Centro de Estudos de Formação Autárquica.

Objecto: Seguimento dado à Recomendação n.º 56-A/2000, de 9.06.2000.

Decisão: Processo arquivado após acatamento integral da Recomendação pelo Centro de Estudos de Formação Autárquica.

Síntese:

1. O Centro de Estudos de Formação Autárquica entendia que no *Curso de Administração Autárquica*, os alunos que reprovassem em determinado semestre, deveriam repetir todas as disciplinas (módulos) do mesmo, independentemente de já terem obtido aproveitamento em alguns desses módulos. Considerou-se esta actuação como sendo desproporcional – atento o prejuízo que representava para os alunos – e desadequada – por não atingir os fins a que se propunha.

2. Nesse sentido, foi formulada a Recomendação n.º 56/A/2000, de 9.06.2000[104], no sentido de que os alunos que não transitassem de semestre fossem autorizados a repetir apenas os módulos em que não tivessem obtido aproveitamento, sem prejuízo da estipulação de um prazo máximo previamente fixado para a conclusão do curso, *ou*, assim não sendo, que fosse observado o entendimento seguido pelo centro em relação aos alunos já em frequência do mesmo curso, aprovando-se,

situação de excepção, em vigor para os estabelecimentos hospitalares, cessará com a entrada em vigor da Lei do Orçamento do Estado para 2005 (cfr. art. 28º, n.º 4, do referido Decreto-Lei n.º 188/2003, de 20/08).

[104] O texto integral da Recomendação encontra-se publicado no *Relatório à Assembleia da República de 2000*, págs. 328 a 331.

entretanto, as normas regulamentares necessárias que o legitimassem.

3. Em face dos esclarecimentos, entretanto, prestados pelo Centro de Estudos de Formação Autárquica, conclui-se que a referida Recomendação foi, afinal, totalmente acatada, uma vez que aquela entidade adoptou, desde então, a interpretação sustentada pelo Provedor de Justiça, sem necessidade de alteração da respectivo regulamento.

R-3809/99
Assessor: Margarida Santerre

Assunto: Pensões de preço de sangue concedidas a cidadãos da República da Guiné-Bissau, na qualidade de familiares de cidadãos portugueses que morreram ao serviço das Forças Armadas de Portugal.

Objecto: Não actualização, nos termos gerais, destas pensões de preço de sangue por parte da Caixa Geral de Aposentações, com base num despacho, datado de 20.11.1989, do então Secretário de Estado do Orçamento.

Decisão: Após intervenção do Provedor de Justiça, o Secretário de Estado do Orçamento emitiu um despacho, datado de 25.09.2003, no sentido de se proceder, com efeitos para o futuro, à actualização anual das pensões de preço de sangue pagas a cidadãos da República da Guiné-Bissau.

Síntese:

1. A Provedoria de Justiça recebeu uma queixa, segundo a qual as pensões de preço de sangue concedidas a cidadãos da República da Guiné-Bissau, na qualidade de familiares de cidadãos nacionais portugueses que morreram ao serviço das Forças Armadas Portuguesas, estariam a ser alvo de um tratamento discriminatório face à generalidade das pensões dessa natureza atribuídas pelo Estado Português, por não merecerem

actualização nos termos gerais, mantendo-se, assim, em valores irrisórios (cerca de € 20).

2. Perante a questão colocada, em Dezembro de 1999, foram solicitados esclarecimentos ao Secretário de Estado do Orçamento, sobre os fundamentos desta não actualização, sobretudo, quanto à interpretação feita pela Caixa Geral de Aposentações (CGA), segundo a qual o Governo Português ao assinar o Acordo de Argel não se comprometera a actualizar as pensões em data posterior à da independência da Guiné-Bissau (em 11.09.1974).

3. Não obstante as várias insistências realizadas, só em Julho de 2000, foi possível obter uma resposta, de acordo com a qual havia sido solicitado um parecer à Caixa Geral de Aposentações que havia entendido ser aconselhável proceder à actualização destas pensões de preço de sangue e, preferencialmente, atribuir a essa actualização efeitos retroactivos. Face a este parecer, o então Secretário de Estado do Orçamento emitiu o seguinte despacho: *"Visto. Considerando a necessidade de não criar situações de injustiça relativa, como referido no final deste parecer, concordo com a não actualização, que seria sempre neste sentido, arbitrária."*.

4. Em face da aparente contradição entre o parecer da CGA e o despacho nele exarado pelo então Secretário de Estado do Orçamento e atendendo à premência da clarificação definitiva da posição do Estado Português perante aqueles que, enquanto portugueses, serviram os interesses militares nacionais, o Provedor de Justiça dirigiu-se, novamente, ao Secretário de Estado do Orçamento, em Dezembro de 2001, solicitando a remoção deste tratamento diferenciado injusto e a definição, para o futuro, dos termos do Acordo de Argel no que toca ao valor das pensões de preço de sangue pagas a cidadãos da Guiné-Bissau.

5. A transição de legislaturas impediu que se conhecesse uma última posição do anterior Executivo perante esta intervenção da Provedoria de Justiça, pelo que a questão foi

retomada junto do actual Secretário de Estado do Orçamento, em Junho de 2003.

6. Em Setembro de 2003 foi transmitido ao Provedor de Justiça o teor do despacho entretanto emitido pelo Senhor Secretário de Estado do Orçamento sobre o assunto e que foi no sentido da actualização destas pensões de preço de sangue, com efeitos para o futuro (*ex nunc).*

R-4012/00
Assessor: Rita Cruz

Assunto: Regras de reembolso das vacinas alergológicas dessensibilizantes.

Objecto: Actualização e uniformização das regras de reembolso das vacinas alergológicas dessensibilizantes.

Decisão: Publicação de nova circular normativa pela Direcção-Geral de Saúde.

Síntese:

O reclamante veio contestar junto da Provedoria de Justiça o não reembolso por parte do Centro de Saúde dos Olivais de uma despesa efectuada com a aquisição de uma vacina alergológica dessensibilizante para o seu filho.

O Centro de Saúde dos Olivais fundamentou a recusa de reembolso na Circular n.º 223/SAMS, de 21.12.81, alegando que o médico que havia prescrito a vacina em causa não se encontrava identificado como especialista, nas áreas de alergologia/imunologia, pneumatologia, otorrinolaringologia ou dermatologia.

Auscultada a Direcção-Geral de Saúde foi este Órgão do Estado informado de que, não existia, por parte das diversas sub-regiões de saúde, um critério uniforme quanto ao reembolso das despesas efectuadas na aquisição deste tipo de vacinas, embora se entendesse uniforme que o mesmo só deveria ter lugar nos casos de prescrição por um especialista, o que não sucedia no caso do

reclamante. De qualquer modo, ficaria na total discricionariedade da direcção clínica dos centros de saúde a avaliação e decisão sobre o reembolso daquele tipo de despesa.

Com o intuito de clarificar estas situações o Provedor de Justiça sugeriu à Direcção-Geral de Saúde a alteração e actualização da referida Circular "(...) *por forma a que seja possível a eliminação da dualidade de critérios nesta matéria de reembolso das despesas com a aquisição de vacinas dessensibilizantes*".

A sugestão do Provedor de Justiça foi acolhida pela Direcção-Geral de Saúde que, em 17.07.03 fez publicar a Circular Normativa n.º 14/DSAC, através da qual determinou que: "*Alertada para esta situação esta Direcção-Geral colheu o necessário parecer técnico que é no sentido da manutenção do regime de reembolso desde que a prescrição seja efectuada por médico especialista em imunalergologia, pneumologia ou dermatologia, afastando-se a hipótese de reembolso por decisão da Direcção Clínica*".

R - 4780/00
Assessor: Luisa Falcão de Campos

Assunto: Pagamento irregular à segurança social de quotizações devidas pela aposentada à Caixa Geral de Aposentações (CGA) de acordo com o Decreto-Lei n.º 321/88, de 22/09, o qual determinou que, a partir da respectiva entrada em vigor, os docentes do ensino particular deveriam obrigatoriamente inscrever-se na CGA e efectuar os respectivos descontos para esta entidade.

Objecto: Apresentação de queixa por parte da aposentada quanto à falta de regularização da questão entre a segurança social e a CGA, situação que conduziu à exigência à aposentada, por parte daquela Caixa, do pagamento, em duplicado, das quotizações já anteriormente pagas à

segurança social relativamente ao período compreendido entre 27/09/88 a 31/10/96.

Decisão: Resolução do caso concreto através da transferência pelo Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social para a CGA das verbas indevidamente pagas pela aposentada à segurança social, à qual se seguiu a restituição à aposentada das quantias pagas em duplicado àquela Caixa e à segurança social relativamente ao citado período de tempo de serviço.

Síntese:

1. A aposentada exerceu funções como educadora de infância, de Fevereiro de 1969 até Agosto de 1996, em duas instituições particulares de solidariedade social, as quais efectuaram, ininterruptamente, os respectivos descontos legais para a segurança social, ao contrário do que passou a ser legalmente estipulado, com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 321/88, de 22/09.

2. De facto, o referido diploma veio determinar que os docentes do ensino particular deveriam passar a inscrever-se, obrigatoriamente, na CGA e efectuar para a mesma Caixa os respectivos descontos para efeitos de aposentação e sobrevivência, a partir da data da respectiva entrada em vigor.

3. A referida reclamante aposentou-se por limite de idade (65 anos), em 22/03/1999.

4. No decurso da tramitação do processo de aposentação a CGA verificou que a reclamante era devedora àquela Caixa dos montantes de Esc.1.363.716$00 e Esc.396.167$00, relativamente ao período compreendido entre 27/09/88 a 31/10/96, os quais tinham sido indevidamente pagos à segurança social em vez de à CGA.

5. Assim, por exigência da CGA, a aposentada foi liquidando àquela os valores acima referidos através do desconto na respectiva pensão, ao longo dos últimos anos.

6. Colocava-se, então, a questão de a reclamante estar a efectuar, em duplicado, o pagamento das mesmas contribuições,

ou seja, aos pagamentos das contribuições que a mesma e a respectiva entidade patronal tinham realizado, atempadamente (ainda que indevidamente), para a segurança social, acresciam aqueles que a reclamante foi, sucessivamente, realizando para a CGA, acrescidas de juros, através do aludido desconto na sua pensão.

7. Impunha-se, deste modo, em primeiro lugar, lograr que se procedesse à transferência das verbas indevidamente recebidas, da segurança social para a CGA e, em segundo lugar, que fosse efectuada a devolução pela CGA à reclamante das quantias pagas em duplicado por esta.

8. O assunto em causa foi objecto de um detalhado parecer do Gabinete Jurídico da Direcção de Serviços de Gestão de Regimes da Segurança Social (DSGRSS) o qual mereceu a emissão de despacho de concordância do respectivo Director de Serviços – tendo sido ordenada por este, em 13/02/2001, a regularização urgente da situação, nomeadamente, através da transferência das verbas em causa da segurança social para a CGA.

9. No entanto, não obstante a existência do referido despacho, a situação da reclamante não lograva a obtenção da respectiva resolução, não se conseguindo, sequer, localizar o parecer jurídico referido em 8. e o correspondente despacho do Director de Serviços de G.R.S.S. junto das competentes instituições da segurança social.

10. Assim, após a realização de diversas diligências instrutórias por parte da Provedoria de Justiça, junto da CGA e do Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social do Porto, sem qualquer efeito, foi dado conhecimento da situação em causa, por este Órgão do Estado, ao Instituto de Gestão Financeira da Solidariedade e Segurança Social (IGF) – Secção de Contribuintes, tendo-lhe sido enviada cópia do aludido parecer jurídico do Gabinete Jurídico da DGGRSS, bem como do mencionado despacho do respectivo Director de Serviços.

11. A Secção de Contribuintes do IGF (Porto) correspondeu prontamente às razões invocadas da Provedoria de

Justiça com vista à regularização da questão, tendo efectuado, com base na cópia do aludido parecer e do respectivo despacho, os cálculos necessários e a transferência das verbas, indevidamente recebidas, para a CGA.

12. Por sua vez, a CGA através do respectivo Gabinete de Planeamento e Gestão Financeira e, em consonância com os contactos estabelecidos pela Provedoria de Justiça entre as entidades envolvidas, confirmou os cálculos efectuados pelo IGF (Porto) e procedeu aos acertos necessários junto da secção de contabilidade do mesmo instituto.

13. Posteriormente aos factos acima relatados e após a realização de diversas diligências pela Provedoria de Justiça junto da CGA no sentido de apressar a resolução da questão, a mesma Caixa informou este órgão do Estado que, a breve trecho, iria proceder à devolução à aposentada de todas as quantias pagas em excesso pela mesma - não só à CGA, como também, aquelas que foram pagas em demasia à segurança social, dada a diferença das taxas de incidência, num e noutro regime de segurança social (público e privado).

14. Uma vez que a pretensão do reclamante se encontrava parcialmente satisfeita com a transferência das verbas em causa e em vias de ser satisfeita a restituição dos pagamentos efectuados em duplicado pela reclamante, o processo foi arquivado.

R-1652/01
Assessor: Rita Cruz

Assunto: Subsídio de desemprego.

Objecto: Intervenção junto do Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social de Évora com vista à reapreciação do acto de indeferimento de um requerimento para atribuição do subsídio de desemprego, considerando que a interessada se encontrava numa situação efectiva de desemprego involuntário.

Decisão: Deferimento do subsídio de desemprego.
Síntese:

1. A reclamante solicitou a intervenção da Provedoria de Justiça contestando o indeferimento do pedido de atribuição de prestações de desemprego.

2. Com efeito, a reclamante foi inicialmente informada pela sua ex-entidade patronal de que iria ser desencadeado um processo de despedimento colectivo, por motivo de encerramento da secção da fábrica em que trabalhava com a consequente redução de efectivos.

3. No entanto, na sequência das negociações levadas a cabo com a ex-entidade patronal, a reclamante acordou a cessação do contrato por mútuo acordo, com o mesmo fundamento, isto é, necessidade de redução de efectivos. O processo de despedimento colectivo que, oportunamente havia sido notificado ao IDICT, foi arquivado.

4. O Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social de Évora considerou, à luz da lei vigente à data da cessação do contrato (Decreto-Lei n.º 79-A/89, de 13 de Março, com a redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 418/93, de 24.12) que a reclamante não havia comprovado encontrar-se numa situação de desemprego involuntário, tal como caracterizada no referido diploma legal.

5. Não obstante as insistências junto da sua ex-entidade patronal, a reclamante não logrou obter documento que comprovasse, de modo fundamentado, que a cessação do contrato de trabalho por mútuo acordo se devia a circunstâncias, designadamente de natureza técnica, económica e financeira, determinantes da existência na empresa de um processo de redução de efectivos, conforme o estabelecido no artigo 41ºA, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 79-A/89, com redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 418/93, de 24.12.

6. Com fundamento no n.º 2, do artigo 41º-A, do Decreto-Lei referido no número anterior, que prevê a possibilidade de as instituições de segurança social solicitarem directamente à entidade empregadora mais informações que se demonstrem

indispensáveis à apreciação da declaração para efeitos de atribuição de subsídio de desemprego, a Provedoria de Justiça solicitou que aqueles serviços auscultassem a ex-entidade patronal da trabalhadora reclamante.

7. Auscultada a ex-entidade patronal, os serviços da segurança social concluíram que o desemprego da trabalhadora tinha sido efectivamente involuntário, pelo que o Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social de Évora procedeu à revogação do acto que indeferira o subsídio de desemprego, tendo proferido outro no sentido do reconhecimento do direito da reclamante à atribuição da referida prestação social.

8. O subsídio de desemprego veio, assim, a ser reconhecido e pago à reclamante, após intervenção da Provedoria de Justiça.

R-3538/01
Assessor: Rita Cruz

Assunto: Subsídio de educação especial.

Objecto: Pedido de recálculo do subsídio de educação especial atribuído ao abrigo do Decreto-Regulamentar n.º 14/88, de 7 de Abril, e da Portaria n.º 176/2001, de 09.03.

Decisão: Reavaliação do subsídio de educação especial para o ano lectivo de 2001/2002, considerando a redução efectiva dos rendimentos auferidos pelo agregado familiar, em 2001.

Síntese:

1. O reclamante, na qualidade de pai de um jovem deficiente a frequentar um estabelecimento de ensino especial, candidatou-se, como em anos anteriores, à atribuição do subsídio de educação especial, para o ano lectivo de 2001/2002.

2. O subsídio foi atribuído, tendo sido calculado por referência à declaração de rendimentos do ano de 2000 (declaração de rendimentos disponível) e não aos rendimentos

efectivamente recebidos no ano de 2001 (ano a que se reportava o subsídio em causa).

3. Porém, verificou-se que o rendimento do agregado familiar do reclamante sofreu uma quebra muito significativa no ano 2001, uma vez que entretanto ocorreu a morte da sua mulher e o mesmo esteve impedido de trabalhar durante um prolongado período de baixa por doença, durante o qual apenas auferiu 65% da sua remuneração habitual.

4. Uma vez que o cálculo do subsídio de educação especial referente ao ano lectivo de 2001/2002, teve por base o ano de 2000 (com rendimentos muito superiores) a comparticipação a cargo do reclamante aumentou exponencialmente.

5. Considerando que ao fazer depender dos rendimentos de cada agregado familiar a atribuição do "subsídio de educação especial" e respectiva comparticipação das famílias, o legislador pretendeu discriminar positivamente as diferentes situações, isto é, que em cada ano lectivo, os agregados familiares com mais rendimentos comparticipem mais e que os agregados com menores rendimentos comparticipem menos e ainda o facto de ser facilmente comprovada pelos serviços de segurança social a redução efectiva de rendimentos auferidos por um determinado agregado familiar em virtude de uma situação de baixa por doença, a Provedoria de Justiça solicitou a reanálise deste processo.

6. Para o efeito, invocou-se ainda a Orientação Normativa (Circular n.º 28 da Direcção-Geral de Solidariedade e Segurança Social) onde, a este propósito se estipula que *"parece de adoptar um critério que, sem pôr em causa o conhecimento actualizado dos rendimentos, garanta a sua veracidade, através de meios de prova adequados, nomeadamente de natureza fiscal"*.

7. Tendo em consideração a argumentação da Provedoria de Justiça, o Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social de Lisboa decidiu recalcular o montante do subsídio a atribuir ao reclamante, considerando a redução efectiva dos rendimentos auferidos pelo respectivo agregado familiar no ano de 2001.

R-3668/01
Assessor: Luisa Falcão de Campos

Assunto: Qualificação como doença profissional das patologias sofridas pela reclamante em virtude de contaminação química ocorrida no Instituto Nacional de Saúde Dr. Ricardo Jorge (INSA).

Objecto: Problema da qualificação como doença profissional para efeitos de atribuição de pensão, reembolso de despesas de saúde entretanto efectuadas (e a realizar) e reconhecimento do direito ao pagamento das despesas com tratamento clínico específico no estrangeiro (inexistente em Portugal). Aplicação do Decreto-Lei n.º 503/99, de 20/11.

Decisão: Resolução do caso concreto através da qualificação pelo Centro Nacional Contra os Riscos Profissionais (CNPCRP) da doença da reclamante como doença profissional, tendo a respectiva incapacidade sido confirmada pela Caixa Geral de Aposentações (CGA) e reconhecido à reclamante o direito a pensão, ao reembolso das despesas realizadas e ao pagamento das despesas com tratamento clínico no estrangeiro.

Síntese:

1. A reclamante trabalhava, desde Setembro de 1991, como técnica de diagnóstico e terapêutica no Instituto Nacional de Saúde de Ricardo Jorge (INSA), tendo sido afectada, em meados de Janeiro de 1996, por contaminação química ocorrida no referido Instituto[105], com consequências extremamente graves e permanentes para a sua saúde.

2. A reclamante pretendia que a respectiva doença fosse qualificada como doença profissional, nos termos do artº 6º do

[105] Este assunto relativo à poluição ambiental ocorrida no INSA foi objecto de tratamento no âmbito do processo R- 4903/97 (A3).

Decreto-Lei n.º 503/99, de 20/11, de modo a poder beneficiar não só de uma pensão, mas, sobretudo, do pagamento de um tratamento clínico no estrangeiro (inexistente em Portugal) ao abrigo da citada disposição legal. As sucessivas juntas médicas a que a reclamante foi sujeita desde a data da ocorrência dos factos atribuíam-lhe, sucessivamente, baixa médica, recusando-se a admitir a qualificação da doença como contraída em serviço.

3. O Centro Nacional de Protecção contra os Riscos Profissionais (CNPCRP) é a entidade responsável pelo diagnóstico e caracterização como doença profissional (artº 26º do Decreto-Lei n.º 503/99, de 20/11), pelo que a situação da reclamante foi participada ao referido Centro. A este propósito e atenta a urgência e a gravidade da situação clínica da reclamante, a Provedoria de Justiça realizou várias intervenções junto daquele Centro e de outras entidades envolvidas no processo.

4. Na sequência destas diligências, o CNPCRP acabou por diagnosticar à reclamante o *"Síndroma de Sensibilidade Química Múltipla"* e que o mesmo havia sido contraído no exercício das suas funções no INSA, qualificando a doença como doença profissional. O referido Centro concluiu, igualmente, pela existência da "*incapacidade múltipla absoluta para o trabalho habitual com redução da capacidade profissional compatível de 100%*", factor de desvalorização que propôs à Caixa Geral de Aposentações (CGA), para efeitos de atribuição de uma pensão de invalidez, e que esta veio a confirmar.

5. À reclamante foi assim reconhecido o direito: a pensão de invalidez por doença profissional, ao reembolso das despesas de saúde realizadas e ao pagamento do tratamento clínico específico no estrangeiro.

R-4860/01
Assessor: Luísa Falcão de Campos

Assunto: Revisão de processo para qualificação como Deficiente das Forças Armadas (DFA) em virtude de erro

manifesto por parte das entidades competentes no estabelecimento do nexo de causalidade entre a doença contraída ou agravada em campanha e a incapacidade de que o reclamante actualmente sofre.

Objecto: Recusa do Ministério da Defesa Nacional (MDN) em proceder à reapreciação do processo para qualificação como Deficiente das Forças Armadas.

Decisão: Resolução do caso concreto através da reapreciação do assunto pelo Ministério da Defesa Nacional e consequente envio do processo do interessado ao Chefe de Estado-Maior do Exército (CEME), a fim de dar início ao processo de qualificação como DFA.

Síntese:

1. O reclamante foi incorporado no serviço militar obrigatório (SMO) em 17/10/69. No decurso do mesmo (na Guiné) veio a ser-lhe diagnosticada uma doença do foro respiratório. Posteriormente, em Agosto de 1971, foi instaurado pelo Exército um processo por acidente em serviço que culminou em 28/09/91 com a decisão de qualificação da referida doença "como agravada no exercício das suas funções". Em 28/02/97, o interessado requereu ao CEME a reabertura do seu processo para efeito de atribuição do correspondente grau de desvalorização (atenta a diminuição da capacidade geral de ganho) e a consequente atribuição de uma pensão de invalidez.

2. Porém, a junta médica militar que o observou em 1998 concluiu pela inexistência de qualquer nexo de causalidade entre o cumprimento do SMO e a incapacidade actual (10%).

3. As decisões das juntas médicas têm natureza técnico-científica, sendo proferidas no uso da discricionaridade técnica, não cabendo ao Provedor de Justiça – no quadro das suas legais competências – pronunciar-se sobre o seu teor, salvo em caso de erro grave ou manifesto.

4. Analisada a questão pela Provedoria de Justiça, conclui-se existir erro manifesto na avaliação efectuada pela referida junta médica militar, atendendo às discrepâncias circunstanciais e

lógicas resultantes dos elementos clínicos constantes do processo – os quais foram submetidos ao exame do perito médico deste Órgão do Estado.

5. Tal erro consistia, não no diagnóstico actual efectuado pela referida junta médica, mas sim, no facto de a mesma junta não ter estabelecido, à luz dos novos conceitos da medicina, a devida relação entre a doença diagnosticada ao reclamante em 1971 e em 1998. Em consequência, ter-se-ia necessariamente que concluir pela existência de um nexo de causalidade entre a doença contraída ou agravada em 1971 e o serviço em campanha.

6. Por essa razão, foi solicitada por este Órgão do Estado a reapreciação dos factos ao Ministério da Defesa Nacional (MDN), com vista a apurar, se a actual doença de que o reclamante sofre teria resultado, ou não, da evolução da doença agravada em serviço cujos sintomas foram inicialmente observados em 1971, enquanto este se encontrava a prestar o SMO na Guiné.

7. O MDN veio a acolher a posição sustentada pela Provedoria de Justiça, pelo que determinou a reabertura do processo com vista à sua reapreciação pelo CEME nos moldes acima referidos.

R-1035/02
Assessor: Diogo Nunes dos Santos

Assunto: Saúde. Subsistema da ADME (Assistência na Doença aos Militares do Exército). Interpretação e aplicação adequada do *"Acordo para Internamento e Tratamento de Doentes entre o Hospital da Cruz Vermelha e a ADME"*.

Objecto: Actuação junto da ADME e do Hospital da Cruz Vermelha Portuguesa (HCVP) no sentido da correcta aplicação do *"Acordo para Internamento e Tratamento de Doentes celebrado entre o Hospital da Cruz Vermelha e a ADME"*, e por conseguinte, no sentido de proceder à

regularização da situação da reclamante, beneficiária da ADME.

Decisão: O processo foi arquivado, uma vez que a ADME acolheu a posição da Provedoria de Justiça, tendo procedido à liquidação da factura em dívida.

Síntese:

1. O presente processo teve origem numa queixa, apresentada por uma beneficiária da ADME, relativa a regularização de despesas de saúde junto do Hospital da Cruz Vermelha Portuguesa (HCVP).

2. Da análise do processo verificou-se que a reclamante realizou uma cirurgia cardiotoráxica no HCVP ao abrigo de um acordo celebrado entre a ADME e o referido Hospital, não procedendo à liquidação da factura que lhe foi apresentada por alegada insuficiência económica.

3. Compulsado e analisado o *"Acordo para Internamento e Tratamento de Doentes entre o Hospital da Cruz Vermelha Portuguesa e a ADME"*, verificou-se que a cláusula IV, n.º 3, previa que na ausência de pagamento ao hospital, no prazo de 15 dias após a apresentação das facturas (aos beneficiários), os serviços do hospital comunicariam à ADME para que esta procedesse à sua liquidação no prazo de 30 dias.

4. O HCVP alegou desconhecer a aplicação da referida cláusula do acordo, e por esse motivo, continuara a insistir junto da reclamante para a liquidação da factura. Por outro lado, a ADME veio sustentar que a aplicação do "Acordo" em causa era limitada a intervenções cirúrgicas específicas que não a da reclamante.

5. Verificando-se existir uma errónea interpretação e aplicação do "Acordo" por parte das duas entidades outorgantes, nomeadamente, quanto à cobertura estipulada e aos procedimentos de facturação e cobrança, a Provedoria de Justiça dirigiu-se a ambas as entidades visadas no sentido não só da rápida regularização do caso concreto como também da fixação de uma interpretação consensualizada para aplicação a futuras

situações similares ou, caso o "Acordo" já não correspondesse hoje à vontade real de ambas as partes, se procedesse à sua revisão com efeitos para o futuro.

6. A ADME veio a acolher a posição da Provedoria de Justiça, tendo procedido, entretanto, à liquidação da factura em dívida.

R-2047/02
Assessor: Rita Cruz

Assunto: Pagamento indevido de contribuições para a segurança social.

Objecto: Pedido de restituição de contribuições indevidamente pagas à segurança social.

Decisão: Restituição directa (ao beneficiário) das contribuições indevidamente pagas, na parte paga em excesso e na proporção da respectiva contribuição.

Síntese:

1. No período compreendido entre Janeiro de 1993 e Dezembro de 1994, o reclamante procedeu a descontos para a Segurança Social com base numa taxa de montante superior ao legalmente devido na sua situação.

2. Por esse motivo, solicitou junto do Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social (CDSSS) de Lisboa a restituição dessas contribuições pagas em excesso.

3. Sucede, porém, que o reclamante foi informado pelos serviços da segurança social de que tal importância havia sido entretanto creditada na conta da empresa contribuinte (e responsável pelos descontos) – isto é, da entidade patronal do reclamante –, alegando que caberia àquela entidade o pagamento ao reclamante das contribuições restituídas. Tal medida do Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social de Lisboa visava alegadamente compensar uma dívida da referida entidade patronal para com a Segurança Social.

4. Em meados ano 2002 o reclamante queixou-se à Provedoria de Justiça sobre esta situação e do atraso na regularização do problema.

5. Considerando ilegal a actuação do CDSSS em causa, a Provedoria de Justiça solicitou àqueles serviços que procedessem com urgência à reapreciação e regularização da situação, uma vez que o artigo 128º, n.º 2, do Decreto n.º 45 266, de 23.09.63, estabelecia que as contribuições indevidamente pagas seriam restituídas às entidades patronais e aos beneficiários pela parte proporcional às respectivas contribuições.

6. Os serviços da segurança social visados acolheram a posição sustentada pela Provedoria de Justiça e à luz do regime legal supra referido, procederam à revisão da respectiva decisão, tendo reembolsado directamente o beneficiário pela parte proporcional às suas contribuições pagas em excesso.

R-2490/02
Assessor: Margarida Santerre

Assunto: Segurança social. Apuramento do prazo de garantia para efeitos de acesso às prestações de desemprego.

Objecto: Relevância, para efeitos de contagem do prazo de garantia para acesso ao subsídio social de desemprego, dos dias de férias vencidas e não gozadas pelo beneficiário antes da cessação do contrato de trabalho.

Decisão: O Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social (CDSSS) de Braga acolheu a posição sustentada pela Provedoria de Justiça e procedeu à revisão do processo do interessado, nos termos da Circular de Orientação Técnica da Direcção-Geral de Solidariedade e Segurança Social n.º 23, de 15.12.1994, tendo atribuído ao beneficiário o subsídio social de desemprego pelo período de 360 dias.

Síntese:

1. Inconformado com o indeferimento do seu requerimento de subsídio social de desemprego, determinado pelo Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social de Braga, o reclamante solicitou a intervenção da Provedoria de Justiça.

2. Analisada a documentação anexa à queixa e outra recolhida junto da antiga entidade empregadora do interessado, apurou-se que este havia celebrado um contrato de trabalho a termo certo que se manteve em vigor entre 1.05.2001 e 31.10.2001 (6 meses).

3. Mais se apurou que durante aquele período, o empregador do beneficiário efectuou os devidos descontos para a segurança social, incluindo todos aqueles relativos aos créditos por cessação do contrato de trabalho, ou seja, as quantias correspondentes ao subsídio de Natal e de férias e aos 5 dias de férias vencidas e não gozadas pelo trabalhador no decurso do vínculo laboral.

4. Todos estes registos somados perfaziam o cômputo de 30 dias a registar no mês de Outubro de 2001, no âmbito da carreira contributiva do beneficiário.

5. Sucede que o empregador não assinalou, correctamente, os 5 dias de férias vencidas e não gozadas, aquando do preenchimento da declaração de remunerações transmitida ao CDSSS de Braga.

6. Motivados pelo lapso da empresa em causa, os serviços de registo de remunerações daquele centro distrital não atribuíram qualquer relevância aos mencionados dias de descontos, concluindo que o requerente apenas dispunha de 26 dias de contribuições naquele mês, pelo que não perfazia os 180 dias de trabalho por conta de outrem nos 12 meses imediatamente anteriores à data do desemprego, exigidos no artigo 16.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 119/99, de 14 de Abril.

7. A Provedoria de Justiça alertou, então, o CDSSS de Braga para a incorrecção verificada, sublinhando que apesar de terem motivado o pagamento de contribuições para a segurança social, os cinco dias em questão não haviam sido objecto de registo

nos termos da Circular de Orientação Técnica da DGSSS n.º 23, de 15.12.1994 (com o código de valor 2, com indicação do n.º de dias na Coluna 5 e indicação da natureza da remuneração correspondente na Coluna 9), o que impedia, agora, o acesso do beneficiário às prestações requeridas.

8. O CDSSS de Braga reconheceu o erro assinalado, procedeu ao registo adequado das remunerações relativas aos 5 dias de férias vencidas e não gozadas na carreira contributiva do reclamante e atribuiu-lhe o subsídio social de desemprego pelo período de 360 dias.

R-2624/02
Assessor: Rita Cruz

Assunto: Obrigatoriedade de identificação dos funcionários da segurança social.

Objecto: Falta de identificação dos funcionários ou agentes da segurança social.

Decisão: Adopção de diligências adequadas por parte do Instituto de Solidariedade e segurança social no sentido de dar cumprimento à obrigatoriedade de identificação dos funcionários e agentes da segurança social ao abrigo do disposto no artigo 7º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 135/99, de 22 de Abril.

Síntese:

1. O reclamante veio contestar junto da Provedoria de Justiça o facto de os funcionários e agentes da segurança social, nomeadamente, no âmbito do serviço de verificação de incapacidades permanentes, não se encontrarem devidamente identificados.

2. A Provedoria de Justiça chamou a especial atenção do Conselho Directivo do Instituto de Solidariedade e Segurança Social para o problema do cumprimento, por parte de todos os serviços da segurança social, do disposto no artigo 7º, n.º 4 do

Decreto-Lei n.º 135/99, precisamente quanto à obrigatoriedade de identificação dos funcionários e agentes da segurança social nas suas relações com o público.

3. Na sequência da referida intervenção, o Instituto de Solidariedade e Segurança Social veio informar que estabelecera orientações para todos os seus serviços no sentido de ser dado pleno cumprimento ao preceituado no diploma legal supra referido.

R-2724/02
Assessor: Mónica Duarte Silva

Assunto: Violação de direitos cometidos legalmente às comissões de trabalhadores.

Objecto: Direito da comissão de trabalhadores da C.P. – Caminhos de Ferro Portugueses, EP, à emissão de parecer prévio relativamente à transferência de local da Unidade de Transportes Mercadorias e Logística. Interpretação do preceito contido no artº 24º, n.º 1, alínea h), da Lei n.º 46/79, de 12 de Setembro. Noção de estabelecimento.

Decisão: Partindo de uma interpretação mais lata da noção de estabelecimento – diferenciada da noção de estabelecimento comercial *stricto sensu* – concluiu-se pela obrigação legal da CP solicitar parecer prévio à comissão de trabalhadores relativamente à transferência da unidade em apreço. O caso em análise é subsumível no artº 24º, n.º 1, alínea h) da Lei n.º 46/79, de 12/09.

Síntese:

1. Estando a ser ponderada pelo Conselho de Gerência da CP, a transferência de local da Unidade de Transportes Mercadorias e Logística (UTML), foi aquele órgão alertado pela comissão de trabalhadores para a necessidade de esta ser

previamente consultada, nos termos do artº 24, n.º 1, alínea h), da Lei n.º 46/79, de 12/09.

2. O Conselho de Gerência da CP, muito embora acedendo a prestar algumas informações a respeito da transferência em questão, veio a pronunciar-se no sentido de que a matéria em causa não se integrava no direito à informação previsto no artº 23º, n.º 1, da Lei n.º 46/79, de 12/09 (e, por maioria de razão, no direito à emissão de parecer prévio, contido no artº 24º do mesmo diploma).

3. Solicitado, pela Provedoria de Justiça, a fundamentar tal entendimento, veio o Conselho de Gerência da CP a esclarecer que a unidade em questão – UTML – não era qualificável como estabelecimento, por lhe faltar a autonomia funcional (económica e jurídica) que integram a respectiva a noção. Assim, não se tratando de um estabelecimento, não seria a situação enquadrável do artº 24º, n.º 1, alínea h) da Lei das Comissões de Trabalhadores.

4. O Provedor de Justiça, sublinhando que o legislador não se cinge a uma única noção de "estabelecimento", lançando mão de diferentes conceitos de estabelecimento de acordo com a realidade que está a regular, concluiu que o artº 24º, n.º 1º, alínea h), não teve em vista a noção de "estabelecimento comercial" a que a CP se reportava. A *ratio legis* do preceito facilmente permite concluir que a realidade visada pelo legislador foi a de espaço físico, a de local de trabalho.

5. Pelo que concluiu pela obrigação legal da CP solicitar parecer prévio à comissão de trabalhadores relativamente à transferência da unidade em apreço.

6. Expressa tal posição junto do referido conselho de gerência, veio o mesmo a acatá-la, tendo solicitado à comissão de trabalhadores o parecer prévio em causa.

R-2770/02
Assessor:Margarida Santerre

Assunto: Enquadramento incorrecto de uma trabalhadora no regime de protecção social dos funcionários e agentes da Função Pública.

Objecto: Regularização, perante a segurança social, da situação do errado enquadramento (e inscrição) na Caixa Geral de Aposentações (CGA), de uma trabalhadora que exerceu funções como secretária pessoal de membros de Governo, na Secretaria de Estado da Habitação e Comunicações, no Ministério da Educação e no Ministério da Cultura, entre 29.12.1995 e 28.02.2002.

Decisão: Anulação dos períodos contributivos da interessada junto da CGA; devolução à mesma das quantias pagas a título de quotizações e enquadramento da beneficiária no regime geral da segurança social mediante pagamento dos respectivos descontos e preenchimento das declarações de remunerações.

Síntese:

1. Entre 29.12.1995 e 28.02.2002, a reclamante exerceu funções de secretária pessoal de membros do Governo, nos Gabinetes da Secretária de Estado da Habitação e Comunicações, do Ministro da Educação e do Ministro da Cultura.

2. Por lapso das secretarias-gerais daqueles três ministérios, a interessada foi indevidamente inscrita na CGA e foram pagas àquela entidade as quotizações respectivas.

3. Em Maio de 2002, ao encontrar-se em situação de desemprego involuntário, a beneficiária requereu ao Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social (CDSSS) de Lisboa a atribuição de prestações de desemprego. Tal requerimento veio a ser indeferido com fundamento na ausência de prazo de garantia, nos termos do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 119/99, de 14 de

Abril. Paralelamente, foi determinada a suspensão do pagamento das prestações familiares que vinha recebendo pelo encargo das suas duas filhas menores.

4. Verificou-se, então, que os descontos da interessada haviam sido canalizados para a CGA (regime de protecção social da Função Pública) e não para o CDSSS de Lisboa (Sistema de Segurança Social), como o deveriam ter sido, uma vez que a interessada era trabalhadora por conta de outrem e não funcionária ou agente da Administração Pública.

5. Atentas as dificuldades surgidas nas tentativas empreendidas pela reclamante junto da CGA e do CDSSS de Lisboa para correcção do enquadramento irregular e das suas consequências ao nível do acesso às prestações sociais a que tinha direito, a beneficiária solicitou a intervenção da Provedoria de Justiça.

6. De imediato foram realizadas diligências junto da CGA, no sentido de esta entidade reembolsar a reclamante das quantias que esta pagara a título de quotizações. Na sequência desta diligência, a CGA veio a devolver à interessada, em 30.01.2003, a quantia de € 9.883,16.

7. Simultaneamente, os serviços da Provedoria de Justiça realizaram várias diligências junto das secretarias-gerais dos três ministérios visados, no sentido de estas procederem à elaboração e entrega, junto do CDSSS de Lisboa, das declarações de remunerações relativas aos períodos em que a reclamante prestou actividade em cada uma daquelas entidades.

8. Entre os meses de Maio e Junho de 2003, as três secretarias-gerais realizaram o pagamento das contribuições em falta, mas não elaboraram (caso da Secretaria-Geral do Ministério das Obras Públicas Transportes e Habitação) ou elaboraram incorrectamente (caso da Secretaria-Geral do Ministério da Educação e da Secretaria-Geral do Ministério da Cultura) as declarações de remunerações correspondentes.

9. Alertadas para o efeito, pelo CDSSS de Lisboa, todas se prontificaram a corrigir a situação, com a maior brevidade possível.

10. Em face da acção mediadora da Provedoria de Justiça, teve lugar o correcto enquadramento da reclamante no regime geral de segurança social; foram-lhe restituídas as quotizações indevidamente descontadas para a CGA; foi restabelecido o pagamento das prestações familiares a que tinha direito (em Fevereiro de 2003) e foram tomadas as medidas necessárias ao registo adequado das suas remunerações no regime geral de segurança social para efeitos de reapreciação, pelo CDSSS de Lisboa, do direito às prestações de desemprego que a interessada, oportunamente, requerera.

R-2814/02
Assessor: Rita Cruz

Assunto: Subsídio de Desemprego. Militares em regime de contrato ou de voluntariado.

Objecto: Não caracterização da situação de desemprego como "desemprego involuntário". Decreto Lei n.º 320-A/2000, de 15.12.

Decisão: Arquivamento do processo por falta de fundamento da queixa, ao abrigo do artigo n.º 31 da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril (Estatuto do Provedor de Justiça).

Síntese:

1. O reclamante, ex-militar em regime de contrato, veio contestar o indeferimento do seu requerimento apresentado com vista à atribuição das prestações de desemprego.

2. O reclamante prestou serviço militar por um período de 3 anos, não tendo apresentado junto do Exército, como lhe seria permitido nos termos da Lei n.º 174/99, de 21 de Setembro, qualquer pedido de renovação do contrato.

3. Na data em que o reclamante cessou a prestação de serviço militar encontrava-se já em vigor o Decreto-Lei n.º 320-A/2000, de 15.12. que regula o regime de atribuição de incentivos aos cidadãos que prestem serviço militar nos regimes de contrato e de voluntariado.

4. Estabelece o artigo 25º do diploma supra referido que finda a prestação de serviço os militares que prestaram serviço efectivo em regime de contrato ou de voluntariado têm direito às prestações de desemprego nos termos estabelecidos no Decreto-Lei n.º 119/99, de 14 de Abril.

O que significa que o legislador pretendeu atribuir aos militares que terminaram o seu contrato, a possibilidade de se habilitarem às prestações de desemprego, mas sempre no respeito pelas regras definidas na lei geral que regula a atribuição do subsídio de desemprego.

5. Estabelece o artigo 6º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 119/99, de 14 de Abril que é considerado desemprego toda a situação decorrente da *inexistência total e involuntária de emprego do beneficiário com capacidade e disponibilidade para o trabalho.*

6. Entende a segurança social, nomeadamente, na Orientação Técnica – Circular n.º 13 de Julho de 1994 que, quando um militar em regime de contrato ou de voluntariado não renove, por sua iniciativa, a prestação de serviço até aos limites máximos de prorrogação permitidos por lei (salvo nos casos em que exista recusa justificada dessa prorrogação), esse militar não poderá aceder às prestações de desemprego, atenta a cessação voluntária (a ele imputável) da prestação de serviço militar e consequentemente o não preenchimento de um dos requisitos essenciais para atribuição das prestações de desemprego: a inexistência de uma situação de desemprego involuntário.

7. Considerou a Provedoria de Justiça razoável e consentânea com a letra e espírito da lei a posição defendida pela segurança social, pelo que foi determinado o arquivamento do processo e enviado ofício de elucidação ao reclamante.

R-2857/02
Assessor: Margarida Santerre

Assunto: Articulação do novo regime de protecção nos acidentes em serviço e doenças profissionais (Decreto-Lei n.º 503/99, de 20 de Novembro) com o regime jurídico das pensões de preço de sangue (Decreto-Lei n.º 466/99, de 6 de Novembro).

Objecto: Não encaminhamento, pela Directoria Nacional da Polícia Judiciária à Caixa Geral de Aposentações, do processo por acidente em serviço – de que resultou a morte de um inspector da Sub-Directoria do Porto da Polícia Judiciária – para efeitos de atribuição de protecção por morte aos seus ascendentes.

Decisão: Pagamento aos ascendentes do vitimado de uma pensão por morte e clarificação pela Procuradoria-Geral da República, através de parecer emitido para o efeito, do regime aplicável em caso de acidente mortal em serviço de funcionário ou agente militar ou militarizado, ocorrido após 1.05.2000.

Síntese:

1. Em 25.01.2001, o filho do reclamante (de 29 anos de idade) que exercia funções de Inspector da Polícia Judiciária ao serviço da Brigada de Combate ao Banditismo, foi atingido por uma rajada de uma arma automática, tendo morrido na sequência dos ferimentos sofridos.

2. A título de indemnização, os pais do falecido receberam a quantia de €49879, a coberto do seguro de vida de que o vitimado beneficiava em razão do risco próprio da sua profissão. Além deste valor, nada mais foi atribuído aos seus herdeiros.

3. Inconformado com o valor exíguo da indemnização recebida, tendo em conta não só a pouca idade do filho, como o facto de ele contribuir, mensalmente, com uma parte considerável do seu vencimento para o sustento dos pais (com quem ainda

vivia), o pai dirigiu-se à Provedoria de Justiça questionando sobre se, efectivamente, não teria direito a qualquer tipo de protecção adicional.

4. Analisados os contornos da situação, depressa se constatou que, por lapso dos Serviços de Pessoal da Polícia Judiciária, o processo de acidente por morte do inspector em causa não havia sido remetido à Caixa Geral de Aposentações para atribuição de eventuais pensões (de sobrevivência, por morte ou de preço de sangue).

5. Em face dessa omissão, a Provedoria de Justiça interveio junto da Polícia Judiciária, tendo aqueles Serviços, na sequência dessa diligência, remetido à Caixa Geral de Aposentações, em 15.11.2002, o processo em questão.

6. Tendo recebido o processo, a CGA adoptou as medidas necessárias à sua instrução, nos termos do Decreto-Lei n.º 503/99, de 20 de Novembro, que veio estabelecer o novo regime de acidentes em serviço dos funcionários e agentes públicos, tendo atribuído, em Agosto de 2003, duas pensões por morte aos ascendentes do falecido, cada uma no valor de 15% do seu vencimento à data do óbito.

7. Não obstante a satisfação da pretensão do reclamante, a Provedoria de Justiça entendeu conveniente prosseguir a instrução do processo junto da Secretaria de Estado da Administração Pública, por forma a ver esclarecida a articulação entre o novo regime de protecção nos acidentes em serviço e doenças profissionais (Decreto-Lei n.º 503/99, de 20 de Novembro) com o regime jurídico das pensões de preço de sangue (Decreto-Lei n.º 466/99, de 6 de Novembro). Isto por entender que o primeiro diploma não revogou o segundo, daí devendo resultar a atribuição de pensões de preço de sangue aos herdeiros de militares falecidos em acidentes de serviço, ainda que posteriores a 1 de Maio de 2000, as quais são tendencialmente superiores às pensões por morte calculadas de acordo com o Decreto-Lei n.º 503/99, de 20 de Novembro.

8. Em 30.12.2003, o Secretário de Estado do Orçamento – que, entretanto, entendera auscultar sobre o assunto a Procuradoria-Geral da República – veio dar conhecimento da homologação do Parecer n.º 62/2003, emitido pela PGR em 26.09.2003, no qual se acolheu, na íntegra, a posição sustentada pela Provedoria de Justiça a propósito da matéria, concluindo que:

a) O Decreto-Lei n.º 503/99, de 20 de Novembro não revogou o Decreto-Lei n.º 466/99, de 6 de Novembro;

b) O Decreto-Lei n.º 503/99 se aplica ao pessoal militar e militarizado apenas quanto à reparação de situações de incapacidade permanente;

c) *Aos acidentes em serviço de que resulte (ou tenha resultado) a morte de militares, a partir de 1.05.2000, e às doenças adquiridas ou agravadas em serviço de que resulte também a morte cujo diagnóstico final seja posterior àquela data, aplica-se o regime jurídico das pensões de preço de sangue previsto no Decreto-Lei n.º 466/99.*

9. O processo na Provedoria de Justiça foi arquivado, considerando que a interpretação e a aplicação dos diplomas legais em apreço passou a realizar-se de acordo com a posição defendida por este órgão do Estado.

R-2929/02
Assessor: Margarida Santerre

Assunto: Reposição de subsídio mensal vitalício.

Objecto: Inexigibilidade das prestações mensais correspondentes ao subsídio mensal vitalício indevidamente pagas, nos casos em que não estão reunidas as condições para a sua atribuição, mas se encontra ultrapassado o prazo legal de revogação do acto ilegal de concessão do direito (artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 133/88, de 20 de Abril e ponto III do Despacho n.º 143/SESS/92, de 24.07.1992).

Decisão: Anulação, pelo CDSSS de Lisboa, da nota de reposição no valor de € 6798,77 (seis mil setecentos e noventa e

oito euros e setenta e sete cêntimos) relativa às mensalidades de subsídio mensal vitalício, oportunamente, remetida ao beneficiário.

Síntese:

1. Entre Março e Novembro de 1992 e Novembro de 1997 e Janeiro de 2002, o reclamante recebeu prestações de subsídio mensal vitalício, reconhecidas em função da situação de dependência do seu filho (diabético), no valor de € 6798,77.

2. Em Março de 2002, veio a verificar-se que o descendente do reclamante constava inscrito como beneficiário junto do CDSSS de Setúbal, desde Março de 1992, o que de acordo com os artigos 16.º e 38.º do Decreto-Lei n.º 133-B/97, de 30 de Maio, impedia o seu acesso àquele tipo de prestações.

3. Em face desta constatação, em Março de 2002, o CDSSS de Lisboa procedeu à suspensão da atribuição do subsídio mensal vitalício e exigiu todas as quantias pagas ao beneficiário, a esse título.

4. Solicitada a intervenção deste Órgão do Estado, foi feita uma intervenção junto do CDSSS de Lisboa, chamando a atenção daquele centro para o facto de estarem ultrapassados os prazos de revogabilidade de ambos os actos de atribuição ilegal de prestações, pelo que não assistia àquela entidade o direito de exigir o indevidamente pago, mas tão-só de suspender o pagamento do subsídio para o futuro, de acordo com os artigos 15.º, 16.º e 17.º do Decreto-Lei n.º 133/88, de 20 de Abril conjugado com o ponto III do Despacho n.º 143/SESS/92, de 24 de Julho, e com o artigo 41.º, n.º 3 da Lei n.º 28/84, de 14 de Agosto, Lei de Bases da Segurança Social então em vigor.

5. A par da diligência realizada junto do CDSSS de Lisboa e atenta a crescente emissão indevida de notas de reposição por parte dos vários centros distritais, foi igualmente solicitada a intervenção do Instituto de Solidariedade e Segurança Social (ISSS), por forma a clarificar os procedimentos a adoptar nos casos de situações de pagamento indevido de prestações.

6. Em resposta, o CDSSS de Lisboa veio informar que havia reavaliado a situação reclamada e que procedera à anulação da nota de reposição remetida ao beneficiário.

7. Não tendo o Instituto de Solidariedade e Segurança Social tomado posição relativamente às observações feitas por este Órgão do Estado e decorridos 5 meses da formulação das mesmas, o Provedor de Justiça entendeu dever dar conta da situação a Sua Excelência a Secretária de Estado da Segurança Social.

8. Imediatamente após essa diligência, foi recebido um ofício do ISSS informando que tem vindo a divulgar orientações junto dos vários serviços de segurança social sobre a correcta aplicação do regime jurídico das prestações sociais indevidamente pagas e que a futura unificação dos vários sistemas informáticos num único sistema de informação, prevista para muito breve, irá permitir resolver completamente a presente problemática.

R-2994/02
Assessor: Mónica Duarte Silva

Assunto: Cálculo dos valores a pagar pelos utentes dos Programas de "Turismo Sénior" do INATEL.

Objecto: Foi questionada a forma de contabilização dos rendimentos dos utentes dos Programas de Turismo Sénior, para efeitos da respectiva integração nos escalões de pagamento (ponto 3. do Regulamento do Programa de Turismo Sénior 2003), já que, no que respeita aos casais, tal regulamento distinguia (tendo em vista a integração em um dos 4 escalões de pagamento), a forma como eram contabilizados os rendimentos dos utentes pensionistas, dos não pensionistas, penalizando estes últimos.

Decisão: Após intervenção da Provedoria de Justiça, a Direcção do INATEL deliberou proceder à alteração das regras para apuramento dos rendimentos dos casais

participantes nos programas de turismo sénior, com efeitos a partir do ano de 2004, uniformizando-as no que toca aos casais pensionistas e não pensionistas.

Síntese:

1. De acordo com os pontos 3.5 e 3.7 do Regulamento do Programa de Turismo Sénior 2003, os casais de pensionistas que desejem usufruir de uma viagem do Programa de Turismo Sénior, têm que apresentar as declarações indicando o valor das pensões auferidas, passadas pelas respectivas instituições (Caixa Geral de Aposentações, Centro Nacional de Pensões ou outras), sendo certo que a contabilização das mesmas é feita individualmente.

2. Daqui resulta que, embora sendo um casal, cada cônjuge verá a sua situação ser apreciada separadamente, podendo ocorrer, por exemplo, que um dos cônjuges seja integrado no 1º escalão e o outro se veja integrado no 4º.

3. Diferentemente, de acordo com os pontos 3.12 e 3.14 do Regulamento, os casais não pensionistas (com 60 anos ou mais), terão que apresentar modelo 3 referente ao IRS 2002, acompanhado da nota de liquidação respeitante ao rendimento bruto para efeitos de IRS 2002. O valor do rendimento bruto será dividido por dois e, posteriormente, por 14 meses, baseando-se a integração no escalão no valor que daí resultar, e sendo este aplicável a ambos os cônjuges.

4. Daqui se conclui que, contrariamente ao que acontece aos casais de pensionistas, a apreciação da situação dos casais não pensionistas é feita conjuntamente, sendo fixado escalão igual para ambos, mesmo que um deles não aufira rendimentos ou que os aufira a um nível baixo e que, se analisado separadamente, integraria o escalão mínimo.

5. Verificando-se que a distinção entre casais de pensionistas e casais de não pensionistas, nos termos supra descritos, era manifestamente prejudicial a estes últimos e consubstanciava a uma infundada injustiça, foi a Direcção do INATEL alertada para o problema e convidada a proceder a uma

uniformização das regras de apuramento dos rendimentos dos casais que nele pretendessem participar.

6. A posição da Provedoria de Justiça foi acatada, tendo a Direcção do INATEL deliberado proceder à alteração das regras para apuramento dos rendimentos dos casais participantes nos programas de turismo sénior, uniformizando-as no que toca aos casais pensionistas e não pensionistas. Assim, e a partir do próximo Programa Turismo Sénior – 2004, o pagamento das viagens por parte dos utentes será calculado em função dos rendimentos efectivos, a comprovar mediante a apresentação pelos participantes da declaração de IRS, quer sejam ou não casais de pensionistas.

R-3308/02
Assessor: Margarida Santerre

Assunto: Segurança social. Reposição de prestações recebidas a título de subsídio de desemprego e de subsídio social de desemprego.

Objecto: Inexigibilidade dos montantes pagos a título de protecção no desemprego, quando não estiverem reunidas as condições para a sua atribuição, mas se encontre ultrapassado o prazo legal de revogação do acto ilegal de concessão do direito (artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 133/88, de 20 de Abril, e ponto III do Despacho n.º 143/SESS/92, de 24.07.1992).

Decisão: Anulação das notas de reposição remetidas à beneficiária pelo Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social (CDSSS) de Évora, no valor, respectivamente, de € 12 423,60 e de € 5936,50.

Síntese:

1. Entre 22.10.1997 e 21.06.2000, a reclamante recebeu prestações de desemprego, no valor de € 12 423,60 e, entre

21.06.2000 e 22.01.2002, recebeu prestações relativas a subsídio social de desemprego, no valor de € 5936,50.

2. Em Maio de 2002, o CDSSS de Évora informou a beneficiária da necessidade de repor a totalidade das quantias percebidas, na sequência da informação recebida da parte do Centro Nacional de Pensões, segundo a qual a beneficiária já era pensionista por invalidez à data da atribuição das prestações de desemprego.

3. Efectivamente e de acordo com o artigo 47.º do Decreto-Lei n.º 119/99, de 14 de Abril – que regula a protecção social no desemprego – as prestações de desemprego não são cumuláveis com pensões atribuídas pelos regimes do sistema de segurança social ou de outro sistema de protecção social de inscrição obrigatória, incluindo o da Função Pública [cfr. o n.º 1, alínea b)].

4. Sucede que, à data em que o CDSSS de Évora se propôs revogar os dois actos ilegais de atribuição do subsídio de desemprego, já se encontravam ultrapassados todos os prazos de revogabilidade dos mesmos, pelo que não assistia àquela entidade o direito de exigir o indevidamente pago, de acordo com os artigos 15.º, 16.º e 17.º do Decreto-Lei n.º 133/88, de 20 de Abril, conjugado com o ponto III do Despacho n.º 143/SESS/92, de 24 de Julho, e com 41.º, n.º 3 da Lei n.º 28/84, de 14 de Agosto, Lei de Bases da Segurança Social, então ainda em vigor.

5. Em face desta constatação, a Provedoria de Justiça solicitou ao CDSSS de Évora a reapreciação do processo da beneficiária, com vista a avaliar da necessidade de proceder à anulação das duas notas de reposição em questão. A par desta intervenção, e após apresentação de queixa junto deste Órgão do Estado, a interessada interpôs recurso hierárquico da decisão daquele centro distrital.

6. O processo foi, então, remetido à Unidade de Desemprego do Instituto de Solidariedade e Segurança Social, acompanhado de toda a documentação relevante, incluindo o parecer emitido pela Provedoria de Justiça, a propósito da reposição exigida, para decisão sobre o recurso hierárquico.

7. Após contacto estabelecido com o Instituto de Solidariedade e Segurança Social foi apurado que o recurso interposto mereceu provimento, em 30.05.2003, e que as considerações tecidas pela Provedoria de Justiça foram determinantes para o sentido da decisão tomada.

R-3642/02
Assessor: Mónica Duarte Silva

Assunto: Segurança social. Subsídio de desemprego.

Objecto: Indeferimento de subsídio de desemprego requerido ao abrigo do artº 7º, n.º 1, d) e n.º 5, do Decreto-Lei n.º 119/99, de 14/04. Ónus da prova da situação a que se refere o n.º 5 do preceito em causa. Deficiente instrução do processo por parte do Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social (CDSSS) de Setúbal.

Decisão: O CDSSS de Setúbal acolheu a posição da Provedoria de Justiça, e fazendo uso das competências legalmente fixadas no artº 66º e 67º do Decreto-Lei n.º 119/99, de 14/04, confirmou a situação de facto que serviu de base à pretensão da reclamante, tendo daí resultado a atribuição do subsídio de desemprego à interessada.

Síntese:

1. Em 31.08.2001, a reclamante celebrou com a sua entidade patronal um acordo de cessação de contrato de trabalho, motivado pelo decréscimo da actividade da respectiva entidade empregadora e as consequentes dificuldades financeiras, o que fundamentava a extinção do respectivo posto de trabalho.

2. Em 15.10.2001, a reclamante entregou no Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social (CDSSS) de Setúbal, o requerimento para atribuição do subsídio de desemprego, acompanhado dos documentos que se refere o artº 65º, n.º 1, do aludido diploma legal e, ainda, de uma declaração da entidade

patronal onde esta sumariamente explicava as razões de tal acordo de cessação.

3. O requerimento apresentado pela reclamante veio a ser indeferido pelo CDSSS de Setúbal, com fundamento no facto da "beneficiária não ter provado que essa rescisão estava inserida num processo de redução de efectivos, por motivos de reestruturação, viabilização ou recuperação da empresa".

4. Solicitada a intervenção do Provedor de Justiça, e após auscultação do CDSSS em causa, concluiu-se estar a ser feita, por parte dos respectivos serviços, uma incorrecta aplicação da lei, fazendo indevidamente recair sobre a beneficiária o ónus da prova relativamente à situação a que se reporta o artº 7º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 119/94, de 14/04.

5. Resulta da lei – artº 66º, n.º 1 – que o ónus da prova da situação a que se reporta o artº 7º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 119/94, de 14/04, cabe à entidade empregadora. Falhando esta, competirá à Inspecção-Geral do Trabalho, a solicitação da instituição de segurança social competente, avaliar a fundamentação invocada, requerendo os documentos que repute pertinentes e efectuando as diligências que entenda necessárias (artº 67º, n.º 2, do diploma em apreço).

6. Feito o devido reparo ao Director do Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social de Setúbal, foi a posição da Provedoria de Justiça acatada, tendo daí resultado a atribuição do subsídio de desemprego à interessada.

R-4026/02
Assessor: Mónica Duarte Silva

Assunto: Dispensa temporária do pagamento de contribuições à segurança social, ao abrigo do Decreto-Lei n.º 89/95, de 6 de Maio.

Objecto: Direito da entidade patronal à dispensa temporária do pagamento de contribuições para a segurança social,

relativamente à contratação de jovens à procura do primeiro emprego e de desempregados de longa duração (Decreto-Lei n.º 89/95, de 6/05). Instrução do processo no que respeita ao requisito legal da caracterização do contrato como "contrato sem termo".

Decisão: Concluiu-se que o Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social de Lisboa, por não ter promovido a adequada instrução do processo, considerou, indevidamente, tratar-se de um contrato de trabalho a termo, tendo, consequentemente, indeferido o pedido apresentado pela empresa requerente.

Síntese:

1. A empresa reclamante solicitou ao Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social de Lisboa (CDSSSL) a dispensa temporária do pagamento de contribuições relativamente a uma trabalhadora que reunia os requisitos do Decreto-Lei n.º 89/95, de 6 de Maio.

2. O pedido foi indeferido pelo CDSSSL por ter considerado que o contrato de trabalho em causa era um contrato a termo, o que, nos termos da lei, impediria o acesso à dispensa temporária de contribuições.

3. Compulsado o processo e analisado o contrato de trabalho junto ao mesmo, entendeu a Provedoria de Justiça que do seu teor não era possível concluir, como o fez o CDSSSL, que se tratava de um contrato a termo.

4. Com efeito, embora o contrato remetesse para o regime do artº 41º, n.º 1, a), do Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27/02 – o que indiciaria tratar-se de um contrato de trabalho a termo – verificou-se que, quer a respectiva denominação *("Contrato Sem Termo")*, quer, sobretudo, o regime nele gizado e constante do seu clausulado, indiciavam justamente o contrário, ou seja, que se tratava de um contrato por tempo indeterminado.

5. Assim sendo, da simples leitura do contrato não era possível concluir qual o regime visado pelas partes, não sendo

correcta a conclusão, sem mais, de que se tratava de um contrato a termo, com o consequente indeferimento do pedido.

6. Nesta perspectiva, a Provedoria de Justiça procedeu à auscultação do Director do Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social de Lisboa, chamando a sua especial atenção, nomeadamente:

a) Para o facto de que perante a contradição que do contrato de trabalho resultava, os serviços daquele Centro deveriam ter tentado esclarecer junto das partes – entidade patronal (requerente) e trabalhador (beneficiário) – de que tipo de contrato de trabalho se tratava;

b) A instrução do processo nos serviços da segurança social deveria, assim, ter continuado, até ao esclarecimento cabal dessa questão, que se mostrava essencial a uma tomada de decisão devidamente fundamentada por parte do CDSSSL;

c) Que, quer os factos, quer o próprio regime jurídico do contrato de trabalho a termo, permitiriam alcançar, justamente, a conclusão contrária àquela a que os serviços haviam chegado. Com efeito, ainda que por mera hipótese as partes tivessem tido em mente a celebração de um contrato de trabalho a termo, esse contrato, viria sempre, a ser considerado sem termo, por força do artº 42º, n.º 3, do Decreto-Lei 64-A/89, de 27/02.

7. Face ao exposto, a Provedoria de Justiça concluiu que o CDSSSL não promoveu uma adequada instrução do processo, não tendo, nomeadamente, ponderado correctamente todos os elementos de que dispunha, pelo que deveria proceder à reapreciação do assunto.

8. O CDSSSL veio a acolher a posição sustentada pela Provedoria de Justiça, tendo procedido à reapreciação do respectivo processo e concluído pelo deferimento do pedido oportunamente apresentado pela entidade reclamante.

R-293/03
Assessor: Diogo Nunes dos Santos

Assunto: Assistência na saúde no âmbito do subsistema da ADSE. Cessação da qualidade de beneficiária titular da ADSE. Indeferimento do pedido de reinscrição como beneficiária titular daquele subsistema. Aplicação do Decreto-Lei n.º 118/83, de 25 de Fevereiro.

Objecto: Intervenção junto da ADSE com vista à regularização da situação da reclamante.

Decisão: O processo foi arquivado, uma vez que a ADSE acolheu a posição da Provedoria de Justiça, tendo procedido à reinscrição da reclamante como beneficiária titular.

Síntese:

1. A reclamante foi, numa primeira fase, beneficiária familiar da ADSE, perdendo essa qualidade quando iniciou a sua actividade laboral.

2. Posteriormente, por força do disposto no Decreto-Lei n.º 321/88, de 22 de Setembro, a interessada, professora do ensino secundário particular e cooperativo, passou a estar abrangida por um regime misto de protecção social. Por um lado, passou a descontar para a Caixa Geral de Aposentações (regime de protecção social da Função Pública) – exclusivamente para efeito de atribuição das prestações diferidas (aposentação por velhice ou invalidez) – e para o regime geral de segurança social (apenas para efeito da atribuição das prestações imediatas, nomeadamente, subsídios de desemprego, doença e maternidade).

3. Ao abrigo do artigo 8.º do referido diploma legal, o externato onde a interessada leccionava celebrou um acordo com a ADSE, pelo que a interessada e as demais professoras daquele estabelecimento puderam ser inscritas como beneficiárias titulares daquele subsistema de saúde.

4. Em Julho de 1993, a reclamante (e as demais docentes do externato ...) foi ilicitamente despedida, conforme veio a reconhecer, aliás, o Tribunal do Trabalho de Lisboa por sentença de 11.02.1998 (transitada em julgado).

5. Na sequência desse despedimento ilícito (consubstanciado no encerramento abusivo do referido externato) e até 23.02.1994 – data em que a interessada se aposentou por invalidez em resultado da deliberação da Junta Médica da Caixa Geral de Aposentações (CGA) –, e uma vez que ainda não tinha sido proferida sentença no Tribunal do Trabalho de Lisboa, a situação da beneficiária junto da ADSE ficou indefinida, tendo a ADSE determinado, entretanto, a cessação da qualidade de beneficiária.

6. A interessada reclamou junto da ADSE da decisão que determinara a cessação dos benefícios daquele subsistema de saúde, mas sem sucesso. Efectivamente, a ADSE sustentava que a interessada deixara de proceder a descontos para a CGA e para a ADSE no período compreendido entre Julho de 1993 e 23.02.1994 (data da aposentação) e que, até por isso, se aposentara na qualidade de ex-subscritora da CGA.

7. Não conformada com a posição da ADSE, queixou-se a interessada ao Provedor de Justiça. Analisada a situação, verificou-se assistir razão à reclamante na sua pretensão de ser considerada beneficiária titular da ADSE, uma vez que não se apurara ter existido qualquer responsabilidade sua na cessação da respectiva relação laboral e na consequente interrupção dos descontos para a CGA e para a ADSE. Por outro lado, a sentença judicial viera entretanto reconhecer não só a ilicitude do despedimento da reclamante (e das demais professoras), mas também o direito às retribuições perdidas no período em causa e à respectiva indemnização. O facto da sentença ter sido omissa quanto aos direitos de protecção social, o certo é que tal não se demonstrava relevante, uma vez que a condenação da entidade patronal no pagamento das retribuições perdidas implicaria, nos termos da lei, a obrigatoriedade de proceder aos descontos para a

CGA, ADSE e segurança social relativamente ao período em causa.

8. Neste sentido, procedeu-se à auscultação da direcção da ADSE com vista à regularização da situação da reclamante.

9. A ADSE veio a acolher a posição sustentada pela Provedoria de Justiça, tendo procedido à reinscrição da reclamante como beneficiária titular daquele subsistema de saúde.

R-1247/03
Assessor: Fátima Monteiro Martins

Assunto: Subsídio mensal vitalício e pensão social.

Objecto: Exigência de reposição das prestações indevidamente pagas devido à situação de acumulação de subsídio mensal vitalício com pensão social e instauração de processo de contra-ordenação por falta de comunicação determinante da concessão indevida de prestações.

Decisão: O Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social de Lisboa anulou a guia de reposição e arquivou o processo de contra-ordenação ao reconhecer não ter havido qualquer falta de comunicação por parte do reclamante.

Síntese:

Pelo reclamante foi solicitada a intervenção do Provedor de Justiça junto do Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social de Lisboa, por lhe ter sido enviada guia de reposição das prestações de subsídio mensal vitalício pagas indevidamente e lhe ter sido exigido o pagamento de uma coima.

Com efeito, sendo beneficiário daquele subsídio, pelo facto de a sua filha ser portadora de trissomia 21, requereu para ela a pensão social, beneficiando das duas prestações simultaneamente durante um período de quase dois anos, sem saber não ser legalmente possível a sua cumulação. A situação constituía um

caso de pagamento de prestações indevidas e, quando foi detectada pela segurança social, invocou esta a falta de informação que legalmente impendia sobre o reclamante, para exigir a restituição dos valores do subsídio mensal vitalício indevidamente pagos, e instaurar o processo de contra-ordenação.

Diligenciou a Provedoria de Justiça, em primeiro lugar, apurar se quando pelo reclamante fora requerida, para a sua filha, a pensão social, comunicara ao Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social de Lisboa encontrar-se a receber o subsídio mensal vitalício, informação a que se encontrava legalmente obrigado para possibilitar a cessação do pagamento, pelos serviços, desta segunda prestação.

Tendo verificado que a informação fora efectivamente prestada, e que ao reclamante não podia, assim, ser imputada qualquer responsabilidade pelo pagamento indevido das prestações de subsídio mensal vitalício e nem acção que configurasse contra-ordenação, interveio a Provedoria de Justiça junto do centro distrital nestes termos, e invocou a necessidade de aqueles serviços disporem de um sistema de articulação de elementos e informações, nos termos decorrentes da Lei de Bases da Segurança Social (cfr. artigo 119.º da Lei n.º 32/2002, de 20 de Dezembro), que permitisse evitar situações desta ordem.

Em resultado, foi reconhecida pelo centro distrital a impossibilidade de exigência da restituição ao reclamante, tendo sido, consequentemente, anulada a guia de reposição emitida e arquivado o processo de contra-ordenação.

R-1677/03
Assessor: Diogo Nunes dos Santos

Assunto: Aplicação do acordo para fornecimento de medicamentos celebrado entre o Ministério da Saúde e a Associação Nacional de Farmácias.

Objecto: Verificação junto de todas as administrações regionais de saúde da correcta aplicação do Acordo para fornecimento de medicamentos celebrado entre o Ministério da Saúde e a Associação Nacional de Farmácias.

Decisão**:** Concluiu-se que existiam algumas situações pontuais de incumprimento do acordo para fornecimento de medicamentos celebrado entre o Ministério da Saúde e a Associação Nacional de Farmácias, mas que após a intervenção da Provedoria de Justiça foram corrigidas.

Síntese:

1. O presente processo teve origem numa queixa apresentada na Provedoria de Justiça, em 11.04.2003, relativa à recusa de fornecimento de medicamentos por parte de farmácia, em virtude da receita não ter mencionada o local de prescrição.

2. Da análise do acordo para fornecimento de medicamentos celebrado entre o Ministério da Saúde e a Associação Nacional de Farmácias, datado de 26 de Março de 2003, bem como da declaração anexa ao mesmo, verificou-se que o receituário prescrito no âmbito do SNS é válido para efeitos de dispensa nas farmácias, com comparticipação, desde que tenha aposta a vinheta do médico.

3. Porém e apesar do acordo expresso neste sentido entre ambas as partes, foi possível apurar, junto da Associação Nacional de Farmácias, que diversas farmácias associadas se queixavam da devolução, por parte das sub-regiões de saúde, dos receituários que não contivessem a vinheta do centro emissor do receituário.

4. Assim, procedeu-se à auscultação de todas as administrações regionais de saúde, solicitando informações sobre a actuação das sub-regiões de saúde relativamente a este assunto.

5. Analisadas as informações prestadas por todas as administrações regionais de saúde, verificou-se existirem, de facto, situações de incumprimento do referido acordo e de devolução indevida de receituários, porém, todas as situações vieram a ser corrigidas na sequência da intervenção da Provedoria de Justiça.

R-1837/03
Assessor: Margarida Santerre

Assunto: Reposição de prestações recebidas a título de subsídio de desemprego.

Objecto: Inexigibilidade dos montantes pagos a título de protecção no desemprego, quando não estiverem reunidas as condições para a sua atribuição, mas se encontre ultrapassado o prazo legal de revogação do acto ilegal de concessão do direito (artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 133/88, de 20 de Abril e ponto III do Despacho n.º 143/SESS/92, de 24.07.1992).

Decisão: Anulação, pelo Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social do Porto, da nota de reposição no valor de € 11 832 (onze mil oitocentos e trinta e dois euros), remetida ao beneficiário.

Síntese:

1. Entre 1.10.1999 e 30.07.2002, o reclamante recebeu prestações de desemprego, no valor de € 11 832.

2. Em Setembro de 2002, o CDSSS de Porto detectou que o reclamante já era pensionista da Caixa Geral de Aposentações, tendo comunicado ao interessado através do Centro Nacional de Pensões, que o valor indevidamente recebido iria ser compensado através de deduções de 1/6 ao valor mensal da pensão de velhice do regime geral de segurança social, que entretanto lhe fora igualmente reconhecida.

3. Efectivamente e de acordo com o artigo 47.º do Decreto-Lei n.º 119/99, de 14 de Abril – que regula a protecção social no desemprego – as prestações de desemprego não são cumuláveis com pensões atribuídas pelo sistema de segurança social ou por qualquer outro sistema de protecção social de inscrição obrigatória, incluindo o da Função Pública [cfr. o n.º 1, alínea b) da referida norma legal].

4. Sucede que, à data em que o CDSSS do Porto se propôs revogar o acto ilegal de atribuição do subsídio de desemprego, já se encontravam ultrapassados todos os prazos de revogabilidade do mesmo, pelo que não assistia àquela entidade o direito de exigir o indevidamente pago, de acordo com os artigos 15.º, 16.º e 17.º do Decreto-Lei n.º 133/88, de 20 de Abril, conjugado com o ponto III do Despacho n.º 143/SESS/92, de 24 de Julho, e com 41.º, n.º 3 da Lei n.º 28/84, de 14 de Agosto, Lei de Bases da Segurança Social, então ainda em vigor.

5. Em face desta constatação, a Provedoria de Justiça solicitou ao CDSSS do Porto a reapreciação do processo do beneficiário, com vista à anulação do débito em questão.

6. Em 18.09.2003, o CDSSS do Porto veio admitir que não recaía sobre o beneficiário a obrigação de repor os montantes recebidos a título de desemprego e que, na mesma data, havia transmitido informações ao CNP, no sentido da anulação do mencionado débito.

R-1849/03
Assessor: Margarida Santerre

Assunto: Regime de protecção social dos membros dos órgãos estatutários das pessoas colectivas.

Objecto: Ausência de protecção no desemprego aos gerentes de sociedades comerciais, nos termos do Decreto-Lei n.º 119/99, de 14 de Abril.

Decisão: Arquivamento do processo por falta de fundamento, nos termos do artigo 31.º, n.º 1, alínea b) da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril – Estatuto do Provedor de Justiça.

Síntese:

1. O reclamante solicitou a intervenção do Provedor de Justiça por entender que o regime de protecção no desemprego vigente – Decreto-Lei n.º 119/99, de 14 de Abril – se afigura

discriminatório ao não contemplar, no seu âmbito pessoal, os membros dos órgãos estatutários das pessoas colectivas.

2. Analisada a questão, constatou-se que de facto, esse universo de beneficiários, está excluído da protecção na eventualidade de desemprego involuntário, mas que na origem dessa exclusão não está um tratamento de natureza discriminatória relativamente aos trabalhadores por conta de outrem.

3. Observou-se, então, ao interessado que essa discriminação não existe, desde logo, porque aos membros dos órgãos estatutários das pessoas colectivas é aplicada uma taxa contributiva inferior àquela aplicável à generalidade dos trabalhadores por conta de outrem - entidade empregadora: 21,25% e membro: 10% -, nos termos do artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 327/93, de 25 de Setembro.

4. Mais foi feito notar ao reclamante que a equiparação total da situação dos administradores, directores e gerentes de sociedades comerciais à dos trabalhadores por conta de outrem não se afigura desejável, por duas razões principais:

a) por um lado porque é aos membros dos órgãos estatutários das pessoas colectivas que incumbe gerir e representar as respectivas sociedades. Logo, o sucesso ou insucesso destas e, em última análise, a manutenção dos seus postos depende do seu próprio empenho, ao contrário do que acontece com os trabalhadores por conta de outrem que se limitam a executar as tarefas e os projectos determinados pelos seus superiores hierárquicos, no âmbito de uma relação jurídica de subordinação;

b) por outro lado, porque é um contrato de mandato que vincula os membros dos corpos sociais à sociedade e não um contrato de trabalho. Sendo o contrato de mandato um contrato de prestação de serviços, por excelência (cfr. artigo 1157.º CC.), não seria viável considerar em situação de desemprego um gerente destituído; que termine o seu mandato; que renuncie às suas funções ou que deixe de o ser por falência da empresa.

5. Elucidado o reclamante em conformidade, foi determinado o arquivamento do processo, ao abrigo do artigo 31.º, n.º 1, alínea b) do Estatuto do Provedor de Justiça.

R-2133/03
Assessor: Fátima Monteiro Martins

Assunto: Contribuições indevidamente pagas à segurança social.

Objecto: Indeferimento do pedido de restituição das contribuições indevidamente pagas por falta de declaração da cessação da actividade como trabalhador independente.

Decisão: O processo foi arquivado, uma vez que o Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social de Leiria acolheu a posição da Provedoria de Justiça, tendo procedido à revogação do despacho que indeferiu o pedido de restituição das contribuições e determinado que o mesmo fosse processado à reclamante.

Síntese:

1. A reclamante apresentou exposição na Provedoria de Justiça pelo facto de não concordar com o indeferimento, por parte do Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social de Leiria, do seu pedido de restituição de contribuições indevidamente pagas.

2. Muito embora tendo já cessado a sua actividade como trabalhadora independente, a reclamante não declarou esse facto junto da segurança social dentro do prazo legal estabelecido no artigo 22.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 328/93, de 25 de Setembro, e prosseguiu com o pagamento de contribuições, já indevidas. Tendo apenas posteriormente vindo apresentar a declaração de cessação de actividade e requerer o reembolso das contribuições entretanto pagas, invocou o centro distrital o fundamento da intempestividade da declaração para proferir a sua decisão de indeferimento do reembolso.

3. Analisada a questão e a legislação aplicável, verificou a Provedoria de Justiça que, não obstante o artigo 22.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 328/93 estipular um prazo para a apresentação da declaração de cessação de actividade à segurança social por parte do trabalhador independente, e o artigo 21.º, n.º 2 caracterizar essa apresentação como um dever, não está fixada no diploma qualquer sanção específica para o incumprimento do prazo, designadamente a não restituição de contribuições indevidamente pagas.

4. Aliás, nos termos dos artigos 128.º e 129.º do Decreto n.º 45266, de 23 de Setembro de 1963, as contribuições desta natureza são restituídas aos interessados desde que o pedido de restituição seja apresentado no prazo de um ano a contar da data do pagamento das contribuições, prazo esse que foi respeitado pela reclamante.

5. Interveio, assim, a Provedoria de Justiça junto do Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social de Leiria para que fosse revista a sua decisão, o que veio a acontecer com a revogação do despacho que indeferiu o pedido de restituição de contribuições da reclamante, e o cumprimento dos trâmites para o processamento da restituição devida.

2.3.3. Pareceres

R-1838/03
Assessor: Mónica Duarte Silva

Entidade Visada: Santa Casa da Misericórdia de Oeiras
Assunto: Cessação unilateral da atribuição de complemento de doença. Valor dos usos em Direito do Trabalho. Limites ao valor do complemento de doença.

1. O presente processo teve em vista a apreciação de uma queixa apresentada por uma trabalhadora da Santa Casa da Misericórdia de Oeiras à qual foi recusado, pela respectiva entidade patronal, o pagamento do complemento do subsídio de doença, contrariando, desta forma, uma prática da empresa com mais de 20 anos.

2. Auscultada sobre o assunto, a entidade visada sustentou a sua posição com os seguintes fundamentos: a) Por um lado, a ilegalidade que consubstanciava o facto do valor do subsídio de doença ser de 40% do total da remuneração. Ou seja, do pagamento de tal complemento resultava que um trabalhador em situação de baixa por doença receberia mais do que um outro trabalhador que se encontrasse em efectividade de funções, o que, no seu entender, violava os princípios da boa fé. b) Por outro lado, a Mesa Deliberativa da SCMO desconhecia a prática relativa ao pagamento de tal complemento e, ao tomar dela conhecimento, verificou não ser possível o apuramento concreto das circunstâncias que teriam determinado o início de tal prática, inexistindo qualquer deliberação, ordem de serviço, nota informativa ou disposição em contrato individual de trabalho relativa a tal assunto.

3. Analisada a questão, a Provedoria de Justiça veio a dar razão à trabalhadora, tendo sustentado a sua posição com os

fundamentos que se transcrevem do ofício oportunamente dirigido à SCMO:

I. As prestações complementares de segurança social em geral

A questão das prestações complementares de segurança social (PCSS) tem sido largamente debatida na doutrina e jurisprudência, tendo surgido, sobretudo, a propósito da Lei dos Instrumentos de Regulamentação Colectiva de Trabalho (LIRCT), – actualmente, Decreto-Lei n.º 519-C1/79, 29/12 – já que o seu artº 6º, n.º 1, e), proíbe (embora com algumas excepções introduzidas em 1992, pelo Decreto-Lei n.º 209/92) que os IRCT estabeleçam ou regulem PCSS.

Esta norma, que já constava anteriormente do Decreto-Lei n.º 887/76, embora garantindo as situações constituídas anteriormente, foi, desde sempre, objecto de grande controvérsia, tendo sido apreciada a própria constitucionalidade do preceito em três acórdãos do Tribunal Constitucional – Acórdão n.º 517/98; Acórdão n.º 634/98 e o Acórdão n.º 123/02.

Por outro lado, para além das dúvidas acerca da constitucionalidade do preceito, a doutrina[106] e a jurisprudência[107], têm-se debruçado sobre a questão que se coloca a propósito de saber se as entidades patronais que, contrariando tal preceito (artº 6º, n.º 1, e), LIRCT), se vinculem por IRCT ao pagamento de PCSS, ficam, ou não, obrigadas ao cumprimento dessa cláusula (ainda que contrária à lei).

---

[106] Vd., entre outros, Francisco Liberal Fernandes "O Direito às Prestações Complementares de Segurança Social no Âmbito dos Regimes Não Profissionais", Questões Laborais, ano III, 1996, n.º 8, pg.132.

[107] Ac. Relação de Lisboa de 27/05/1992, in Col. Jur., XVII, 1992, tomo III, pg. 270-271, anotado por A. Nunes de Carvalho in Revista de Direito e de Estudos Sociais, ano XXXV Col. de Jur., n.ºs 1,2,3,4, pg. 257.

II. O caso concreto: Origem do pagamento do complemento de doença. Valor dos usos em Direito do Trabalho. Impossibilidade da entidade patronal fazer cessar de forma unilateral o pagamento do complemento de doença.

A questão objecto do presente processo *não se confunde*, contudo, com aquelas supra mencionadas, já que o subsídio de doença cujo pagamento se reclama, não resulta de IRCT[108]. Também não resulta, segundo refere V.Exa., de qualquer inclusão em ordem de serviço, nota informativa, deliberação, ou contrato individual de trabalho.

A primeira questão que se coloca, relativamente ao caso concreto, é, pois, a de saber qual a relevância – se é que alguma – que reveste o facto do complemento de doença ter sido pago durante mais de 20 anos, ainda que não estando previsto em nenhum dos veículos formais supra referidos.

O pagamento de tal complemento de doença por um período superior a 20 anos corresponde, claramente, à noção jurídica de "uso", definido como uma prática reiterada que se distingue do "costume" por não ser acompanhado de uma convicção de obrigatoriedade[109].

Assente que estamos perante um *uso*, teremos, contudo, que averiguar qual o seu valor jurídico. O artº 3º, n.º 1, do Código Civil refere que *"Os usos que não forem contrários aos princípios*

---

[108] Com efeito, tem-se colocado a questão de saber se a proibição do artº 6º, n.º 1, e) da LIRCT se limita aos Instrumentos de Regulamentação Colectiva de Trabalho ou se, contrariamente, abarca as PCSS atribuídas por contrato individual de trabalho, regulamento interno ou simples uso da empresa. Parece que a dita proibição se restringe a PCSS contidas em IRCT. Esta é, pelo menos, a opinião de F. Liberal Fernandes in ob. cit. pg. 140, e foi, também, expressamente defendida no Ac. do STJ de 20/01/2000 – in. Acs. Dout. STA, 466, 1349 e no Ac. Tribunal da Relação de 27/05/1992 - in CJ, XVII, 1992, Tomo III, pg. 270-271.
Em sentido diverso mas não suficientemente desenvolvido, A. Nunes de Carvalho, "Pensão Complementar de Reforma e Regulamento da Empresa", in RDES, ano XXXV, 1993, pg. 353-357.

[109] Menezes Cordeiro in "Manual do Direito do Trabalho", Almedina, 1991, pg. 165.

da boa fé são juridicamente atendíveis quando a lei o determine", referindo, por sua vez o artº 12º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 49 408, de 24/11/1969 (LCT) sob a epígrafe "Normas aplicáveis aos contratos de Trabalho" que: *"Desde que não contrariem as normas acima indicadas*[110] *e não sejam contrários aos princípios da boa fé, serão atendíveis os usos da profissão do trabalhador e das empresas, salvo se outra coisa for convencionada por escrito"*.

A propósito do valor do *uso* no âmbito do Direito do Trabalho, pode ler-se no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15/11/2000[111]: *"Na consideração dos usos da empresa para efeitos do artigo 12º, n.º 2, da L.C.T., deverá constatar-se a existência de um elemento objectivo – hábito seguido e praticado de longa data no meio em que se integra – e de um elemento subjectivo – prática constante no âmbito da empresa, por forma a que se possa considerar como tacitamente integrada no contrato de trabalho. Tal noção deverá ser entendida, nos termos do artigo 3º do Código Civil, como prática social observada de forma reiterada, cuja obediência não deriva de qualquer convicção de obrigatoriedade, contrariamente ao que acontece com o costume.*

Os usos da empresa são imediatamente atendíveis sempre que contemplem condições relativamente às quais se verifique uma lacuna legal ou convencional, ou ainda quando esteja em causa a atribuição espontânea pela entidade patronal de prestações mais favoráveis do que as previstas no contrato de trabalho ou nas restantes fontes de direito do trabalho[112]*"*.

Verifica-se assim, sem grande margem para controvérsia, que o pagamento do complemento de doença ora em apreço reveste a natureza de um *uso* que, não contrariando qualquer princípio da boa fé, é juridicamente atendível.

---

[110] A saber: normas de regulamentação do trabalho, as emitidas pelo Ministro da Segurança Social e do Trabalho no âmbito das suas competências e as normas das convenções colectivas de trabalho.
[111] In Ac. Doutrinais do STA, 475, 1053.
[112] Sublinhados nossos.

Chegados a este ponto, não podemos deixar de concluir que, encontrando-se a instituição a que V.Exa., preside vinculada, através de *uso*, ao pagamento de um subsídio de doença, não poderá fazê-lo cessar sem o consentimento dos trabalhadores abrangidos.

Com efeito, e tal como anteriormente foi referido a V.Exa., a jurisprudência tem entendido de forma quase unânime que, tendo a entidade patronal assumido o pagamento de tal complemento, ainda que de forma unilateral e graciosa, não pode retirá-lo sem que, para tal, seja dado o acordo dos trabalhadores. Veja-se, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 08/03/2000[113] onde se lê*: "Ainda que por atribuição unilateral da empregadora, uma vez atribuído o complemento de subsídio de doença, e sendo ele pago ao longo de anos, integra-se no contrato individual de trabalho, de cada um dos trabalhadores, não podendo por aquela ser retirado, a não ser por consenso, pois o núcleo dos direitos e regalias incorporados nos contratos individuais de trabalho está protegido pelo princípio do não retrocesso".* Ou, ainda, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20/01/2000[114], que refere: *"O complemento de doença atribuído incondicionalmente integra-se no contrato individual de trabalho, mesmo que atribuído de forma unilateral e graciosa, não podendo ser retirado ou diminuído".*

III - Limites ao valor do complemento de subsídio de doença. Rectificação da situação tendo em vista os limites legais.

Por outro lado, embora acompanhe V.Exa. nas considerações que tece acerca da impossibilidade legal de um trabalhador ausente por doença auferir um rendimento superior ao que auferiria em circunstâncias normais de prestação de trabalho, já não me revejo nas conclusões que V.Exa. retira de tal facto. Desde logo, não me parece que sejam os princípios da boa fé

---

[113] Publicado in Acórdãos Doutrinais do Supremo Tribunal Administrativo, n.º 470, pg. 268.
[114] In Acs. Dout. STA, n.º 466, pg. 1349

aqueles que contendem com a situação exposta, mas sim os princípios legais subjacentes ao ordenamento jus-laboral e o fim económico e social do próprio direito. Acresce, que não é o subsídio de doença em si mesmo que, de algum modo, fere tais princípios, mas tão-somente o montante desse subsídio.

Aliás, convém referir a tal propósito, que está prevista a alteração do regime jurídico de protecção social na eventualidade de doença no âmbito do subsistema previdencial, cujo projecto de diploma foi submetido à apreciação pública durante 30 dias, a partir do passado dia 20 de Agosto.

De acordo com o projecto do diploma ora em análise, o montante do subsídio de doença pago pela segurança social passará a ser de 50%[115] da remuneração de referência durante os primeiros 30 dias de incapacidade, de 60% nas incapacidades que durem entre 30 e 90 dias; de 70% nas que durem mais de 90 e menos de 365 dias e, finalmente, de 75% nas incapacidades que excedam os 65 dias.

Não se me afigura defensável, a cessação unilateral do subsídio de doença, apenas com o fundamento de que o respectivo montante é excessivo. Desde logo porque esta solução não atende às legítimas expectativas dos trabalhadores que, ao longo de mais de 20 anos, viram ser-lhes garantido, através de um *uso* da empresa (cujo valor jurídico é inquestionável) o pagamento do subsídio em causa, pondo desta forma em causa a tutela da confiança enquanto princípio da boa fé vigente no nosso ordenamento. Mais, a solução preconizada por V.Exa. consubstancia um *venire contra factum proprium*, já que foi a instituição que definiu o montante do subsídio de doença, não se me afigurando legítimo que, volvidos mais de 20 anos, venha invocar uma ilegalidade por si criada, para afastar um direito, entretanto, adquirido pelos trabalhadores visados.

---

[115] As percentagens aqui mencionadas poderão ser objecto de majoração em determinadas situações.

Julgo, assim, que a solução que melhor equilibra os interesses juridicamente tuteláveis ora em ponderação e que, por conseguinte, mais se aproxima da sempre visada justiça, será a redução do subsídio de doença aos limites legalmente aceitáveis. Nessa desejada adaptação deverá, no entanto, ser levada em conta a eventual alteração legislativa respeitante aos montantes do subsídio de doença a cargo da segurança social, conforme supra exposto.

Solicito, pois, a V.Exa. que, à luz do acima exposto, se digne reanalisar a posição tomada a tal respeito, dando conta a este Órgão do Estado do seguimento que o assunto vier a merecer.

Nota: a Santa Casa da Misericórdia de Oeiras, embora mantendo o entendimento que tinha acerca do assunto, veio a acatar a posição da Provedoria de Justiça, tendo retomado o pagamento do complemento de doença, dentro dos limites legalmente aceitáveis.

2.3.4. Censuras, reparos e sugestões à Administração Pública

R-3064/93
Assessor: Diogo Nunes dos Santos

Entidade visada: Ministro da Saúde
Assunto: Recomendação n.º 38/A/2000 e suas reiterações.
Vigilância prestada à Senhora ... durante o recobro de um parto por cesariana realizado em 20.01.1993 na Maternidade Dr. ... lfredo da Costa.

Nota: Na sequência do não acatamento da Recomendação n.º 38/A/2000 e das respectivas reiterações, o Provedor de Justiça determinou o arquivamento do processo por se encontrarem manifestamente esgotadas as suas possibilidades de intervenção sobre o assunto. De qualquer modo, não deixou de formular um reparo final a Sua Excelência o Ministro da Saúde, nos termos do ofício que seguidamente se transcreve.

1. Tenho presente o ofício supra referenciado que agradeço e no qual Vossa Excelência expressa a intenção de não acatar a Recomendação n.º 38/A/00 e respectivas reiterações[116], relativas aos cuidados de saúde prestados na Maternidade Alfredo da Costa, em 20.01.1993, à Senhora ...

Concluo ser essa a posição final do Governo que não diverge substancialmente dos fundamentos da decisão anterior no mesmo sentido, de 25 de Setembro de 2000, tomada pela antecessora de Vossa Excelência e, deste modo, considero

[116] Formulada em 9.05.2000 e que reiterei em 7.01.2002 e 24.09.2002.

esgotadas as minhas possibilidades de intervenção sobre o assunto.

2. Reconheço a plena legitimidade, que de forma nenhuma contesto, da opção assumida de remeter para os tribunais a apreciação da responsabilidade civil extra-contratual em que terá incorrido o Estado, designadamente, quanto à subsistência do nexo de causalidade entre *"a actuação administrativa concreta e o dano efectivamente produzido"*.

Penso porém que, por esta via, se perdeu a possibilidade de repor a legalidade material e, sobretudo, a justiça, que são tarefas nobres e, também, deveres da própria Administração.

Permito-me, nesta conformidade, deixar duas notas.

3. Em primeiro lugar, verifica-se, neste caso concreto, que uma parturiente entra num estabelecimento de saúde no uso pleno das suas faculdades e sai de lá totalmente incapaz para ter uma vida normal e independente. Não se tratava de uma situação especialmente perigosa ou de risco, não se apontam causas específicas próprias da parturiente, não se apontam deficiências do equipamento utilizado nem, muito menos, a intervenção de força maior estranha ao funcionamento do serviço.

Perante este quadro, ainda que não se tenha mostrado possível identificar algum agente concretamente responsável pelo desrespeito de normas técnicas, não será difícil deduzir que o elemento humano terá estado na origem do acidente. Ou seja, terá ocorrido aqui a chamada *"faute de service"*, que não origina, contrariamente, ao que se pode entender do ofício de Vossa Excelência, responsabilidade objectiva do Estado.

Esta figura, que se insere ainda na responsabilidade subjectiva, aliás, não é nova no Direito Administrativo português.

O facto de se pretender conferir-lhe letra de lei no artigo 6.º, n.º 2 da Proposta de Lei n.º 88/IX, da iniciativa do Governo[117],

[117] "O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público são ainda responsáveis quando, não tendo os danos resultado do comportamento concreto de um titular de órgão, funcionário ou agente determinado, ou não sendo possível

valerá assim como proclamação solene de uma nova atitude de empenho do Estado na assunção das suas responsabilidades perante os cidadãos, também na sequência do próprio programa do XV Governo Constitucional que prevê a *"revisão da responsabilidade civil do Estado pelos actos praticados pelos seus órgãos, serviços ou agentes"*.

4. Nesta ordem de juízos, e é esta a segunda nota que entendo dever formular, se reforçava a minha convicção quanto à aceitabilidade da resolução extrajudicial do assunto, tanto mais que, Senhor Ministro, reconduzir hoje a resolução do problema para os tribunais acabará por ser inútil, porque não se poderá ignorar que os factos ocorreram em 1993 e que o instituto da prescrição inviabilizará qualquer eventual intervenção judicial adequada à resolução do problema. E importa não esquecer que o próprio Ministério da Saúde – concretamente, a Inspecção-Geral da Saúde – demorou mais de cinco anos para concluir o respectivo processo de inquérito (entre 8.02.1994 e 12.05.1999).

Acresce que a Senhora ... faleceu este ano, pelo que a indemnização que se pretendia ver fixada teria como destinatária a sua filha, uma criança de 10 anos, que em virtude de uma deficiente vigilância pós-parto, se viu privada à nascença do convívio normal com a sua mãe.

5. Por último, considerando o interesse manifestado pela Senhora Deputada Maria de Belém Roseira – aquando da apresentação do último Relatório de Actividades da Provedoria de Justiça à Assembleia da República, perante a *Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias* –, em conhecer o desfecho deste processo, entendi remeter-lhe, nesta data, cópia da documentação mais relevante sobre o assunto para sua cabal elucidação.

---

provar a autoria pessoal da acção ou omissão, se verifique um funcionamento anormal do serviço".

R-1379/95
Assessor:Margarida Santerre

Entidade visada: Secretário de Estado do Orçamento.
Assunto: Pensões de aposentação requeridas por antigos funcionários e agentes das ex-províncias ultramarinas, ao abrigo do Decreto-Lei n.º 362/78, de 28 de Novembro, e efeitos jurídicos do Acórdão n.º 72/2002 do Tribunal Constitucional.

Recentemente foi-me remetido, pelo Gabinete de V. Exa., o ofício de 28.10.2002, ao abrigo do qual me foi dado conhecimento do despacho de concordância de V. Exa. exarado numa informação da Caixa Geral de Aposentações[118], a propósito dos efeitos decorrentes do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 72/2002 quanto aos requerimentos de pensões de aposentação apresentados ao abrigo do Decreto-Lei n.º 362/78, de 28 de Novembro (e sucessivas alterações), que foram objecto de indeferimento por falta de preenchimento do requisito da nacionalidade.

Através do mencionado ofício e segundo decorre do mesmo, pretendeu-se dar resposta aos ofícios da Provedoria de Justiça, de 10.07.2002 e de 21.08.2002.

Todavia, a posição veiculada pela CGA, no parecer agora conhecido, apenas visou elucidar o ... *e outros advogados* – aquele, aliás, mandatário de alguns dos reclamantes com processos pendentes neste Órgão do Estado.

Por esta razão, tal posição deixou sem resposta a questão fulcral colocada pela Provedoria de Justiça e que consistia em saber se a Recomendação n.º 6/B/98 havia merecido, ou não, o acatamento por parte de Vossa Excelência.

---

[118] Informação essa constante do ofício de 10.07.2002, que aquela entidade, a propósito de uma exposição subscrita pelo Senhor ... e outros, dirigiu ao Gabinete de Vossa Excelência.

No entanto, retira-se da comunicação que recebi que a Caixa Geral de Aposentações – com a concordância de Vossa Excelência – deixou, alegadamente em conformidade com o disposto no identificado Acórdão, *de exigir a nacionalidade portuguesa como requisito da concessão ou manutenção do direito à pensão, desde que os requerentes tenham residência permanente em território nacional e enquanto essa situação se mantiver (...).*

Mais verifico que é intenção daquela Caixa não proceder à reabertura oficiosa dos procedimentos passados em que a pensão não foi atribuída com fundamento na falta do requisito da nacionalidade, tal como entende não revogar os actos administrativos de indeferimento já consolidados.

Segundo a Caixa Geral de Aposentações, estas duas consequências jurídicas encontram o seu fundamento no acórdão que aqui nos ocupa.

A ser este o entendimento correcto – o que adiante demonstrarei não ser – sempre será de questionar qual o efeito útil que a Caixa Geral de Aposentações retira verdadeiramente do aludido acórdão, considerando que o diploma legal em causa – o Decreto-Lei n.º 362/78, de 28 de Novembro – há muito que se encontra revogado (pelo Decreto-Lei n.º 210/90, de 27 de Junho). Por outras palavras, fica sem se saber quais os requerentes que, efectivamente, podem beneficiar desta mais recente posição.

Entrando na análise mais aprofundada dos requisitos para a atribuição das pensões de aposentação aos ora interessados, verifica-se o seguinte:

I. Exigência do requisito *"residência permanente em Portugal"*

1. Ao que parece, a adesão da CGA à orientação sobre a nacionalidade fixada no Acórdão n.º 72/2002 tem lugar mediante o estabelecimento de um novo requisito para o deferimento das aposentações reportadas ao Decreto-Lei n.º 362/78, de 28 de

Novembro, nomeadamente, pela exigência de o requerente dispor de residência permanente em Portugal.

Diga-se, a este propósito, que se a exigência da nacionalidade portuguesa para atribuição das pensões de aposentação a estes funcionários das ex-províncias ultramarinas era injusta e desrazoável, a necessidade destes terem residência permanente em Portugal ainda se afigura mais desproporcionada.

É que a concessão e a manutenção em pagamento de pensões não deverá estar nunca dependente do local da residência do interessado e prova disso é o vasto número de antigos emigrantes portugueses que trabalharam noutros países – dentro ou fora da União Europeia – e após cessarem a sua vida activa retornam à sua terra, sem obviamente perderem o direito à reforma para o qual durante anos contribuíram.

Este exemplo torna patente a falta de adequação do pressuposto da residência.

Aliás, num Estado Social de Direito não pode ser defensável coisa distinta.

Acresce que, por um lado, de acordo com a legislação vigente em sede de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional – Decreto-Lei n.º 244/98, de 8 de Agosto (com sucessivas alterações), e Decreto-Lei n.º 65/2000, de 26 de Abril – a atribuição de visto de residência está sempre dependente da prova dos meios de subsistência, a qual no caso de cidadão estrangeiro reformado se faz por intermédio de documento comprovativo da pensão e do respectivo montante (cfr. alínea a) do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 65/2000).

Por outro lado, a autorização de residência permanente só é concedida aos cidadãos de países de língua oficial portuguesa se estes residirem legalmente em território português há seis anos [cfr. artigo 85.º do Decreto-Lei n.º 244/98, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 4/2001, de 10 de Janeiro] e dispuserem de visto de residência válido e de meios de subsistência.

Em face desta legislação, o direito à aposentação dos ex-funcionários ultramarinos torna-se inexequível por contradição

insanável entre os requisitos que se exigem para obter a residência permanente em Portugal e para reunir as condições para o deferimento da aposentação.

Pois sem a residência permanente não se reconhece o direito à pensão de aposentação e, sem pensão que garanta o sustento dos interessados, não se atribuem autorizações de residência permanente.

Desta conjugação de normativos, parecem resultar duas situações possíveis: ou existe a intenção de o Estado Português acolher, em território nacional, estes ex-funcionários, dispondo-se a custear a sua integração, a sua assistência na saúde, na velhice e afins apenas para que seja possível pagar-lhes a pensão de aposentação – o que, salvo o devido respeito, parece pouco razoável –, ou se lançou mão de um requisito artificial e falacioso para recusar a pensão a muitos destes requerentes, sob a aparente concessão de um benefício.

Qualquer que seja a realidade aqui em causa, parece-me inadmissível pretender-se resolver desta forma uma situação que se arrasta há várias décadas nos termos descritos.

2. O estabelecimento do novo requisito parece filiar-se na redacção literal do n.º 1 do artigo 15.º da Constituição da República Portuguesa, quando preceitua que *"os estrangeiros e os apátridas que se encontrem ou residam em Portugal gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres do cidadão português"*.

Ora, não foi seguramente intenção do legislador constitucional fixar o princípio do tratamento nacional para estrangeiros e apátridas, apenas quando estes se encontrem ou residam em Portugal. Houve, sim, necessidade de estabelecer algum tipo de conexão com o Estado Português para justificar esta equiparação de direitos e deveres, por não se afigurar necessário tutelar a situação de cidadãos estrangeiros que nunca, durante a sua vida, estabeleçam qualquer tipo de relação jurídica ou fáctica com o Estado Português.

Por isso, tudo indica que não é só a presença física em Portugal de determinado estrangeiro que justifica a sua

equiparação aos portugueses, devendo entender-se que a conexão com o nosso país susceptível de dar azo ao exercício de direitos ou ao cumprimento de deveres poderá verificar-se da parte de quem teve uma relação jurídica e/ou física com o Estado Português em dado momento, ainda que a mesma já não subsista.

Por maioria de razão, no caso concreto destes reclamantes que estiveram integrados na Administração Pública Ultramarina não poderá deixar de se reconhecer a existência dessa relação determinante com o nosso país, uma vez que os mesmos foram cidadãos portugueses e residiram em território nacional português e hoje só não são servidores do Estado Português e/ou perderam a nacionalidade portuguesa e/ou não residem em Portugal por razões históricas que não lhes são imputáveis.

Nesse sentido, aliás, note-se que o n.º 3 do artigo 15.º estabelece um regime privilegiado para os estrangeiros que sejam cidadãos de países de língua portuguesa, concretizando assim o propósito constitucional de salvaguardar os *"laços privilegiados de amizade e cooperação com os países de língua portuguesa"*, constante do artigo 7.º, n.º 4.[119]

Salvo melhor opinião, não se compreende como se possa fazer depender o reconhecimento do direito à aposentação a estes cidadãos das ex-províncias ultramarinas da verificação da residência permanente em Portugal, quando para os restantes estrangeiros e apátridas a Constituição se basta com uma simples estada temporária no nosso País para os considerar abrangidos pelo disposto no artigo 15.º n.º 1!

De qualquer modo e ainda que se insista nesse entendimento, sempre se dirá que a correcta aplicação do princípio da equiparação obriga a que sejam reconhecidos aos estrangeiros os mesmos direitos dos portugueses em situações equivalentes e tanto quanto é do meu conhecimento, os funcionários portugueses não perdem o direito à aposentação se

[119] Cfr. Constituição da República Portuguesa Anotada – J.J. Canotilho e Vital Moreira, 3.ª edição revista, página 135.

no momento do requerimento, ou em data posterior, deixarem de ter residência permanente em Portugal, optando por se domiciliar no estrangeiro.

II. Efeitos *ex nunc* da inconstitucionalidade declarada pelo Acórdão n.º 72/2002 do Tribunal Constitucional

No que respeita aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral do artigo 82.º, n.º 1, alínea d) do Estatuto da Aposentação, promovida pelo Acórdão 72/2002, verifica-se que o Tribunal Constitucional não fixou os efeitos dessa inconstitucionalidade com alcance mais restrito, nos termos permitidos pelo n.º 4 do artigo 282.º da CRP.

Nessa medida, encontra plena aplicação a regra geral em sede de fiscalização abstracta da constitucionalidade contida no n.º 1 do artigo 282.º, pelo que a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional.

Quer isto dizer que a orientação quanto à nacionalidade decorrente daquele acórdão, deverá ver os seus efeitos reportados a 1.01.1973 [120], evidenciando a mesma pleno cabimento quanto à aplicação do Decreto-Lei n.º 362/78, de 28 de Novembro, desde o início da sua vigência, estando o indeferimento dos requerimentos com base naquela condição ferido de inconstitucionalidade.

Por esta razão, não é legítimo que a Caixa Geral de Aposentações afirme a sua indisponibilidade para rever os procedimentos antigos em que a pensão não foi atribuída por ausência do requisito da nacionalidade, quer estes estejam ou não consolidados.

Trata-se de uma posição claramente violadora do mencionado dispositivo constitucional.

---

[120] Data da entrada em vigor do *Estatuto da Aposentação* (Decreto-Lei n.º 498/72, de 9/12).

Em face de todo o exposto, solicito a V. Exa. se digne providenciar:

a) Pela resposta devida à Recomendação n.º 6-B/98, tendo agora em consideração, também, as observações supra evidenciadas;

b) Pela apreciação da situação de cada um dos reclamantes com processos pendentes neste Órgão do Estado e que reclamam, desde há muitos anos, o seu direito à pensão de aposentação ao abrigo do Decreto-Lei n.º 362/78, de 28 de Novembro, solicitando a Vossa Excelência que me seja dado conhecimento, com a brevidade possível, da decisão que couber, a final, à situação de cada um deles. Realço que alguns destes ex-funcionários residirão, certamente, em Portugal, sendo que outros mantiveram o seu domicílio no país onde nasceram e onde sempre viveram e do qual passaram a ser nacionais na sequência da independência das ex-províncias ultramarinas;

c) Pela reavaliação, por parte da CGA, de todos aqueles requerimentos que mereceram indeferimento, por falta de nacionalidade, sempre que os restantes requisitos – nomeadamente, os cinco anos de serviço e os sessenta anos de idade – estejam reunidos.

R-5548/01
Assessor: Diogo Nunes dos Santos

Entidade visada: Sub-Região de Saúde de Faro (Administração Regional de Saúde do Algarve)

Assunto: Ausência de resposta à reclamação apresentada no Gabinete do Utente do Centro de Saúde de Portimão.

Reporto-me ao ofício de V. Exa. de 10.03.2003, cujos esclarecimentos agradeço e em face dos quais foi decidido arquivar o processo na Provedoria de Justiça.

Da análise dos elementos juntos ao processo pelo reclamante e em face dos esclarecimentos prestados, não posso deixar de notar que entre a reclamação apresentada no Gabinete do Utente do Centro de Saúde de Portimão e a elucidação do reclamante, decorreu mais de uma ano, o que motivou, aliás, a queixa apresentada neste Órgão do Estado.

A este propósito, não posso deixar de chamar a atenção de V. Exa. para o facto de as reclamações exaradas no *Livro Amarelo* ("*livro de reclamações*"), bem como quaisquer outras que incidam sobre o funcionamento do serviço, deverem, em todas as situações, ser objecto de tratamento célere, não podendo deixar de ser dada uma resposta ao reclamante.

A adopção do *Livro Amarelo* teve como finalidade a de assegurar uma melhoria dos serviços, garantindo que os utentes dos serviços públicos tenham um meio célere e eficaz de exercer o seu direito de reclamação, sempre que entenderem que não foram devidamente acautelados os seus direitos ou que não foram satisfeitas as expectativas no que diz respeito às exigências de atendimento definidas por lei, conforme consta do preâmbulo da Portaria n.º 355/97, de 28 de Maio.

As reclamações exaradas no *Livro*, bem como quaisquer outras que incidam sobre o funcionamento do serviço, devem ser remetidas no prazo de 5 dias úteis após terem sido lavradas, ao gabinete do membro do Governo que tutela o serviço ou organismo e ao membro do Governo que tutela a Administração Pública, conforme procedimento instituído na Resolução do Conselho de Ministros n.º 189/96, de 31 de Outubro.

Como V. Exa. compreenderá, não obstante o facto de o tratamento da presente reclamação ter coincidido com as alterações na Coordenação da Sub-Região de Saúde, tal não justifica o lapso temporal entretanto decorrido.

Assim, a presente *chamada de atenção* visa, assim, alertar V. Exa. para a necessidade de um tratamento célere e eficaz das reclamações apresentadas, assegurando, com a brevidade possível, uma elucidação aos reclamantes.

R-5725/01
Assessor: Mónica Duarte Silva

Entidade Visada: Ministro de Estado e da Defesa Nacional
Assunto: Atrasos excessivos na marcação e realização de diligências médicas no âmbito dos processos de invalidez ou qualificação como deficiente das forças armadas.

Tenho presente o ofício de Vossa Excelência que agradeço.

Congratulo-me com o facto de Vossa Excelência acompanhar as preocupações que tive a oportunidade de lhe transmitir sobre o assunto em epígrafe e, sobretudo, pela expressa intenção de Vossa Excelência em promover as necessárias diligências – umas de natureza estrutural e outras imperiosamente conjunturais – com vista à resolução do problema dos atrasos excessivos na marcação e realização de diligências médicas no âmbito dos processos de invalidez ou qualificação como deficiente das forças armadas (DFA).

E se levei ao conhecimento de Vossa Excelência a minha preocupação para o problema em causa, é porque o Provedor de Justiça, ao longo dos anos, tem sido confrontado com queixas sistemáticas de cidadãos que vêem os seus processos de invalidez ou de DFA numa angustiante marcha lenta.

Pesem embora as razões – eventualmente atendíveis – que possam justificar o atraso dos serviços competentes das forças armadas, o certo é que se afigura de toda a legalidade e justiça que os requerimentos dos cidadãos em causa sejam devida e oportunamente apreciados, isto é, que as pretensões dos interessados sejam decididas – favorável ou desfavoravelmente, consoante os casos, mas decididas – em tempo útil.

Atento o teor do ofício de Vossa Excelência, fico ciente de que não deixará de acompanhar e avaliar os resultados das medidas que, entretanto, vierem a ser tomadas para a resolução

do problema, pelo que considero não se justificar, para já, qualquer nova diligência da minha parte sobre o assunto.

De qualquer modo, permito-me solicitar-lhe que, logo que possível, me sejam transmitidos os resultados e/ou as conclusões alcançadas sobre a execução de tais medidas.

R- 5834/01
Assessor: Mónica Duarte Silva

Entidade Visada: Presidente do Conselho de Administração dos CTT – Correios de Portugal, S.A.

Assunto: Criação das empresas Postlog e Telepost / Violação do direito da comissão de trabalhadores à emissão de parecer prévio.

No tocante à questão dos processos de autonomização dos serviços e *express mail* e correio electrónico cumpre, desde logo, sublinhar que a decisão dos CTT a eles subjacente, correspondendo a uma decisão de gestão, não foi, obviamente, objecto de apreciação pelo Provedor de Justiça.

A questão que importava, pois, analisar no âmbito do presente processo, era a de saber se os direitos e garantias dos trabalhadores envolvidos no processo de reestruturação em causa tinham ou não sido devidamente respeitados. Os elementos e esclarecimentos reunidos ao longo da instrução do processo, permitiram concluir que o foram, não havendo, pois, qualquer reparo a formular a este respeito.

Porém, diferente é a situação no que concerne à questão suscitada a propósito do respeito pelos direitos reconhecidos legalmente às comissões de trabalhadores.

Com efeito, por força do artº 24º, n.º 1, alínea c), da Lei n.º 46/79, de 12/09 (Lei das Comissões de Trabalhadores), a extinção dos serviços de correio electrónico e *express mail*, deveria ter sido precedida de parecer prévio da comissão de trabalhadores.

Efectivamente, da instrução do processo foi possível concluir que, no tocante à *Postlog*, este parecer não foi sequer solicitado pelos CTT e, no que diz respeito à *Telepost*, foi-o, embora extemporânea e deficientemente.

Extemporaneamente, porque ocorreu em 18/09/2000 quando já tinham sido adoptadas várias medidas e procedimentos conducentes à extinção do serviço em causa, sendo certo que se previa para 01/10/2000 – menos de 15 dias depois – o início da actividade da empresa *Telepost*.

Deficientemente, porque o conteúdo do pedido de parecer dirigido à comissão de trabalhadores se mostrou vago e impreciso, nada referindo de concreto quanto a custos, número de trabalhadores envolvidos, faseamento da operação, etc..

Houve, pois, uma violação do direito conferido legalmente às comissões de trabalhadores de emitirem parecer prévio quando estejam em causa – como estavam – o encerramento de linhas de produção [artº 24º, n.º 1, alínea c)] [121].

É certo que tal falta não pode ser agora reparada. De qualquer modo – ou por isso mesmo – , justifica-se a formulação do presente *reparo* à actuação dos CTT no caso concreto, impondo-se que, no futuro, essa empresa se abstenha de praticar actos ou omissões que, como os supra relatados, violem direitos constitucional e legalmente atribuídos às comissões de trabalhadores.

Faço notar que o presente *reparo* constará do Relatório Anual do Provedor de Justiça à Assembleia da República.

De notar que a administração em exercício à data em que foi formulado o presente reparo foi alheia aos factos em causa, já que estes ocorreram em 2000, quando estava em exercício outro conselho de administração.

---

[121] Importa referir que tal incumprimento, para além de censurável, constitui contra-ordenação grave nos termos do artº 36º, n.º 2, da Lei n.º 46/79, de 12/09 (com a redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 118/99, de 11/08).

R-5905/01
Assessor: Fátima Monteiro Martins

Entidade Visada: Reitor da Universidade Técnica de Lisboa
Assunto: Demora na realização das provas de doutoramento.

Reportando-me ao assunto em epígrafe, venho, em primeiro lugar, agradecer a V. Ex.ª a colaboração prestada no âmbito da instrução do processo pendente neste Órgão do Estado.

Cumpre-me, no entanto, fazer notar a V. Ex.ª que, não obstante as informações prestadas e a diligência com que, segundo as mesmas, o processo de doutoramento do reclamante foi conduzido nessa reitoria – ficando o atraso ocorrido no seu âmbito de intervenção a dever-se exclusivamente à demora na apresentação dos pareceres por parte dos membros relatores do júri –, houve efectivamente um incumprimento muito significativo dos prazos previstos no Decreto-Lei n.º 216/92, de 13 de Outubro, com o inerente atraso (de nove meses) na tramitação do processo.

Ora, muito embora sejam prazos de natureza meramente ordenadora, não deixa o seu incumprimento de traduzir, na prática, uma conduta irregular e, por sua vez, o gorar das expectativas do candidato e da intenção do legislador de conceder celeridade e diligência à marcha do processo.

Tendo em consideração que a V. Ex.ª compete *velar pela observância das leis e dos regulamentos,* bem como *superintender na gestão académica e administrativa,* nos termos da Lei n.º 108/88, de 24 de Setembro, e dos Estatutos dessa Universidade, permito-me solicitar a V. Ex.ª que seja ponderada a eventual adopção de medidas e providências que permitam uma melhor cooperação e colaboração entre os diversos intervenientes nos processos de doutoramento, designadamente entre os vários órgãos dessa Universidade e das faculdades e escolas que a integram, a fim de que possa ser conferida àqueles processos a

celeridade que o Decreto-Lei n.º 216/92 demanda, e garantidos aos futuros candidatos ao grau de doutor os direitos e interesses que legalmente lhes assistem.

R-235/02
Assessor: Rita Cruz

Entidade Visada: Instituto de Solidariedade e Segurança Social
Assunto: I- Divulgação das orientações técnicas n.º s 10, 11 e 12 de 2003 referentes ao sistema de verificação de incapacidades (SVI);
II- Orientação técnica n.º 12/2003: Acesso e circulação dos documentos e exames clínicos do SVI.

Nota: Na sequência da aprovação das orientações técnicas referidas em epígrafe, foi remetido ao Instituto de Solidariedade e Segurança Social o presente ofício de chamada de atenção, no sentido de se proceder à clarificação da orientação técnica n.º 12 relativamente ao acesso a dados clínicos por terceiros, sem intermediação médica.

I - Divulgação das orientações técnicas

Reportando-me aos assuntos supra referenciados, venho expressar a V. Exa. o agradecimento pela colaboração prestada a este Órgão do Estado, nomeadamente o conhecimento que me foi dado das novas orientações técnicas (n.ºs 10, 11 e 12) aprovadas por esse instituto, no âmbito do Sistema de Verificação de Incapacidades.

II - Orientação técnica n.º 12/2003: Acesso e circulação dos documentos e exames clínicos do SVI

Permito-me apenas tecer alguns comentários no que concerne ao teor da orientação técnica n.º 12/2003,

nomeadamente no que diz respeito à questão do acesso dos beneficiários aos seus dados médicos.

Com efeito, determina o ponto n.º 4 desta orientação que:

"4. O direito de acesso à informação relativa a dados de saúde constantes do processo é exercido por intermédio de médico escolhido pelo titular dos dados, mediante autorização deste."

Não oferece qualquer dúvida que esta directriz obedece ao que se encontra previsto no artigo 8 º, n.º 3 da Lei n.º 65/93, de 26 de Agosto[122], com as alterações introduzidas pela Lei n.º 8/95, de 29 de Março, e pela Lei n.º 94/99, de 16 de Julho, bem como no artigo 11º, n.º 5 da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro[123].

No entanto, fica por esclarecer como proceder nos casos em que o pedido de acesso aos dados de saúde é efectuado por um terceiro munido de autorização escrita do titular dos dados clínicos (v.g. advogado com procuração conferindo poderes especiais para esse acesso).

Como é do conhecimento de V. Exa e no âmbito de uma queixa apresentada junto deste Órgão do Estado, esta questão foi oportunamente suscitada por Sua Excelência o Provedor de Justiça, junto desse Instituto (ofício datado de 03.05.2002).

Defendeu-se então, que embora não questionando o princípio legalmente consagrado de acordo com o qual a comunicação de dados de saúde, incluindo dados genéticos, ao respectivo titular se deveria fazer por intermédio de médico por ele designado, já assim não sucederia nos casos em que estivéssemos perante um terceiro devidamente autorizado.

Entendimento este, aliás, igualmente adoptado pela Comissão de Acesso aos Documentos da Administração em diversos pareceres que, em síntese, me permito enunciar:

Com efeito, no parecer n.º 283/2000 (processo n.º 1109, de 08.11.2000) no qual era questionada a recusa do Hospital de São Marcos de Braga em enviar fotocópias de todo o processo clínico

---

[122] Lei de Acesso aos Documentos da Administração – LADA.
[123] Lei de Protecção de Dados Pessoais.

de uma beneficiária aos seus mandatários legais, a CADA veio pronunciar-se no seguinte sentido:

"II- O Direito

4. Os documentos a que assim se pretende aceder são documentos nominativos, por conterem dados pessoais, no sentido a estas expressões conferido pelo artigo 4º, n.º 1 alíneas b) e c), da Lei que regula o acesso aos documentos da Administração (LADA) – Lei n.º 65/93, de 26 de Agosto, alterada pelas Leis 8/95, de 29 de Março, e 94/99, de 16 de Julho.

A sua comunicação far-se-á "mediante prévio requerimento, à pessoa a quem os dados digam respeito, bem como a terceiros que daquela obtenham autorização escrita" (artigo 8º, n.º 1, da LADA).

5. Não contempla a LADA restrições ao acesso aos documentos nominativos por parte do próprio titular dos dados pessoais neles contidos, salvo no caso de dados de saúde (nestes se incluindo os dados genéticos), que serão comunicados por intermédio de médico por ele designado (cfr. artigo 8º, n.ºs 1 e 3).

6. Neste quadro legal, a CADA reconhece a procedência da queixa apresentada pela sociedade de advogados (...) contra a actuação do HSM, porquanto a sua constituinte lhe deu autorização para conhecer o conteúdo e obter reprodução de todos os documentos do respectivo processo clínico.

7. Perguntar-se-á se, neste caso, é de exigir a intermediação médica a que se reporta o n.º 3 do artigo 8º da LADA.

A razão de ser desta norma é a salvaguarda da saúde psicológica (e física) da pessoa a quem os dados se referem: o legislador pretendeu assim garantir essa protecção nos casos de comunicação directa dos dados de saúde ao respectivo titular.

Ora, na situação vertente, eles não serão transmitidos à pessoa a quem dizem respeito mas a quem obteve o seu consentimento para o efeito. Na verdade, ao pedir ao HSM que enviasse à referida sociedade de advogados "fotocópias autenticadas de todas as folhas dos respectivos processos clínicos", a titular dos dados conferiu-lhe a necessária autorização escrita.

Assim não é de exigir aqui essa intermediação médica.

III – Conclusão

8. Por tudo quanto antecede, conclui-se que o HSM deverá facultar à sociedade de advogados (...) – com dispensa de intermediação médica - fotocópia autenticada de todo (s) o (s) processo (s) clínico (s) que possua relativo (s) a (...).”

No mesmo sentido, no âmbito do parecer n.º 261/2000 (processo n.º 1129, de 25.10.2000) a CADA concluiu que:

“III – Conclusão

Nesse sentido e em razão de tudo quanto antecede, a CADA é de parecer que o SSVCRSSC deverá facultar à sociedade de advogados requerente – na qualidade de terceiro autorizado pelo titular dos dados clínicos – o acesso, com dispensa de intermediação médica, a todos os elementos integrantes do processo de (...) arquivados naquele Centro”.

Ou ainda no âmbito dos pareceres n.ºs 20/2000 e 38/2000 (processos n.º 821, de 26.01.2000 e n.º 836, de 09.01.2000, respectivamente) nos quais o Parecer da CADA é idêntico:

“Por se tratar de acesso por parte de terceiro não pode exigir-se intermediação médica, conforme nova redacção dada ao artigo 8º da LADA pela citada Lei n.º 94/99”.

Em face do exposto, importaria clarificar ou mesmo complementar a orientação técnica n.º 12, no que se refere ao acesso a dados clínicos por terceiros, sem obrigatoriedade de intermediação médica.

Certo da melhor compreensão por parte de V. Exa para os questões ora suscitadas e na certeza de que este Órgão do Estado poderá continuar a contar com a habitual e prestimosa colaboração desse instituto, aguardo os comentários que V. Exa entender por convenientes.

R-612/02
Assessor: Luisa Falcão de Campos

Entidade Visada: Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social de Lisboa
Assunto: Atraso no pagamento do abono de família e subsídio familiar aos descendentes.

Reporto-me ao ofício desse Centro Distrital, que agradeço.

I. Do ofício resulta que todas as importâncias, relativas ao abono de família e subsídio familiar devidas a partir de Janeiro de 1996 aos descendentes do beneficiário ..., foram pagas, sucessivamente, em Fevereiro, Março, Abril e Junho de 2001.

II. No mesmo ofício, é reconhecido por esse Centro Distrital que o pagamento do abono familiar e subsídios familiares aos herdeiros do Sr. ... , processado em Setembro de 1998, foi suspenso em Outubro de 1998 por erro imputável aos serviços do centro distrital em questão.

III. Tal erro deveu-se ao facto do sistema informático ter detectado a falta do registo de contribuições superiores a 12 meses (*o que era evidente, pois o referido ... tinha morrido em 1996, conforme esse CDSSS tinha conhecimento pelo pedido de atribuição de subsídio de funeral formulado logo após o óbito)* o que, provocou uma suspensão automática do pagamento do subsídio, sem qualquer controlo por parte dos serviços da segurança social. Tal situação só veio a ser reposta, conforme supra referido em I, após a reclamação da beneficiária ocorrida em 28/08/00.

Em face do sucedido, não obstante esse CDSSS ter pago aos beneficiários, com efeitos retroactivos, todos os abonos e subsídios, cumpre assinalar o seguinte:

1. Por um lado, não ocorreu a comunicação aos beneficiários, ou a quem os representa, da decisão de não

atribuição das prestações, em Outubro de 1998, nos termos e para os efeitos, do disposto no art. 68º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 133-B/97, de 30/05.

2. Por outro lado, o sistema informático dos serviços de segurança social não pode, nem deve, substituir os meios humanos na verificação e confirmação de situações desta natureza, razão pela qual, aliás, a lei consagra expressamente (referido art. 68º) o especial dever de informação fundamentada.

Deste modo, certo da melhor atenção, compreensão e empenhamento de V.Exa., julgo que, se ainda não o foram, deverão ser adoptadas, com urgência, pelos serviços desse CDSSS as adequadas medidas de controlo do sistema informático, nomeadamente, através do cruzamento de dados – o que manifestamente não sucedeu no caso concreto em apreço –, a fim de se evitar, de futuro, a ocorrência de situações similares.

C.C. ao Conselho Directivo do Instituto de Solidariedade e Segurança Social.

R-1177/02
Assessor: Diogo Nunes dos Santos

Entidade visada: Sub-Região de Saúde do Porto da Administração Regional de Saúde do Norte
Assunto: Pedido de reembolso de taxas moderadoras cobradas durante os anos de 1998 e Janeiro a Março de 1999.

Cumpre-me informar que, na sequência dos contactos estabelecidos entre este Órgão de Estado e os serviços que V. Exa. dirige, o processo que correu termos nesta Provedoria de Justiça, na sequência de reclamação relativa à cobrança indevida de taxas moderadoras durante os anos de 1998 e 1999 – pedido de reembolso de despesas de saúde, foi arquivado.

Efectivamente, não assistia razão ao reclamante, contudo, faço notar que os serviços de saúde (centros de saúde) devem estar devidamente alertados sobre as formas de isenção das taxas moderadoras e sobre quais os documentos a solicitar aos utentes para o efeito, pelo que agradeço os bons ofícios de V. Exa. no sentido de serem adoptadas medidas adequadas a evitar a ocorrência de situações futuras de idêntica natureza.

R-2929/02
Assessor: Margarida Santerre

Entidade visada: Secretária de Estado da Segurança Social
Assunto: Emissão indevida de notas de reposição por parte dos centros distritais de solidariedade e segurança social.

Tendo-se verificado que a intervenção deste Órgão do Estado é solicitada, com insistência, por parte de beneficiários confrontados com notas de reposição de quantias indevidamente recebidas, sem respeito pelas regras vigentes em matéria de revogabilidade e suspensão de actos administrativos de atribuição de prestações inválidos, este Órgão do Estado dirigiu-se, em 30.12.2002, ao Instituto de Solidariedade e Segurança Social.

Volvidos que são mais de quatro meses e não obstante ter sido formulada uma insistência, por escrito, em 17.02.2003, o ISSS não respondeu ainda à Provedoria de Justiça.

Constata-se que a situação concreta do beneficiário n.º ... – que despolotou esta intervenção – já se encontra, devidamente, sanada, tal como informou o CDSSS de Lisboa, em 28.04.2003.

No entanto, a questão mais genérica e que respeita à globalidade dos centros distritais, não parece ter merecido a adopção de qualquer medida por parte do ISSS, apesar de lhe estar, legalmente, cometida a atribuição de garantir a realização dos direitos dos beneficiários (cfr. artigo 4.º, 2, alínea b) do Decreto-Lei n.º 316-A/2000, de 7 de Dezembro).

Nestes termos, solicito a intervenção de Vossa Excelência a propósito desta matéria, de forma a ser fomentada a clarificação dos centros distritais quanto aos procedimentos a adoptar nas situações de pagamento indevido de prestações.

Nota: Em resposta ao reparo, veio o Conselho Directivo do Instituto de Solidariedade e Segurança Social (entidade para a qual a Secretaria de Estado da Segurança Social terá encaminhado a tomada de posição da Provedoria de Justiça), em 26.05.2003, informar que fora decidido incrementar o esclarecimento de todos os funcionários intervenientes na aplicação do regime jurídico das prestações sociais indevidamente pagas, através de orientações adequadas ao efeito. Mais acrescentou que a completa resolução do problema será alcançada através da unificação das várias dezenas de sistemas informáticos em um só sistema de informação.

R-2955/02
Assessor: Mónica Duarte Silva

Entidade Visada: Sindicato das Bancários do Sul e Ilhas (SBSI)
Assunto: Lutuosa dos associados do SBSI. Compensação entre o valor dos subsídios de luto a pagar aos respectivos beneficiários e os valores em dívida por parte dos associados.

(...)

No que diz respeito ao ponto 2. do aludido ofício, há que referir que, se é certo que os bens da herança respondem colectivamente pela satisfação das dívidas do falecido – o que, aliás, nunca foi posto em causa – certo é, também, que as dívidas são transmitidas aos herdeiros nos exactos termos em que foram contraídas/contratadas pelo *de cujus*. Com efeito, a forma de pagamento (neste caso o pagamento fraccionado) é apenas uma

das condições que, a par com as demais essenciais à venda - como sejam o preço, o local de pagamento, a especificação do produto ou de serviço contratado, etc. -, constituem o negócio jurídico. Uma vez acordadas, tais condições tornam-se inerentes ao negócio jurídico em causa, o qual, em caso de morte, se transmite como um todo (com o conjunto de direitos e obrigações que lhe são inerentes), aos herdeiros do devedor falecido.

Como ensina o Prof. Inocêncio Galvão Telles[124] "juridicamente dá-se sucessão ou transmissão quando uma pessoa fica investida num direito ou numa obrigação ou num conjunto de direitos e obrigações que antes pertenciam a outra pessoa, sendo os direitos e obrigações do novo sujeito considerados os mesmos do sujeito anterior e tratados como tais." Afirma, ainda, este autor, que no que toca aos direitos patrimoniais – como será aquele em apreço – a regra é a da transmissibilidade, ou seja, só excepcionalmente são intransmissíveis. Apenas no que concerne aos direitos pessoais vigora a regra da intransmissibilidade.

Contrariamente ao adiantado por V.Exa. no ofício ora em resposta, o pagamento fraccionado não é um benefício pessoal do falecido. Independentemente das razões que estiveram na origem do fraccionamento do pagamento da dívida, o facto é que, uma vez acordada tal forma de pagamento, esta passa a estar directamente ligada à dívida em si mesma, integrando o negócio jurídico e acompanhando-o nas suas vicissitudes.

Aliás, sublinhe-se que nem sequer se pode falar numa eventual diminuição das garantias do credor após a morte do devedor cuja dívida seria paga em prestações. Com efeito, o património que respondia pelo pagamento da dívida antes do falecimento do devedor é o mesmo que continua a responder após a sua morte. As garantias de solvabilidade que a pessoa do devedor dava em vida – e que eventualmente seriam

---

[124] *in* Direito das Sucessões – Noções Fundamentais, 3ª edição, Coimbra Editora, pg. 23.

determinantes para que o pagamento fraccionado fosse acordado – são as mesmas dadas, após a sua morte, pela respectiva herança.

Do acima exposto, se conclui que não há qualquer razão de ordem social ou jurídica, que permita concluir que a morte do devedor implica o vencimento das prestações vincendas. Da lei tal não resulta e a natureza da situação não o impõe.

Assim sendo, a compensação de tais créditos – cujo pagamento fraccionado foi acordado e que, como tal, à data do falecimento não se encontravam vencidos na sua totalidade – é ilegal, atento o disposto quer no artº 847º, n.º 1, alínea a), quer no artº 849º, ambos do Código Civil.

Permito-me, pois, à luz do acima exposto, formular uma chamada de atenção a V.Exas. no sentido de que, no futuro, se abstenham de efectuar a compensação entre o subsídio de luto e quaisquer créditos que ainda não se encontrem vencidos à data do falecimento do devedor.

Solicito, ainda, que do seguimento que vier a ser dado ao presente assunto, seja dado conhecimento a este órgão do Estado.

Nota: em resposta, o Sindicato dos Bancários do Sul e Ilhas não acolheu a posição defendida pela Provedoria de Justiça, alegando que "os nossos Serviços Jurídicos consideram que os órgãos próprios para dirimir eventuais conflitos são os tribunais, pelo que esta direcção, subscrevendo esse entendimento, aguarda que o reclamante ou reclamantes, se o desejarem, recorram aos meios judiciais competentes". Face a esta fundamentação, está prevista a formulação de um novo reparo da Provedoria de Justiça ao referido sindicato.

R-3358/02
Assessor: Diogo Nunes dos Santos

Entidade visada: Hospital da Cruz Vermelha Portuguesa
Assunto: Ausência de resposta a reclamação apresentada no Livro Amarelo do Hospital da Cruz Vermelha Portuguesa.

Reporto-me ao ofício de V.Exa. de 14.03.2003, cujos esclarecimentos agradeço e em face dos quais foi decidido arquivar o processo na Provedoria de Justiça.

Efectivamente, concluiu-se que não assistia razão ao reclamante.

De qualquer modo, também foi possível concluir que esse hospital não deu qualquer resposta à reclamação que o interessado exarou no *Livro Amarelo* e que motivou, aliás, a queixa apresentada neste Órgão do Estado.

Em face dos esclarecimentos entretanto prestados por esse hospital à Provedoria de Justiça e verificando a referida ausência de resposta dessa entidade ao reclamante, entendi proceder, nesta data, à elucidação do interessado.

A este propósito, não posso deixar de chamar a atenção de V.Exa. para o facto de as reclamações exaradas no *Livro Amarelo* ("*livro de reclamações*"), bem como quaisquer outras que incidam sobre o funcionamento do serviço, deverem, em todas as situações, ser objecto de tratamento, não podendo deixar de ser dada uma resposta ao reclamante.

A adopção do *Livro Amarelo* teve como finalidade a de assegurar uma melhoria dos serviços, garantindo que os utentes dos serviços públicos tenham um meio célere e eficaz de exercer o seu direito de reclamação, sempre que entenderem que não foram devidamente acautelados os seus direitos ou que não foram satisfeitas as expectativas no que diz respeito às exigências de atendimento definidas por lei, conforme consta do preâmbulo da Portaria n.º 355/97, de 28 de Maio.

As reclamações exaradas no *Livro*, bem como quaisquer outras que incidam sobre o funcionamento do serviço, devem ser remetidas no prazo de 5 dias úteis após terem sido lavradas, ao gabinete do membro do Governo que tutela o serviço ou organismo e ao membro do Governo que tutela a Administração Pública, conforme procedimento instituído na Resolução do Conselho de Ministros n.º 189/96, de 31 de Outubro.

Como V.Exa. compreenderá, não obstante o facto de não assistir razão ao reclamante, tal não eximia esse hospital de proceder ao tratamento da reclamação exarada e, sobretudo, de responder ao reclamante (o que, no caso concreto, se bastaria, afinal, com uma muito simples elucidação).

A presente *chamada de atenção* visa, assim, alertar V.Exa. para a necessidade de, em situações futuras, ser assegurada, por esse hospital, uma resposta aos reclamantes que se lhe dirijam.

R-3523/02
Assessor: Mónica Duarte Silva

Entidade Visada: Cruz Vermelha Portuguesa
Assunto: Empresa de inserção social. Cruz Vermelha do Núcleo da Maia. Denúncias de práticas susceptíveis de consubstanciar infracções disciplinares graves.

Acuso a recepção do ofício no qual é dado conhecimento a este Órgão do Estado de que o Núcleo da Maia da Cruz Vermelha Portuguesa foi extinto, por deliberação de direcção nacional de 28/01/2003.

Embora tal ofício não responda devida e directamente às questões que a Provedoria de Justiça havia colocado à Cruz Vermelha Portuguesa, nos ofícios que lhe dirigiu de 20/12/2002 e 11/03/2003, respectivamente), entende-se que ao ter sido promovida a extinção do Núcleo da Maia, terão, certamente, sido devidamente regularizadas todas as situações de incumprimento, oportunamente denunciadas, que existiam, quer perante as trabalhadoras da Empresa de Inserção Social do dito núcleo, quer perante a segurança social, quer ainda, perante o Instituto de Emprego e Formação Profissional.

Na mesma perspectiva, se supõe que quaisquer infracções disciplinares ou ilícitos criminais que tenham, eventualmente, sido apurados no âmbito do processo de averiguações, terão sido

devidamente tratados e, sendo caso disso, encaminhados para o Ministério Público.

A Cruz Vermelha Portuguesa respondeu à Provedoria de Justiça informando que a extinção do Núcleo da Maia foi determinada face à confirmação das denúncias apresentadas através deste órgão de Estado e confirmou terem, entretanto, sido regularizadas todas as situações denunciadas.

R-3642/02
Assessor: Mónica Duarte Silva

Entidade Visada: Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social de Setúbal
Assunto: Instrução de processos de atribuição de subsídio de desemprego fundados em extinção de postos de trabalho. Ónus da prova da situação a que se reporta o artº 7º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 119/99, de 14/04.

Informo V. Exa. de que, em face dos esclarecimentos constantes do ofício do qual resulta ter sido satisfeita a pretensão da requerente, foi determinado o arquivamento do processo aberto na Provedoria de Justiça relativo ao assunto em epígrafe.

Aproveito para agradecer a colaboração prestada neste caso.

Faço, contudo, notar, a necessidade de serem adoptadas medidas e emitidas orientações de carácter generalizado relativamente à instrução de processos de atribuição de subsídio de desemprego que, tal como aquele ora em análise, se fundamentem na extinção de postos de trabalho (artº 7º, n.º 1, d) e n.º 5 do Decreto-Lei n.º 119/99, de 14/04). Como claramente resulta da lei - artº 66º, n.º 1 – o ónus da prova da situação a que se reporta o artº 7º, n.º 5, do mesmo diploma, cabe à entidade empregadora. Falhando esta, competirá à Inspecção-Geral do

Trabalho, a solicitação da instituição de segurança social competente, avaliar a fundamentação invocada, requerendo os documentos que repute pertinentes e efectuando as diligências que entenda necessárias (artº 67º, n.º 2, do diploma em apreço).

Se é certo que, em tais casos, a instrução dos processos pode resultar morosa ou complexa, certo é, também, que ao beneficiário/requerente não poderá ser negado o direito ao subsídio de desemprego apenas por essa razão.

Certo de que V. Exa., tendo em atenção o acima exposto, envidará esforços no sentido de acautelar a correcta e justa instrução destes processos com vista a garantir o acesso ao direito em questão, (...).

R-6477/02
Assessor: Luisa Falcão de Campos

Entidade Visada: Caixa Geral de Aposentações
Assunto: Anulação da inscrição na Caixa Geral de Aposentações após terem sido efectuados descontos para a mesma durante cerca de onze anos.

Foi apresentada uma exposição na Provedoria de Justiça que se reporta aos seguintes factos:

1. A directora da Escola Superior de Enfermagem da ... encontra-se inscrita na Caixa Geral de Aposentações (CGA) desde 1990, nos termos do Decreto-Lei n.º 327/85, de 08/08.

2. Desde essa data, têm sido efectuados os respectivos descontos para a CGA quer pela respectiva entidade patronal, quer pela reclamante em questão.

3. Em 07/11/2001, a Escola Superior de Enfermagem da ... foi informada pela CGA que iria proceder à anulação da referida inscrição em virtude da reclamante não exercer funções de docência, requisito exigido pelo aludido diploma legal.

4. Por esse motivo, mais comunicou a CGA à referida entidade patronal que iria proceder, sem mais, à restituição dos montantes relativos às quotas e aos descontos efectuados.

É certo que a decisão tomada pela CGA não oferece dúvidas quanto à respectiva legalidade, considerando que, de facto, não assiste razão à reclamante, quer no que diz respeito quanto ao respectivo direito de inscrição (uma vez que não reúne os pressupostos para a inscrição exigidos pelo Decreto-Lei n.º 327/85, de 08/08), quer quanto à possibilidade de anulação a todo o tempo do acto de inscrição, uma vez que se trata de um acto administrativo meramente preparatório e, como tal, revogável a todo o tempo.

No entanto, o mesmo já não se poderá dizer sobre a justiça das consequências da aludida decisão atendendo a que, desde a data da inscrição até à data da respectiva anulação, decorreram cerca de onze anos. Assim, do atraso verificado na tomada de decisão de anulação da inscrição da reclamante na CGA – a qual é da responsabilidade dos respectivos serviços – advêm àquela vários e sérios prejuízos.

Na verdade, a manifesta demora na actuação dos serviços da CGA no sentido de corrigir a irregularidade verificada fez com que decorresse o prazo de prescrição de pagamento de múltiplas contribuições à segurança social *(de todas as contribuiçõe*s *vencidas há mais de 10 anos, nos termos do artº 14º do Decreto-Lei n.º 103/80, de 09/05).* Tal significa que o pagamento de todas as contribuições que se encontrem prescritas à data do mesmo será feito nos moldes previstos no artº 10º do Decreto-Lei n.º 124/84, 18/04 (actualização de remunerações), implicando um pagamento muito mais avultado do que sucederia se a situação tivesse sido atempadamente verificada.

Assim, e mais uma vez insisto, que, sem pôr em causa a legalidade da decisão de anulação da inscrição da reclamante julgo que, dados os especiais contornos que a situação reveste, e que não podem ser de, forma alguma, imputáveis àquela, considero ser da mais elementar justiça que – caso a reclamante assim o deseje

– a questão seja resolvida a nível institucional entre a CGA e a competente instituição da segurança social por forma a encontrar-se uma solução que minimize os transtornos causados à reclamante.

Face ao exposto, entendo justificar-se a formulação do presente reparo, esperando com ele obter a compreensão e o empenhamento de V.Exa. não só para a resolução da presente questão, como, também, para que sejam adoptadas as medidas e procedimentos mais adequados por forma a evitar estas situações manifestamente lesivas dos interesses legítimos dos cidadãos (tanto mais preocupante quanto é certo que está em causa o direito à segurança social, constitucionalmente consagrado).

R-238/03
Coordenador: Nuno Simões

Entidade visada: Caixa Geral de Aposentações
Assunto: Atraso da Caixa Geral de Aposentações nas respostas às exposições que lhe são dirigidas pelos seus subscritores ou ex-subscritores.

A Provedoria de Justiça recebeu uma reclamação do subscritor (...) relativa ao atraso da Caixa Geral de Aposentações na resposta a uma sua exposição apresentada em 15 de Outubro de 2001.

Faz-se notar que em 21 de Outubro de 2002 e, recentemente, em 19 de Janeiro de 2003, o interessado insistiu junto dessa Caixa pela obtenção de uma resposta à sua exposição inicial. Sem sucesso, porém.

Entretanto, na sequência de contactos telefónicos que este Órgão do Estado estabeleceu junto do Núcleo de Exposições e Reclamações dessa Caixa, foi possível apurar que a exposição em causa ainda se encontra pendente de apreciação, prevendo-se – ao que se supõe – uma resposta à mesma para breve.

Se é certo que a pretensão do reclamante (quanto à questão de fundo focada na sua exposição) não tem fundamento, não menos certo é que lhe assiste o direito a uma resposta, em tempo útil, sobre o assunto, tanto mais que a sua pretensão assenta no facto de se encontrar a pagar uma dívida de quotas que entende – indevidamente, em nosso entender – não lhe ser exigível.

Afigura-se razoável, como V. Exa. compreenderá, que o interessado seja, devida e oportunamente, elucidado por essa Caixa antes que se encontre totalmente paga a referida dívida de quotas (uma vez que é isso mesmo que ele colocou em causa, através da sua exposição, há 15 meses atrás). Afinal, o subscritor tem direito a ser cabalmente esclarecido sobre os fundamentos que legitimam a CGA a exigir e a cobrar quotas pelo acréscimo do tempo de serviço.

A Provedoria de Justiça não desconhece as vicissitudes de vária ordem com que os Serviços dessa Caixa se têm debatido (nomeadamente, o volume de reclamações e exposições entrados). De qualquer modo, atentos os contornos do caso concreto e o atraso que, eventualmente, se possa verificar com outras exposições ou reclamações, impõe-se, como compreenderá, a presente *chamada de atenção*, na certeza de que V. Exa. não deixará de adoptar as medidas e os procedimentos necessários à resolução do problema.

R-993/03
Assessor: Mónica Duarte Silva

Entidade Visada: Presidente do Conselho de Administração dos CTT – Correios de Portugal, S.A.

Assunto: Obrigação dos trabalhadores comunicarem à empresa o exercício de outras actividades profissionais (Ordem de Serviço n.º 56/2002, de 20/11/02).

Reportando-me ao assunto em epígrafe e tendo presente, nomeadamente, o teor do ofício, informo V.Exa. de que, feita a análise da questão em apreço, conclui o seguinte:

1. A ordem de serviço (O.S.) em apreço distingue dois tipos de situações no que respeita ao exercício, pelos trabalhadores dos CTT, de qualquer outra actividade profissional estranha à empresa.

2. Se o ponto 2. da O.S. não me oferece dúvidas, parecendo-me perfeitamente legítimo o seu teor, já o mesmo não será tão linear no tocante ao ponto 1. da mesma ordem de serviço.

3. Com efeito, no ponto 2. são indicadas situações concretas [constantes das respectivas alíneas a) a c)] em que há uma verdadeira obrigação por parte dos trabalhadores de solicitarem autorização expressa da empresa para o exercício de actividade profissional externa a esta.

4. Analisado o teor das três alíneas em questão, facilmente se conclui que estas apenas se limitam a evidenciar alguns dos deveres dos trabalhadores estabelecidos, precisamente, no artº 20º, n.º 1, alíneas b), d) e g) do Decreto-Lei n.º 49 408, de 24/11/69.

5. Ou seja, o conteúdo do ponto 2. da O.S. decorre da própria lei. A sua transposição para a O.S., nos termos em que é feita, corresponde, afinal, a uma definição legítima da política disciplinar da empresa no que ao cumprimento de tais deveres diz respeito, dando a conhecer aos trabalhadores a interpretação que faz dos preceitos legais em causa.

6. Diferentemente, no ponto 1. estará compreendida a generalidade dos casos em que sejam exercidas funções profissionais fora da empresa[125] pelos respectivos trabalhadores. Ora, é certo que a O.S. evidencia o carácter facultativo que reveste a comunicação à empresa em tais situações, referindo apenas *"ser conveniente"* que tal comunicação seja feita pelos trabalhadores. Não se trata, por conseguinte, de uma obrigação – que sempre

[125] Mas em que não estejam em causa as situações concretizadas nas alíneas a) a c) do ponto 2.

careceria de protecção legal –, mas sim de um *convite* dirigido aos trabalhadores para que, garantindo uma maior transparência nas suas relações laborais com os CTT, lhe comuniquem, querendo, o exercício de outra actividade profissional.

7. Não obstante, considero infeliz a redacção utilizada no ponto 1. da ordem de serviço em apreço, já que a mesma é susceptível de criar nos trabalhadores visados a errada convicção de que se trata de uma obrigação, surgindo, assim, como uma indevida forma de pressão junto dos mesmos para que procedam em conformidade e potenciando, desta forma, uma intromissão desadequada da empresa na vida privada dos seus trabalhadores.

Nestes termos, entendo que a redacção do ponto 1. da referida ordem de serviço deverá ser oportunamente alterada, por forma a evitar qualquer tipo de pressão junto dos trabalhadores no sentido de os impelir a dar conhecimento à empresa de aspectos da sua vida privada que, como tal, a esta não dizem respeito.

Certo da melhor atenção e compreensão de V.Exa. para o presente *reparo* e convicto do seu empenhamento pessoal na adopção das medidas adequadas à correcção da situação, em conformidade com a posição acima expressa, (...).

R-2088/03
Assessor: Diogo Nunes dos Santos

Entidade visada: ADSE
Assunto: Impossibilidade de recebimento das comparticipações da ADSE através de outra instituição bancária que não a Caixa Geral de Depósitos.

Na sequência da exposição apresentada neste Órgão do Estado relativa à impossibilidade de recebimento das comparticipações da ADSE através de outra instituição bancária que não a Caixa Geral de Depósitos, foram contactos os serviços

da ADSE, que informaram que a situação se encontrava actualmente resolvida, podendo as comparticipações ser recebidas em qualquer instituição bancária.

Na sequência desta informação a reclamante foi informada da possibilidade de receber as comparticipações através da sua instituição bancária. Porém, verifica-se que o universo dos beneficiários da ADSE, não se encontram informados sobre esta possibilidade que os Serviços da ADSE agora disponibilizam.

Na verdade, de acordo com as informações prestadas pelos serviços da ADSE, estará a ser elaborado ofício circular, que será dirigido, apenas aos beneficiários que não dispõe de qualquer número de identificação bancária na sua ficha de utente da ADSE.

Em face do exposto, e compreendendo as razões económicas e funcionais que inviabilizam o envio de um ofício circular a todos os beneficiários da ADSE, creio que a presente informação, poderia ser fornecida ao universo de beneficiários da ADSE, caso se inserisse uma mensagem, na declaração anual que é enviada a todos os beneficiários da ADSE com o comprovativo das despesas para efeitos de IRS. De facto, esta medida informática, não teria qualquer custo adicional e permitiria abranger todo o universo de beneficiários da ADSE.

Mais solicito a V. Exa., para efeitos de instrução do presente processo, cópia do(s) ofício(s) circular(es) que se encontram a ser enviados aos beneficiários da ADSE sobre este assunto.

R-2229/03
Assessor: Margarida Santerre

Entidade visada: Director-Coordenador da Caixa Geral de Aposentações

Assunto: Suspensão do pagamento da pensão de aposentação a pensionista.

Tendo presentes os esclarecimentos prestados por essa Caixa, através de ofício, os quais agradeço, cumpre-me tecer as seguintes observações:

Não merece qualquer reprovação o facto da Caixa Geral de Aposentações procurar recuperar créditos que detenha junto dos seus subscritores, com toda a celeridade.

O que sim merece censura é que o faça fora do enquadramento legal previsto para o efeito, como sucedeu na presente situação.

Com efeito e como a Caixa bem reconheceu, em momento posterior, a decisão de afectar a totalidade do valor líquido da pensão do Senhor ... à regularização da dívida deste para com essa entidade afigurou-se ilegal, por violação do princípio base nesta matéria, segundo o qual deve ser sempre assegurado aos cidadãos o recebimento de dois terços das prestações periódicas que lhes sejam pagas a título de aposentação [veja-se a este propósito a conjugação do disposto no artigo 70.º do Estatuto da Aposentação com o disposto no artigo 824.º, n.º 1, alínea b), do Código de Processo Civil].

A constatação dessa irregularidade suscita, neste Órgão do Estado, a preocupação de que possam ocorrer, no futuro, outros casos como o presente, pelo que se apela a V.Exa., no sentido de adoptar as medidas necessárias junto dos vários serviços da Caixa, por forma a assegurar que a recuperação dos respectivos créditos seja feita sem comprometimento da subsistência digna dos devedores, em conformidade, aliás, com a lei.

Por outro lado e tendo em conta ainda que, na situação em apreço, o pensionista assevera não ter recebido o ofício, datado de 11.11.2002, ao abrigo do qual a CGA lhe terá comunicado o pagamento excessivo da quantia de € 16 998, 42 e a necessidade de repor tal valor, importa ainda salientar o seguinte:

Não se duvida que a Caixa tenha, efectivamente, informado o interessado, nos termos do ofício, cuja cópia remeteu à Provedoria de Justiça. Subsiste, no entanto, a dúvida sobre se aquela correspondência chegou, ou não, ao seu destinatário.

Assim sendo e em face dos interesses aqui em presença, sugere-se que doravante as notificações para a reposição de valores e envio de guias para esse efeito, passe a ser efectuada por meio de correio postal registado.

Só dessa forma, existirão meios de prova passíveis de sustentar as posições de ambas as partes – tanto da CGA como dos subscritores – em situações desta importância e gravidade.

Nota: A CGA respondeu, em 4.11.2003 ao Provedor de Justiça, reconhecendo a irregularidade do procedimento adoptado no caso do pensionista aqui em causa e informando da emissão de uma orientação interna, no sentido de o desconto mensal nas pensões de pensionistas obrigados a repor quantias indevidamente recebidas, não poder, em caso algum, ultrapassar 1/3 do valor daquela prestação mensal.

R-2243/03
Assessor: Mónica Duarte Silva

Entidade Visada: Conselho Executivo da Escola Secundária Moinho da Maré
Assunto: Declaração anual de rendimentos para efeitos de manutenção de subsídio familiar a crianças e jovens.

Informo V. Exa. de que, atento o teor do ofício do qual resulta estar devidamente solucionado o caso da Senhora ..., foi determinado o arquivamento do processo aberto na Provedoria de Justiça. Aproveito para agradecer a célere colaboração prestada.

Espero, no entanto, que a solução do problema não respeite, apenas, ao caso concreto, representando sim uma tomada de posição definitiva no que ao problema de fundo diz respeito. Consequentemente, de futuro deverá ser garantido o respeito pelas orientações constantes do ponto 3 da Circular Série A, n.º

1249, de 17/07/97, emitida pela Direcção-Geral do Orçamento a propósito da questão ora em apreço.

R-2581/03
Assessor: Rita Cruz

Entidade Visada: Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social de Santarém
Assunto: Subsídio de desemprego ex-militares. Decreto-Lei n.º 320-A/2000, de 15/12.

Nota: O presente ofício foi remetido ao Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social de Santarém, após conhecimento da existência de erros recorrentes – atribuídos ao funcionamento do sistema informático – na atribuição das prestações de desemprego aos ex-militares, nomeadamente no que concerne ao período de concessão da prestação social em causa.

Têm sido apresentadas junto deste Órgão do Estado diversas exposições subscritas por ex-militares que alegam a existência de erros por parte desse centro distrital, no deferimento dos seus requerimentos com vista à atribuição das prestações de desemprego, no âmbito do Decreto-Lei n.º 320-A/2000, de 15.12.

Reporto-me nomeadamente ao casos dos seguintes beneficiários:

1. (...), beneficiário n.º (...)
   - Prestou serviço militar em regime de contrato, entre 08.02.94 e 08.08.03 (9 anos e meio);
   - Requereu a atribuição do subsídio de desemprego em 12.08.03;
   - Subsídio foi deferido com início em 12.08.03 pelo período de 540 dias (embora suspenso por 18 meses).
2. (....)

- Prestou serviço militar em regime de contrato, entre 09.01.1994 e 09.07.2003 (9 anos e meio);
- Requereu a atribuição do subsídio de desemprego em 15.07.03;
- O subsídio foi deferido por um período de 540 dias (embora suspenso por um período de 18 meses).

3. (...)

- Prestou serviço militar em regime de contrato entre 07.02.94 e 06.08.03 (9 anos e meio);
- Requereu a atribuição do subsídio de desemprego em 27.08.03;
- O subsídio de desemprego foi deferido por um período de 540 dias (embora suspenso por um período de 18 meses).

Como é do conhecimento de V. Exa, o Decreto-Lei n.º 326-A/2000, de 15 de Dezembro, prevê no artigo 26º, n.ºs 1 e 2 que:

"1. Os cidadãos nas condições referidas no artigo anterior têm direito ao subsídio de desemprego *por período idêntico ao da duração do serviço*, desde que cumprido o prazo de garantia previsto no Decreto-Lei n.º 119/99.

2. *O período máximo* de concessão de prestações de desemprego é de *30 meses*.".

Ora, nos casos supra identificados os beneficiários prestaram serviço militar durante um período de nove anos e meio, pelo que, nos termos da lei teriam direito ao deferimento de prestações de desemprego pelo período máximo de concessão de prestações, isto é, 30 meses (900 dias).

Na sequência das queixas apresentadas, este Órgão do Estado efectuou diligências telefónicas junto desse centro distrital, tendo sido possível apurar que, alegadamente, existe uma deficiência no sistema informático que ocasiona os erros no deferimento dos períodos pelos quais são atribuídas as prestações de desemprego requeridas por estes ex-militares.

Não obstante, foi igualmente informado que tais erros são posteriormente corrigidos, embora, nos casos em apreço, os ex-

militares requerentes não tivessem sido devidamente notificados da correcção efectuada.

Como V. Exa por certo bem concordará, afigura-se urgente a correcção das anomalias informáticas que motivam esta situação. Entretanto e até que todos os problemas técnicos se encontrem devidamente solucionados, torna-se igualmente indispensável que todos os requerentes a quem foi já deferido o pedido de prestações de desemprego ao abrigo deste regime legal, mas por um período errado, sejam novamente notificados do período de prestações de desemprego a que, efectivamente e nos termos da lei, têm direito.

Não é demais salientar o princípio da legalidade previsto no artigo 3º do CPA de acordo com o qual os órgãos da Administração Pública devem actuar em obediência à lei e ao direito, dentro dos limites dos poderes que lhes estejam atribuídos e em conformidade com os fins para que os mesmos poderes lhes forem conferidos.

Em face do exposto, muito agradeço a V. Exa que se digne tomar as medidas necessárias à correcção das deficiências informáticas identificadas, dando conhecimento a este órgão do Estado das mesmas e das conclusões que vierem a ser alcançadas.

R-2866/03
Assessor: Fátima Monteiro Martins

Entidade Visada: Centro Nacional de Pensões
Assunto: Atraso no processo de cálculo da pensão unificada – Articulação entre o Centro Nacional de Pensões e a Caixa Geral de Aposentações.

Foi recebida na Provedoria de Justiça, em 29.07.2003, uma queixa do reclamante em epígrafe, na qual é denunciado o atraso no cálculo da sua pensão unificada por parte do Centro Nacional de Pensões.

Com efeito, segundo alegou, até àquela data ainda não lhe tinha sido atribuída a pensão, requerida em Maio de 2002, senão apenas uma pensão provisória respeitante à carreira contributiva no regime da segurança social.

Através das informações colhidas pelos Serviços da Provedoria de Justiça, no âmbito da instrução do seu processo neste Órgão do Estado, o atraso ter-se-á, em parte, ficado a dever ao facto de o Centro Nacional de Pensões não ter solicitado à Caixa Geral de Aposentações, em tempo oportuno, o envio dos elementos para o cálculo da pensão unificada.

Na verdade, apenas através de fax datado de 31.01.2003 terá esse pedido sido dirigido à Caixa pela primeira vez, tendo sido respondido somente muito recentemente, após a intervenção da Provedoria de Justiça.

É certo que presentemente o processo já se encontra devidamente encaminhado, e que o reclamante vai receber os valores a que tem direito desde a data em que apresentou o seu requerimento. Verifica-se, no entanto, que esteve durante cerca de um ano e meio sem receber a pensão que lhe é devida, e que como ele poderão estar outros beneficiários, em circunstâncias similares.

Deste modo, e não obstante uma já anterior chamada de atenção de V. Ex.ª, por parte do Provedor de Justiça[126], para as dificuldades de articulação entre o Centro Nacional de Pensões e a Caixa Geral de Aposentações, que resultam em inegáveis prejuízos para os beneficiários, não pode este Órgão do Estado deixar de enfocar uma vez mais esta questão, e solicitar novamente que providencie pela adopção das medidas e procedimentos considerados necessários para que nos casos como o do reclamante possa haver um tratamento mais célere e eficaz dos processos, uma vez que à data ainda se verificam situações de desarticulação.

[126] Através do ofício da Provedoria de Justiça de 03.05.2002.

R- 2868/03
Assessor: Fátima Monteiro Martins

Entidade Visada: Direcção-Geral da Saúde
Assunto: Direito à informação dos administrados – Incumprimento do prazo para a passagem de certidões e desrespeito do dever de notificação dos actos administrativos.

Venho agradecer junto de V. Ex.ª a colaboração prontamente prestada para com a Provedoria de Justiça, no âmbito da instrução do processo do reclamante aberto neste Órgão do Estado, e informar que o mesmo foi, nesta data, arquivado.

Não posso, no entanto, deixar também de chamar a atenção de V. Ex.ª para dois aspectos que ressaltaram da actuação dessa Direcção-Geral: em primeiro lugar, o atraso com que foi dada resposta ao requerimento do reclamante de 14.05.2003, no qual solicitou fotocópia autenticada da decisão de indeferimento do seu recurso e respectivos fundamentos; em segundo lugar, a falta de notificação ao reclamante dos fundamentos daquela decisão no ofício que lhe foi enviado em 08.05.2003, e que o forçou a apresentar o referido requerimento para poder recorrer aos meios contenciosos competentes, como é seu direito.

No que respeita ao atraso no envio ao reclamante da fotocópia autenticada da decisão, verifica-se que o lapso de tempo decorrido excedeu consideravelmente o prazo de 10 dias que foi estipulado no artigo 63.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA) para esse efeito, e que resulta do disposto no artigo 268.º, n.os 1 e 6 da nossa Constituição, onde se encontra consagrado o direito de todos os cidadãos à informação pela Administração.

Ainda que seja um prazo muito curto e por vezes dificilmente conciliável com o volume de trabalho apresentado

pelos serviços, o certo é que decorreram mais de três meses até à satisfação da pretensão e a mesma se destinava a uma eventual interposição de recurso contencioso.

Mas, mais grave é o facto de não ter havido a notificação ao reclamante dos fundamentos que sustentaram a decisão de indeferimento do seu recurso, conforme se conclui da leitura do vosso ofício de 08.05.2003, cuja cópia se junta, gravidade essa que se acentua no caso de este procedimento ser prática corrente dessa Direcção-Geral, ainda que apenas relativamente às decisões dos processos de recurso das deliberações das juntas médicas.

Quanto a este aspecto, permito-me fazer notar que essa actuação traduz um desrespeito, não só pelo disposto no artigo 68.º, n.º 1, alínea a) do CPA, como pela disposição da nossa Lei Fundamental da qual o mesmo decorre – o artigo 268.º, n.º 3. Com efeito, nestes preceitos é expressa e claramente estabelecido que os administrados têm o direito de ser notificados dos actos administrativos, e que dessa notificação deve constar *o texto integral do acto*, exigência que apenas se pode considerar satisfeita quando é dado conhecimento da sua fundamentação.

No caso do reclamante, essa satisfação somente veio a ocorrer após a iniciativa manifestada pelo reclamante no seu requerimento de 14.05.2003 e decorrido que foi o prazo desrazoavelmente longo já supra apreciado, através do ofício dessa Direcção-Geral de 04.09.2003.

Deste modo, sob pena de cercear direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, constitucionalmente reconhecidos em matéria de Administração Pública, deverá essa Direcção-Geral proceder à adopção de medidas que permitam garantir a não só o cumprimento o prazo de 10 dias previsto no artigo 63.º do CPA, mas também a notificação, na íntegra, dos actos administrativos praticados aos respectivos interessados, designadamente nos processos de recurso das deliberações de juntas médicas, como é o caso do reclamante, e onde a Provedoria de Justiça teve a oportunidade de verificar estas irregularidades de procedimento.

Certo de que V. Ex.ª não deixará de providenciar neste sentido, solicito que sejam comunicadas a este Órgão do Estado as acções que forem implementadas e introduzidas, bem como os resultados alcançados com as mesmas.

R-2886/03
Assessor: Mónica Duarte Silva

Entidade Visada: Metropolitano de Lisboa, E.P.
Assunto: Violação do direito das comissões de trabalhadores de intervirem nos processos de reestruturação das empresas.

Reportando-me ao assunto em referência e tendo em vista os esclarecimentos prestados no ofício, não posso deixar de reiterar junto de V.Exa. a necessidade de serem devida e integralmente respeitados os direitos da comissão de trabalhadores relativamente à sua intervenção na, ainda que eventual, reestruturação da empresa.

O direito das comissões de trabalhadores a intervirem nos processos de reestruturação das empresas decorre do artº 54º, n.º 5, alínea c), da Constituição da República Portuguesa e do artº 33º, da Lei n.º 46/79, de 12/09, o qual explicita das suas alíneas a) a e) em que termos, forma e condições é que essa participação se deve processar.

A tal propósito, permito-me fazer notar que a lei estipula uma verdadeira participação das comissões de trabalhadores nos processos de reestruturação das empresas, inclusive no que aos respectivos trabalhos preparatórios diz respeito [*vide* artº 33º, d)] Sublinhe-se, ainda, que o próprio direito à emissão de parecer prévio não recai apenas sobre os instrumentos finais da decisão de reestruturação [artº 33º, c)], mas também, sobre os meros planos ou projectos de reestruturação [artº 33º, a)] que eventualmente a antecedam.

Por outro lado, trata-se de um direito autonomizável relativamente aos demais direitos cometidos legalmente às comissões de trabalhadores, tais como, o direito à informação. Assim, não se me afigura correcta a conclusão vertida no ofício dessa entidade, ora em análise, segundo a qual: *"De qualquer das formas, não objectiva* (Projecto de reestruturação) *alteração à organização da produção com implicação no grau de utilização de mão-de-obra e equipamentos.*

Daí que não se tratando - como objectivo - de medida de gestão com incidência na situação dos trabalhadores, parece-nos arredado da obrigatoriedade de parecer prévio."

Com efeito, o preceito legal que regula o direito à intervenção na reorganização das empresas por parte das comissões de trabalhadores (artº 33º da Lei n.º 46/79, de 12/09), não restringe tal participação aos casos em que a reestruturação prevista tenha implicação no grau de utilização de mão-de-obra e equipamentos ou que, de alguma forma, tenha incidência na situação dos trabalhadores. Tal restrição não consta da lei e não é legítimo presumi-la.

A violação do direito das comissões de trabalhadores participarem na reestruturação das respectivas empresas assume considerável gravidade, já que tal direito, para além de consagrado legalmente, é-o, também, constitucionalmente. Refira-se, aliás, que se trata de normativo que integrou a Constituição desde a sua versão originária e que sobreviveu a todas as revisões constitucionais entretanto verificadas. Mais, longe de estar ultrapassado, foi antes reforçado através do seu alargamento às associações sindicais [actual artº 56º , n.º 2, alínea e)]. Verifica-se, pois, ser clara e inequívoca a vontade do poder constituinte e legislativo no sentido de garantir a efectiva participação das comissões de trabalhadores – e também das associações sindicais – nos processos de reestruturação das respectivas empresas.

Do acima exposto resulta que o Conselho de Gerência do Metropolitano de Lisboa, E.P. está obrigado, por força do disposto nas diversas alíneas do artigo 33º, a auscultar a comissão de

trabalhadores sobre o projecto de reestruturação em questão, mesmo que este seja apenas um mero plano e esteja, ainda, numa fase de estudos ou trabalhos preparatórios [*vide* artº 33º, a) e b) e d)].

Em face do exposto, solicito a V.Exa. se digne repor a legalidade da situação, dando o devido e integral cumprimento ao preceituado nas diversas alíneas que integram o artº 33º, da lei n.º 46/79, de 12/09. Desta forma estarão a ser respeitados os direitos que a Constituição e a lei quiseram conceder às comissões de trabalhadores com vista a garantir a sua efectiva participação democrática na vida das empresas.

Finalmente, permito-me fazer notar que a violação do artº 33º, da Lei n.º 46/79, de 12/09, constitui contra-ordenação grave (conforme resulta do artº 36º, n.º 2, do mesmo diploma legal), pelo que, a manter-se a situação de incumprimento supra referenciada, será a mesma participada à Inspecção-Geral do Trabalho, para os devidos efeitos.

Assim, com vista à conclusão do processo neste órgão do Estado, solicito que, com a máxima brevidade possível, seja dado conhecimento da sequência dada a esta especial *chamada de atenção*.

Nota: Embora não acatando totalmente a posição da Provedoria de Justiça, o Conselho de Gerência da Metropolitano de Lisboa, E.P., propôs-se promover uma reunião com a comissão de trabalhadores para a prestação dos esclarecimentos e informações tidos como possíveis.

R-2912/03
Assessor: Margarida Santerre

Entidade visada: Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social

Assunto: Pedido de restituição de contribuições indevidamente pagas à segurança social.

Relativamente ao assunto melhor identificado em epígrafe e tendo sido recebido, neste órgão do Estado, em 1.09.2003, ofício do Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social de Setúbal, ao abrigo do qual foi feito saber estarem a ser adoptadas as medidas necessárias à restituição ao interessado das contribuições indevidamente pagas, venho agradecer a V.Exa. a colaboração desse instituto.

De qualquer modo, aquele centro distrital refere que só agora – após a intervenção da Provedoria de Justiça – tomou conhecimento da existência do requerimento do beneficiário aqui em causa, termos em que subsiste a dúvida legítima de saber porque razão não foi o interessado, oportunamente, informado da necessidade de dirigir aquele requerimento, directamente, ao CDSSS de Setúbal ou, em alternativa, porque não se dispôs o IGFSS a encaminhar esse pedido para aquela entidade.

Com efeito e existindo registos postais exibidos pelo interessado que comprovam a apresentação junto do IGFSS, em 18.04.2002, do requerimento de restituição de contribuições, permanece por esclarecer qual o destino conferido àquela correspondência.

Nesse sentido, gostaria de dispor de esclarecimentos complementares sobre este ponto e ainda de chamar a atenção de V.Exa. para a necessidade de serem adoptadas todas as cautelas necessárias a evitar a ocorrência de situações semelhantes.

Nota: O Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social respondeu ao Provedor de Justiça, em 28.10.2003, dando conta de que o processo do beneficiário que motivou a presente reclamação se encontrava em vias de ser totalmente resolvido e esclarecendo melhor as diligências realizadas para o seu cabal esclarecimento.

R-3560/03
Assessor: Margarida Santerre

Entidade visada: Caixa Geral de Aposentações
Assunto: Recálculo das pensões de aposentação requeridas até 31.12.2002.

A intervenção do Provedor de Justiça tem vindo a ser suscitada, com insistência, nas últimas semanas, por subscritores da Caixa Geral de Aposentações que requereram a sua aposentação até 31.12.2002 e por força do disposto no artigo 9.º, n.º 8 da Lei n.º 32-B/2002, de 30 de Dezembro, viram as suas pensões calculadas com base na situação profissional existente em 31.12.2002, num claro afastamento das regras gerais contidas no artigo 43.º do Estatuto da Aposentação que estabelece que o regime de aposentação se fixa com base na lei em vigor à data em que ocorre o acto determinante.

Reconhece-se que o artigo 9.º, n.º 8 da Lei do Orçamento de Estado para 2003 constituiu uma medida excepcional que visava acautelar os direitos dos subscritores face às alterações introduzidas à fórmula de cálculo das pensões – artigo 53.º do EA.

No entanto e atendendo a que a legislação em vigor até 30.12.2002 se viu repristinada, na sequência da declaração de inconstitucionalidade da Lei n.º 32-B/2002, promovida pelo Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 360/2003[127], de 8.07.2003, não se vê motivo para não se proceder ao recálculo destas pensões de aposentação, em concreto, e de todas as outras que seguiram idêntico regime (incluindo as aposentações por invalidez, cuja junta médica só reuniu no decurso do corrente ano), nos termos já enunciados e que decorrem do artigo 43.º do EA.

[127] Publicado no Diário da República, I Série, n.º 232, de 7.10.2003

Em face deste entendimento, solicito a V.Exa. se digne informar este órgão do Estado sobre quais os procedimentos adoptados e a adoptar pela Caixa Geral de Aposentações, no âmbito desta questão, nomeadamente, se digne confirmar se está previsto o recálculo de todas estas pensões por forma a terem em conta a situação existente no momento do chamado acto determinante.

R-3960/03
Assessor: Diogo Nunes dos Santos

Entidade visada: Centro de Saúde da Lapa
Assunto: Ausência de resposta à reclamação apresentada no Livro Amarelo do Centro de Saúde da Lapa em 26 de Setembro de 2002.

Na sequência do ofício de 14.11.2003, que muito agradeço, cumpre-me informar que, o processo que correu termos nesta Provedoria de Justiça, na sequência de reclamação relativa a ausência de resposta à reclamação apresentada no Livro Amarelo do Centro de Saúde da Lapa em 26 de Setembro de 2002, foi arquivado.

Porém, faço notar que as reclamações exaradas no livro amarelo ("livro de reclamações"), bem como quaisquer outras que incidam sobre o funcionamento do serviço, devem em todas as situações ser objecto de tratamento, não podendo deixar de ser dada uma resposta ao reclamante.

De facto, a adopção do denominado *livro de reclamações* tem como objectivo o de assegurar uma melhoria dos serviços, garantindo que os utentes dos serviços públicos tenham um meio célere e eficaz de exercer o seu direito de reclamação, sempre que entenderem que os seus direitos não foram devidamente acautelados ou que não foram satisfeitas as expectativas no que diz respeito às exigências de atendimento definidas por lei,

conforme consta do preâmbulo da Portaria n.º 355/97, de 28 de Maio.

As reclamações exaradas no livro, bem como quaisquer outras que incidam sobre o funcionamento do serviço, devem ser remetidas no prazo de 5 dias úteis após terem sido lavradas, ao gabinete do membro do Governo que tutela o Serviço ou organismo e ao membro do Governo que tutela a Administração Pública, conforme procedimento instituído na Resolução do Conselho de Ministros n.º 189/96 de 31 de Outubro.

R-4070/03
Assessor: Fátima Monteiro Martins

Entidade Visada: Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social de Aveiro
Assunto: Demora na colocação de um casal de idosos em instituição de apoio competente.

Foi recebida na Provedoria de Justiça uma exposição apresentada por ..., na qual o mesmo veio descrever a situação em que vive com a sua esposa, tendo feito referência a algumas diligências que estariam a ser desenvolvidas por parte da segurança social para os ajudar, mas que até à data não obtiveram nenhum resultado concreto.

Contactado o Serviço Local de São João da Madeira desse Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social (CDSSS), apurou este órgão do Estado que se encontra em curso um processo, aberto em nome da esposa do reclamante, no âmbito do qual estão a ser desenvolvidos esforços para que o casal seja admitido num lar de idosos.

Com efeito, segundo foi informado, a Sr.ª D. ... sofre da doença de Alzheimer, o reclamante sofre de outro tipo de patologias e ambos, já com uma idade avançada, não se encontram com capacidade para viverem sozinhos na sua casa, ainda que com o apoio domiciliário que têm.

Estas informações foram confirmadas pela ACAIS – Associação do Centro de Apoio aos Idosos Sanjoaneses, que lhes presta o referido apoio domiciliário e que, embora tendo afirmado que o mesmo apoio vai ser alargado, em Janeiro próximo, para um período de 24 horas, confirmou não ser esta a melhor solução, mostrando-se urgente a admissão do casal num lar para um acompanhamento adequado, sobretudo no que diz respeito à toma da medicação por parte da Sr.ª D. ....

Não obstante verificar-se, pelas informações prestadas, que já estão a ser desenvolvidos por esse CDSSS esforços no sentido de ser encontrada vaga para o casal numa instituição competente, não posso deixar de solicitar a colaboração de V. Ex.ª para que esta situação seja mantida como prioritária e para que sejam tomadas todas as providências necessárias, ainda que junto de instituições situadas fora da área de residência dos interessados, a fim de lhe ser dada uma resposta urgente.

Mais solicito que sejam comunicados a este órgão do Estado os resultados alcançados.

Nota: De acordo com informação entretanto prestada à Provedoria de Justiça pelo Serviço Local de São João da Madeira (Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social de Aveiro), o casal de reclamantes irá ser brevemente integrado num estabelecimento social para acolhimento de idosos (Centro de Bem-Estar Social de Ôca), desse modo se satisfazendo a sua pretensão.

R-4249/03
Assessor: Margarida Santerre

Entidade visada: Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social de Lisboa
Assunto: Pagamento do subsídio provisório de desemprego.

O beneficiário (..), apresentou uma queixa junto deste órgão do Estado, relativa às vicissitudes ocorridas no seu processo de prestações de desemprego, as quais não permitiram que, até à presente data, lhe fossem pagos os valores relativos ao subsídio provisório (período entre 28.01.2003 e 2.10.2003), no montante de € 5.715,85.

Segundo decorre da documentação anexa à reclamação pelo interessado e ainda das informações que foi possível obter, por contacto telefónico, realizado junto desse centro distrital, na origem deste atraso que muito penaliza o beneficiário, está o facto da nova morada do mesmo – e comunicada, oportunamente, a esses serviços – não ter sido, devidamente, registada.

Assim sendo, em lugar do subsídio provisório de desemprego ter sido transferido para a conta do beneficiário – como este requereu, a seu tempo – foi remetido, via postal, para uma morada que já não era a dele.

Por esse motivo, o valor titulado pelo cheque não terá sido, atempadamente, levantado, encontrando-se o Senhor... ainda à espera de receber as prestações reportadas a Janeiro de 2003.

Como V.Exa. por certo compreenderá, a confirmar-se o alegado, tal não pode deixar de revestir particular gravidade, uma vez que o prejuízo do beneficiário em causa resulta de deficiente actuação dos serviços desse centro distrital. Deste modo, impõe-se que a situação concreta seja regularizada com a maior brevidade possível, por forma a que o interessado receba, sem mais delongas, os € 5.715,85 que legitimamente reclama.

Por outro lado, parece justificar-se que sejam adoptadas medidas e procedimentos adequados, por forma a corrigir e regularizar situações idênticas eventualmente existentes, bem como a evitar situações futuras similares.

2.4.

Assuntos de organização administrativa e relação de emprego público, estatuto do pessoal das forças armadas

Provedor-Adjunto de Justiça:
Conselheiro Macedo de Almeida

Coordenador:
Alberto Amaral

Assessores:
Jorge Castelo Branco
Graça Fonseca
Fátima Almeida
Elisa Morgado
Graça Barreiros (Até Fevereiro)
Leonor Sampaio
Ana Neves
Maria de Lurdes Garcia

2.4.1. Introdução

I

1. As questões relativas a relações laborais apresentadas ao Provedor de Justiça, no âmbito das entidades que integram a Administração Pública, são suficientemente demonstrativas das dificuldades com que se deparam as entidades públicas, independentemente da natureza pública ou privada da relação laboral em causa, para gerir de uma forma eficaz os seus recursos humanos. E essa ineficácia é resultante, em muitos casos, de soluções legislativas pouco claras e demasiado rígidas, impedindo a adopção de critérios adequados a uma gestão eficaz dos recursos humanos, sem perder de vista os critérios de justiça e equidade que à mesma estão subjacentes.

2. Na realidade, a lei e as inúmeras disposições legais reguladoras do regime específico da função pública, para além de excessivamente regulamentadas – dir-se-á que o legislador, nalguns casos, adoptou como critério o princípio da excepção em detrimento do da regra – são confusas quer nas soluções legislativas adoptadas, quer nos conceitos empregues, indo ao ponto de se utilizar o mesmo conceito para significar realidades distintas, sem embargo de, em muitos casos, se utilizarem as próprias leis orgânicas para resolver problemas gestionários de natureza pontual – estabelece-se, por vezes, tratamento diferenciado, sem justificação válida, em função da pertença a determinado grupo ou grupos profissionais, em clara violação do princípio da igualdade[128]

[128] Haja em vista o diploma legal que aprova os estatutos do Instituto de Solidariedade e Segurança Social – Decreto-Lei n.º 316-A/2000, de 07/12, que vem permitir a contagem de tempo detido pelos chefes de repartição para efeitos de acesso na carreira técnica superior, contrariamente ao estabelecido na lei geral.

– que a Administração consente e deixa arrastar, numa inércia incompatível com qualquer critério de natureza gestionária e com os direitos dos trabalhadores que tem ao seu serviço.

3. E ausência de medidas de natureza gestionária, tomadas e fundamentadas em tempo oportuno, conduz a Administração a adoptar soluções incompatíveis com os princípios básicos inerentes à actividade administrativa[129], bem como impondo aos funcionários o ónus da correcção de determinadas declarações cujo conhecimento deve constar dos respectivos processos individuais. Neste sentido o teor da Recomendação n.º 9/A/2003.

4. Acresce, por outro lado, que a proliferação de medidas de natureza legislativa – situação esta que se agrava ainda mais quando alguma legislação que é produzida fica dependente de regulamentação, que tarde ou nunca chega a sair, conduzindo a situações de omissão do dever de regulamentar[130] que se afiguram inaceitáveis – não favorece a adopção de mecanismos de natureza gestionária, por dificuldades compreensíveis na sua assimilação e execução, a que não é alheia a falta de preparação do pessoal que tem a seu cargo a administração e gestão dos recursos humanos.

5. Com efeito, e pese embora os esforços louváveis de muitas entidades visando a formação dos recursos humanos ao serviço da Administração Pública, parece haver uma tendência do abandono da formação contínua no local de trabalho em favor da formação ministrada em sala, tendência essa a que não é alheia a

---

[129] Exemplos típicos, constantes do presente relatório, são os relativos aos processos R-3978/02, em que a Câmara Municipal de Almada, em resposta à Recomendação do Provedor de Justiça, vem sustentar o seu não acatamento com o fundamento no combate ao absentismo fraudulento, questão esta que incumbia à Autarquia atacar nos termos em que lhe são permitidos por lei. Outro caso é o respeitante ao R-1256/03, relativo à transferência de militares da Brigada de Trânsito da GNR.

[130] O que se verifica com o pessoal não docente dos ensinos básico e secundário é paradigmático desta situação. O Decreto-Lei n.º 515/99, de 24/11, que aprovou o estatuto do pessoal em causa, fez depender a efectivação de determinados direitos da aprovação de quadros regionais, que nunca chegaram a ser publicados, encontrando-se actualmente em curso de revisão aquele regime legal.

pressão legítima dos trabalhadores para frequentar acções de formação face ao peso que as mesmas têm em sede de concurso.

6. E a esta situação, sinteticamente descrita, não são alheias as entidades que regem as suas relações de trabalho pelo contrato individual de trabalho. Nestes casos, pese embora a intenção de simplificar procedimentos de natureza gestionária com o contrato individual de trabalho, corre-se o risco de a flexibilidade invocada para a sua introdução não passar de uma mera aparência, face aos regulamentos internos de trabalho entretanto produzidos[131].

II

1. A tipologia das queixas formuladas ao Provedor de Justiça não se tem alterado significativamente em relação aos anos anteriores, assumindo particular importância, independentemente do grupo profissional, as relativas a concursos de pessoal – 19,20% do total das queixas entradas – abrangendo-se nesta expressão qualquer forma de colocação que obedeça a critérios de selecção pré-determinados.

2. Na generalidade dos casos respeitantes a concursos, a capacidade de intervenção do Provedor de Justiça é limitada, pela natureza discricionária de determinados aspectos do concurso, procurando-se aferir na instrução até que ponto a Administração curou ou não de salvaguardar os princípios gerais pelos quais deve pautar a sua actividade. Aliás, a maior parte dos processos constantes deste Relatório, na parte relativa a "censuras e reparos" dirigidos à Administração, são respeitantes a questões de

[131] Sirva de exemplo para o caso a situação do Instituto do Emprego e Formação Profissional, em que se aprovaram mais de uma dezena de regulamentos internos destinados ao pessoal com o contrato individual de trabalho, de teor idêntico ao das leis que regem a função pública, com a agravante de, face ao regulamento de carreiras e remunerações, este padecer da mesma "doença" que o regime de carreiras e remunerações estabelecido para os funcionários e agentes do Estado.

concursos, devendo entender-se como tal toda a actuação da Administração visando o recrutamento através de um procedimento selectivo predeterminado.

3. Têm, no entanto, determinadas entidades – embora não se possa concluir que essa forma de actuação consista numa tendência – procurado resolver problemas gestionários emergentes, utilizando para o efeito o procedimento da reclassificação profissional, previsto no Decreto-Lei n.º 497/99, de 19 de Novembro, garantindo assim a nomeação para um conjunto de cargos de pessoal que vinha exercendo as funções em causa, com carácter transitório. É o caso do processo R-1368/03, em que a Câmara Municipal de Ponte de Soure promoveu a reclassificação profissional de um conjunto de funcionários para cargos de chefia – que o próprio diploma da reclassificação profissional proíbe – em detrimento do princípio geral do concurso como forma de recrutamento para cargos da função pública. Formulado o reparo à autarquia em causa, promoveu a Provedoria de Justiça o encaminhamento do processo para o Ministério Público.

4. È ainda o caso dos processos R-1392/02 e R-2897/02 em que um conjunto de funcionários da Direcção-Geral dos Impostos apresentou queixa ao Provedor de Justiça por o Ministro das Finanças, em Fevereiro de 2002[132], ter procedido à reclassificação profissional de cerca de 190 funcionários daquela Direcção-Geral, que na mesma exerciam funções como supranumerários, ao abrigo do disposto no artº 6º do Decreto-Lei n.º 42/97, de 7 de Fevereiro. Através da reclassificação em causa, a Administração procurou ultrapassar o impasse surgido com a anulação do concurso a que os interessados, por imposição da lei, tinham sido opositores para efeitos de provimento definitivo no cargo que exerciam como

[132] A posição do membro do Governo em causa foi sustentada por parecer da Secretaria-Geral do Ministério das Finanças, que não obstante salientar que a nomeação definitiva dos mesmos só poderia ser feita através de concurso, entendeu que não havia obstáculo à pretendida reclassificação, desde que os mesmos desistissem do exercício de funções como supranumerários e voltassem ao lugar de origem.

supranumerários. E com este acto, a Administração abrangeu tanto os funcionários que se encontravam aprovados no concurso como os que dele se encontravam excluídos. Entendeu o Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais não se verificar no acto de reclassificação em questão a pretendida nulidade invocada pela Provedoria de Justiça. Entendeu-se como adequado a remessa do processo ao Procurador Geral da República, para os efeitos tidos por adequados.

5. Em outros casos de concursos continua a verificar-se a violação do princípio da imparcialidade – provavelmente mais comum, em meios pequenos – através da integração no júri do concurso de pessoas que para tal se devem encontrar impedidas nos termos do artigo 44º do CPA (cfr. processo n.º 2220/03), bem como da violação do princípio da proporcionalidade e da fundamentação adequada (cfr. processo R-3267/03). Neste caso, a autarquia em causa, para o recrutamento de pessoal pertencente a determinada categoria profissional, dispensou a prestação de prova práticas que os concorrentes deveriam efectuar, com fundamento na "grande simplicidade" do conteúdo funcional da categoria em causa, sendo que as provas teóricas incidiam sobre questões irrelevantes, e não justificadas, para o desempenho da actividade.

6. Para além destes casos, são frequentes as queixas pela não abertura de concursos, quando a Administração se encontra vinculada a fazê-lo, particularmente nas situações decorrentes da aplicação do disposto no Decreto-Lei n.º 121/96, de 9 de Agosto[133], em que, face à conjuntura orçamental vigente, não tem sido possível à Administração orçamentar vagas para o efeito. Mas, nalguns casos, a inviabilização da abertura de concurso foi ditada por razões diferentes, quais sejam as decorrentes da publicação de Portaria com o quadro de pessoal não docente em execução do

[133] Impõe a abertura de concurso de acesso, sob a forma de concurso interno condicionado, sempre que, havendo vagas orçamentadas no respectivo serviço ou organismo, existam funcionários posicionados no último escalão da respectiva categoria , com mais de seis anos de serviço.

Decreto-Lei n.º 515/99, de 24 de Novembro, tendo-se verificado, conforme consta do processo R-842/00, que, a final, a Direcção-Geral da Administração Educativa não se encontrava impedida de abrir os concursos que lhe eram legalmente impostos, já que, na ausência dos quadros regionais previstos naquele diploma legal, poderia proceder à abertura de concursos centralizadamente.

7. No que concerne à necessidade de um procedimento de selecção destinado a admitir pessoal com o contrato individual de trabalho, como tem vindo a sustentar a Provedoria de Justiça, fundamentou o Instituto de Solidariedade e Segurança Social que o facto de, em regra, ter celebrado contratos individuais de trabalho "por mera escolha directa" se devia à inexistência de norma legal disciplinadora nesse sentido, e ao não questionamento da validade dos contratos celebrados. Chamou-se a atenção do Instituto em causa no sentido de que o acesso a um emprego público está sempre dependente de um processo prévio de selecção[134], como decorre do disposto no artº 47º, n.º 2 da CRP, tendo-se, em consequência, formulado reparo à actuação do Instituto (processo R-2032/03).

III

1. Para além das questões respeitantes a concursos, continuam a ser comuns nesta Área da Assessoria, as relativas a remunerações de funcionários e outros agentes do Estado e de outras entidades públicas, ao respectivo posicionamento indiciário e de escalão e à comparação a que inevitavelmente os queixosos procedem quanto a outros funcionários que, não obstante serem mais novos na categoria profissional, estão posicionados em escalão superior, auferindo melhor remuneração.

2. O sistema retributivo da função pública, que já de si, de acordo com a primitiva grelha indiciária, evidenciava este tipo de

[134] Com a aprovação da Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro – lei quadro dos institutos públicos – consagraram-se os princípios norteadores (artº 34º), em matéria de recrutamento, para o pessoal com o contrato individual de trabalho.

situações, agravou-se com a entrada em vigor do Decreto-Lei. n.º 404-A/98, de 18 de Dezembro, sendo cada vez mais comuns as violações dos princípio da equidade e coerência interna que o próprio legislador apontou como princípios enformadores do sistema. O que é certo é que, não obstante o diploma em causa ter entrado em vigor em 1998, a sua não aplicação integral a determinado grupo de funcionários da Câmara Municipal de Guimarães motivou a Recomendação n.º 10/A/2003, tendo a mesma sido acatada.

IV

1. Para além destas questões, têm sido frequentes as queixas relativas à vinculação dos reclamantes em relação às entidades públicas. Efectivamente, mantêm-se situações de natureza contratual, como autênticas formas de trabalho subordinado, respeitantes a exercício de actividade sob a forma de contrato de prestação de serviços, avença, programas ocupacionais ou outras sem qualquer título jurídico.

2. A utilização por parte da Administração deste "expediente", assumiu um carácter de rotina, como forma de resolver pontualmente a satisfação de necessidades dos serviços, quer estas tenham natureza permanente ou eventual, em detrimento dos direitos mais elementares de quem presta o trabalho em causa. O que parece interessar para a Administração é que a forma dos actos seja assegurada, parecendo irrelevante que a situação em concreto nada tenha a ver com a forma utilizada. Não pode deixar de se referir a tendência crescente que estas formas ínvias da prestação de trabalho podem assumir em situação adversa de oferta de emprego por parte da Administração Pública.

V

Merecem ainda alguma referência as queixas dirigidas ao Provedor de Justiça por inexecução de sentenças dos Tribunais Administrativos. Neste sentido, o caso do processo R-1670/95, anotado no presente Relatório, constitui exemplo flagrante do não cumprimento de sentenças judiciais, muito embora em relação à questão a que o mesmo se reporta tenha havido duas recomendações do Provedor de Justiça em 1997 e 1999 (a segunda parcialmente acatada) no sentido da reintegração do funcionário. Em Outubro de 2002, o Tribunal Administrativo do Círculo de Lisboa emite decisão de execução de sentença, julgando parcialmente procedente o pedido formulado pelo requerente, ordenando à instituição em causa que praticasse os actos e operações materiais especificadas na sentença, tal como se tinha referido na primeira Recomendação do Provedor de Justiça, na qual se chamava a atenção para a necessidade de distinguir entre actos e operações materiais que a Administração devia produzir e actos visando a renovação de acto declarado nulo. O processo foi arquivado por, entretanto, ter sido dada execução à sentença. Neste aspecto, bem andou o legislador ao estabelecer para estas situações, no Código do Processo dos Tribunais Administrativos e Fiscais, uma prestação pecuniária compulsória.

VI

1. No decurso de 2003, no âmbito das queixas que têm sido apresentadas por trabalhadores da Administração Pública ao Provedor de Justiça, não se alterou substancialmente em relação a anos anteriores a natureza das entidades visadas, conforme quadro anexo, e a tipologia das reclamações.

2. Efectivamente, quanto ao conjunto das entidades visadas, as queixas apresentadas dizem respeito, genericamente, a todas as entidades que integram o sector público administrativo,

assumindo contudo relevância, em termos numéricos, as queixas contra serviços ou estabelecimentos do Ministério da Educação.

3. Assim, do conjunto de queixas novas apresentadas ao Provedor de Justiça, em 2003, 27, 5% visavam serviços e organismos do Ministério da Educação, e 13,37% serviços e organismos dependentes ou tutelados pelo Ministério da Saúde, aparecendo com 6,6% as queixas contra a Direcção-Geral de Impostos.

4. Em relação aos grupos profissionais que mais solicitaram a intervenção do Provedor de Justiça, destacam-se os docentes, representando 65% das queixas contra o Ministério da Educação, os militares dos três ramos das forças armadas com 6,9%, os funcionários tributários com 65,8% do total das queixas dirigidas contra aquela Direcção-Geral. Trata-se de uma percentagem expressivamente representativa, se se tiver em conta o número real de efectivos daquela Direcção-Geral, face ao número efectivo de docentes, por exemplo. Aliás, neste aspecto, pode-se dizer que a Direcção-Geral de Impostos é a entidade mais visada nas queixas dos trabalhadores que lhe prestam serviço[135].

VII

1. Por último e pelo interesse que reveste, convém referir a actuação de outros órgãos em relação à actuação do Provedor de Justiça, particularmente quando está em causa o acesso do(s) reclamante(s) ao processo organizado na Provedoria de Justiça.

2. Esta actuação conduzia os reclamantes a pedir a intervenção da Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos, tendo o Provedor de Justiça considerado que, ao contrário do sustentado por esta Comissão, como bem se refere no

[135] Com efeito, muito embora a Direcção-Geral da Administração Educativa seja uma das entidades do Ministério da Educação mais visadas por queixas apresentadas ao Provedor de Justiça, não o é, contudo, por causa de trabalhadores que tenha ao seu serviço, mas por responsabilidades na gestão de cúpula dos docentes dos ensinos básico e secundário e do pessoal não docente.

processo R-2569/01, inserto no presente relatório, "é um órgão independente", cujo âmbito de actuação são os "poderes públicos", abrangendo todos os tipos de actos públicos, sem prejuízo da reserva da função jurisdicional, sendo pois juridicamente insustentável que uma entidade administrativa independente pudesse controlar outros poderes públicos, incluindo os órgãos de soberania.

3. Não obstante esta posição, aproveitou o Provedor de Justiça a oportunidade para definir a sua actuação em relação a documentos constantes dos processos organizados na Provedoria de Justiça, sendo irrestrita a disponibilidade de acesso aos próprios queixosos ou reclamantes, não se justificando, como princípio, essa disponibilidade em relação a terceiros, particularmente quando não revelem interesse directo e legítimo na sua obtenção, salvo se o queixoso ou reclamante autorizar o Provedor de Justiça a facultá-los.

Processos novos entrados durante o ano de 2003

Ministério da Educação	DGAE	34,50%	**27,54%**
	ESCOLAS	18,71%	
	INST. POLIT.	5,26%	
	UNIVERSIDADE	8,19%	
	DRE	16,38%	
	ME	16,96%	
Ministério da Defesa Nacional	EXÉRCITO	51,16%	**6,92%**
	ARMADA	9,30%	
	FORÇA AÉREA	11,63%	
	MD	27,91%	
Ministério da Administração Interna	PSP	48%	**4,02%**
	GNR	24%	
	DGVIAÇÃO	28%	
Ministério das Finanças	DGCI	65,86%	**6,60%**
	MF	34,14%	
Ministério da Saúde	HOSPITAL	66,27%	**13,37%**
	ARS	18,07%	
	MS	15,66%	
Ministério da Justiça	DGSP	61,11%	**2,99%**
	MJ	38,89%	
Autarquias	CÂMARA	93,10%	**9,34%**
	J. FREGUESIA	6,90%	
Institutos Públicos			**4,83%**
Outros			**24,48%**

2.4.2. Recomendações

Sua Excelência
Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais

R-1714/97
Rec. n.º 7/A/2003
18.07.2003

I

Foi organizado na Provedoria de Justiça o presente processo para apreciar a situação funcional de uma funcionária da Direcção-Geral dos Impostos (DGCI).

Dos elementos obtidos ao longo da instrução, apuraram-se os seguintes factos relevantes:

1. A referida funcionária é oriunda do Gabinete de Gestão do Fundo de Desemprego e detentora da categoria de subinspectora de 2.ª classe da carreira de subinspector, carreira que se desenvolve pelas categorias de subinspector principal, de 1.ª e 2.ª classes, e de subinspector estagiário (cfr. artigo 14.º, alíneas e) a h) do Decreto-Lei n.º 146/78, de 13 de Dezembro, e mapa anexo, e artigo 46.º, alíneas h) e i) do Decreto-Lei n.º 48/78, de 21 de Março, e mapa anexo);

2. O Gabinete de Gestão do Fundo de Desemprego foi extinto pelo Decreto-Lei n.º 40/86, de 4 de Março, cujo artigo 8.º determina que "o pessoal ao serviço do Gabinete do Fundo de Desemprego será integrado, com manutenção de todos os seus direitos, nos adequados serviços da Administração Pública, incluindo institutos públicos que revistam a natureza de serviços personalizados ou de fundos públicos dependentes, designadamente, dos Ministérios das Finanças e do Trabalho e

Segurança Social", mediante portaria de alargamento dos respectivos quadros de pessoal;

3. Assim, ao abrigo da citada disposição legal e através da Portaria n.º 431/87, de 23 de Maio, esta funcionária, entre outros, foi integrada no quadro de pessoal da DGCI e colocada na Direcção Distrital de Finanças de Vila Real, com a categoria que detinha, isto é, subinspectora de 2.ª classe;

4. Posteriormente, a Portaria n.º 376/89, de 29 de Maio, veio alterar a distribuição dos lugares das categorias de subinspector principal, de 1.ª e 2.ª classes, previstos na referida Portaria n.º 431/87, de molde a "possibilitar a progressão na respectiva carreira aos funcionários oriundos do ex-Gabinete de Gestão do Fundo de Desemprego integrados na Direcção-Geral das Contribuições e Impostos", acautelando, como se impunha, o direito de acesso na carreira de subinspector;

5. Porém, a Portaria n.º 663/94, de 19 de Julho, veio introduzir nova alteração no quadro do pessoal da DGCI, o qual passou a prever apenas a categoria uninominal de subinspector, e não as demais categorias em que se estruturava a carreira em questão;

6. Em consequência, a funcionária limitou-se a progredir na escala que lhe foi fixada para a categoria de origem, na qual atingiu entretanto o último escalão, sem ter tido qualquer possibilidade de ascender na sua carreira, permanecendo na mesma categoria há mais de quinze anos, numa situação de completa estagnação profissional;

7. Por outro lado, desde a sua integração na DGCI, vem exercendo funções inerentes à agora designada carreira técnica de administração tributária;

8. Pelo ofício de 24 de Março de 2003, o Gabinete de V. Exa. veio informar que se encontra pendente de decisão uma proposta de reclassificação profissional, ao abrigo do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 497/99, de 19 de Novembro, que abrange esta funcionária, a qual, no entanto, face aos encargos que acarreta, aguarda uma melhor oportunidade.

II

Tendo finalmente sido apresentada solução para o caso particular da funcionária, que a reclamava há muito, é com grande apreensão que verifico que essa solução está agora adiada, mercê dos encargos financeiros que implica, em face do universo pessoal abrangido.

É por tal motivo que me dirijo a V. Exa., sublinhando que este caso exige solução urgente e particular, pois não se trata apenas de mais uma situação de desajustamento funcional, mas trata-se também e sobretudo de uma gravosa e ilegítima situação de estagnação profissional criada e mantida pela Administração, que, em consequência da alteração do quadro do pessoal da DGCI introduzida pela Portaria n.º 663/94, de 19 de Julho, impediu durante anos, e impede ainda hoje, esta funcionária de evoluir na carreira a que pertence.

Na verdade, não pode ser ignorado que a mesma foi integrada no quadro da DGCI na sequência da extinção do Gabinete de Gestão do Fundo de Desemprego, operada pelo Decreto-Lei n.º 40/86, de 4 de Março, diploma que, no seu artigo 8.º, garantiu a todo o pessoal envolvido os direitos de que dispunha, entre os quais se inclui, como direito fundamental, o de ascensão na própria carreira.

Ora, deve ser lembrado que a carreira de subinspector contemplava as categorias de subinspector principal, subinspector de 1.ª classe e de 2.ª classe - remuneradas, respectivamente, pelas letras J, L e M (cfr. artigo 14.º, alíneas e) a h), do Decreto-Lei n.º 146/78, de 13 de Dezembro, e correspondente mapa anexo, e Portaria n.º 431/87, de 23 de Maio) e depois da introdução do Novo Sistema Retributivo, operada pelo Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro, pelas escalas salariais de primeiro-oficial, de segundo-oficial e de terceiro-oficial da carreira de oficial administrativo -, sendo que todas estas categorias foram suprimidas pela referida Portaria n.º 663/94, a qual reduziu a

carreira a uma só - a de subinspector -, como se de carreira horizontal se tratasse e, é bom de notar, sem que para ela haja sido fixada uma escala salarial adequada.

Se é certo que, em nome do interesse público, se afigura legítima a reorganização dos serviços públicos, envolvendo a reestruturação ou até a extinção de carreiras, não é menos certo que deverão ser sempre respeitadas as situações constituídas e tidas em conta as legítimas expectativas dos respectivos funcionários, designadamente através da consagração de modelos substitutivos ou compensatórios, por imposição dos princípios da boa fé e da confiança e porque, à luz da Constituição, a evolução na carreira é um valor fundamental que deve ser protegido (v., a propósito, Gomes Canotilho e Vital Moreira in "Constituição da República Portuguesa Anotada", 3.ª ed. revista, p. 265, e Acórdão n.º 355/99 do Tribunal Constitucional).

Neste caso, porém, além de não terem sido alegadas razões juridicamente atendíveis para a alteração introduzida no quadro da Direcção-Geral dos Impostos pela citada Portaria n.º 663/94, na parte em que suprime os lugares previstos para as categorias da carreira de subinspector, constata-se que não foi acautelada por qualquer forma a situação dos funcionários que neles estavam providos.

É pois inegável que à funcionária foi criada uma situação de estagnação profissional ilegítima, retirando-se-lhe o direito de promoção na carreira, que, aliás, lhe fora mantido pelo artigo 8.º do mencionado Decreto-Lei n.º 40/86.

Assim e considerando que através da reclassificação profissional já proposta se corrigirá essa situação, entendo exercer o poder que me é conferido pela alínea a) do n.º 1 do artigo 20.º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, e

Recomendo

a Vossa Excelência:

Que a reclassificação profissional da funcionária seja promovida com urgência, pois as razões que a fundamentam, indo para além do desajustamento funcional que também se verifica, reclamam e justificam tratamento particular.
Permito-me lembrar a V. Exa. que, nos termos do disposto nos n.ºs. 2 e 3 do artigo 38.º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, deve ser comunicada a este Órgão do Estado a posição que venha a ser assumida quanto à presente Recomendação.

Aguarda resposta.

Exmº Senhor
Presidente do Conselho Directivo do
Instituto
de Solidariedade e Segurança Social

R-2257/02
Rec.n.º 8/A/2003
Data: 31.07.2003

I
Enunciado

1. Com base em queixa apresentada pela chefe de equipa do Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social de Braga, pelo não pagamento de trabalho extraordinário prestado nos sábados, dias 9 e 23 de Março de 2002, foi aberto um processo neste Órgão do Estado.

2. Ouvido sobre o assunto, V.Exa comunicou que considerava não haver direito ao pagamento, porque entendia que a competência para autorizar a prestação de trabalho suplementar se encontra reservada ao Conselho Directivo, enquanto órgão máximo do ISSS, referindo deliberações do Conselho Directivo, de 16 de Maio e 24 de Outubro de 2002, a reiterarem tal entendimento.

3. Argumentava-se ainda que «À data da prestação de trabalho em dia de descanso complementar a funcionária já se encontrava abrangida» pelo regime constante do Regulamento do Pessoal Dirigente e de Chefia.

4. De acordo com elementos trazidos ao processo, a prestação de trabalho suplementar foi autorizada, pelo então director do centro distrital, em 8 de Março e a nomeação da interessada, como de outros chefes de secção, teve lugar em 12 de Março, com produção de efeitos retroactivos a 12 de Outubro de 2001, tendo sido o trabalho extraordinário prestado, como se viu, em 9 e 23 de Março.

II
Apreciação

5. O n º 14 do Despacho n.º 004 P-CD/2002, datado de 26 de Fevereiro de 2002, que terá sido divulgado uns dias mais tarde, apenas refere: «É vedado o recurso a trabalho extraordinário ou em dias de descanso semanal/complementar, salvo situações excepcionais devidamente fundamentadas e delimitadas no tempo, nomeadamente as destinadas a assegurar o regular funcionamento dos estabelecimentos».

6. O facto de a Deliberação n.º 137/2002, de 16 de Maio, reiterada pela Deliberação n.º 216/2002, determinar que o recurso a trabalho extraordinário ou em dias de descanso semanal «carece de prévia autorização do C.D., sob pena de não ser autorizado o respectivo pagamento», parece indiciar que até aí não existia esta exigência, o que justificará que a autorização tenha sido concedida pelo director do centro distrital.

7. Aliás, afigura-se que, ainda que tivesse existido uma actuação inadequada da parte das chefias, os trabalhadores não deverão ser penalizados, dado que, de boa fé, executaram a actividade que lhes foi superiormente determinada.

8. Haverá ainda que considerar que o trabalho foi efectivamente prestado, não devendo dele resultar um enriquecimento sem causa para o Estado.

9. Nestes termos, entendo dever exercer o poder que me é conferido pela disposição contida no artigo 20 º, n º 1, alínea a), da Lei n º 9/91, de 9 de Abril e, como tal,

Recomendo

a V.Exa.:

Que, em cumprimento do disposto no n º 2 do artigo 7 º do Decreto-Lei n º 421/83, de 2 de Dezembro, se digne mandar proceder ao pagamento das quantias em dívida à chefe de equipa do Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social de Braga, pela prestação de trabalho extraordinário nos dias 9 e 23 de Março de 2002, assim como a outros trabalhadores que, eventualmente, se encontrem na mesma situação.
Queira V.Exa, em cumprimento do dever consagrado no artigo 38 º, n º 2, do Estatuto aprovado pela Lei n º 9/91, de 9 de Abril, dignar-se informar sobre a sequência que o assunto venha a merecer.

Não acatada.

Exmº Senhor
Presidente do Conselho de Administração
do Centro Hospitalar do Alto Minho, S.A

R-2040/03
Rec. n.º 9/A/2003
31.07.2003

1.Como é decerto do conhecimento de V. Exa, o médico ... actualmente na situação de aposentado, dirigiu-me uma queixa

onde, no essencial, questionava a regularidade da actuação dessa unidade hospitalar que lhe denegou o pagamento das remunerações correspondentes ao trabalho extraordinário executado no respectivo serviço de urgência após a data (13/02/02) em que o mesmo atingiu o limite máximo de idade para o exercício das suas funções, e isto por ter permanecido em efectividade de serviço médico até 14/03/03, data em que foi afinal notificado por essa instituição da respectiva desligação de serviço para efeitos de aposentação.

2. No âmbito da instrução do processo organizado com base na referida queixa procedeu-se à audição desse centro hospitalar, que em resposta transmitiu os esclarecimentos consubstanciados no ofício de 24/06/2003. Neste contexto, veio esse conselho de administração justificar a recusa do pagamento das quantias em questão argumentando, em suma, que o aqui reclamante contribuíra conscientemente para a configuração da situação de facto invocada, e consequentemente para a existência do vício de ilegalidade de que a mesma padecia, posto que:

a) A demora na efectivação da desligação de serviço, por limite de idade, deste funcionário radicara em erro na verificação dos respectivos pressupostos de facto, induzido por lapso de registo da respectiva data de nascimento constante de declaração por este preenchida;

b) Devendo o mesmo médico ter conhecimento das normas legais e regulamentares que lhe diziam respeito, estava também constituído na obrigação de "procurar obter junto do serviço de pessoal desse centro, o devido esclarecimento quanto à data de desvinculação, o que efectivamente não se verificou...".

3. Concluída a análise do processo subjacente com base no registo factual apurado e nos elementos informativos que em suporte da matéria reclamada foram prontamente disponibilizados por esse organismo, afigura-se não dever deixar de comunicar a V. Exa. algumas considerações que a questão abordada suscitou.

4. Com efeito, do circunstancialismo concreto que determinou a passagem do referido funcionário à aposentação vem assente, desde logo, que o mesmo completou 70 anos de idade em 13/02/03, sendo que à data da verificação deste evento já se encontrava pendente um processo de aposentação voluntária aberto a requerimento do próprio, cujos pressupostos assentavam na observância simultânea da idade e tempo de serviço aludidos no artigo 37º, n.º 1, do Estatuto da Aposentação, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 498/72, de 9/12, alterado pelos Decreto-Lei n.º 191-A/79, de 25/06, e n.º 503/99, de 20/11.

5. Não obstante a ocorrência deste evento, o mesmo funcionário continuou a prestar serviço médico na unidade hospitalar, em efectividade de serviço, até 13/03/03, data em que foi efectivamente notificado da sua desvinculação para aposentação, com efeitos reportados à data em que completara a idade limite.

6. No plano do direito, registaria, em primeira linha, que a verificação superveniente do limite de idade para o exercício de funções públicas, prescrito para a Administração Pública, em geral, no artigo 1º do Decreto n.º 16563, de 2/03/29, complementado pelo Decreto-Lei n.º 127/87, de 17/03, influenciava decisivamente a esfera individual deste funcionário, independentemente do desenvolvimento procedimental do processo de aposentação que já então se encontrava em curso, posto que logo determinaria, por imperativo legal, a cessação definitiva da relação de emprego público que o mesmo constituíra com a Administração e a sua consequente transição para a situação de inactividade (ou pré-aposentação).

7. Configurava-se, deste modo, a ocorrência de novo facto determinante do direito à aposentação (cfr. disposições conjuntas dos artigos 28º, n.º 1, última parte, do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7/12, e 37º, n.º 2, alínea b), 43º, 74º, n.º 2, 97º e 99º do referido Estatuto de Aposentação) que desencadearia a imediata desligação de serviço deste funcionário, no momento em que perfizesse os referidos 70 anos de idade. Tal, apesar de, no caso concreto, a

resolução final proferida pela Caixa Geral de Aposentações sobre o reconhecimento e concessão do direito à pensão de aposentação apenas ter sido proferida em 7/04/03 e dada a conhecer ao serviço a que pertencia em 16/04/03 (cfr. artigo 97º, n.º 1, e artigo 99º, n.ºs 1 e 2, do citado Estatuto).

8. Atendendo à legislação pertinente que com a matéria se relaciona, entendo, porém, que nenhum dos argumentos invocados por V.Exa são de molde a justificar a bondade da decisão assumida neste domínio. Na verdade, apesar de reconhecer a procedência dos obstáculos de direito positivo aduzidos para pôr em causa a prestação de trabalho assegurada além da idade legal, como também admita que a Administração não pretendesse desrespeitar as normas e princípios legais aplicáveis, menos atendível se afigura invocar que a alegada participação culposa do reclamante tenha contribuído para a passividade desse centro hospitalar, no que toca ao cumprimento atempado das obrigações previstas no artigo 1º do citado Decreto-Lei n.º 127/87, de 17/03.

9. Em primeiro lugar, não é crível nem razoável que o lapso de escrita registado pudesse, por si só, induzir à formação de um juízo erróneo quanto à data de verificação do limite de idade, quando a prossecução do dever de cuidado e diligência esperados aconselharia os respectivos serviços administrativos a confrontar os dados biográficos indicados com os meios oficiais de prova, *maxime* os documentos oficiais de identificação, que naturalmente deveriam constar do processo individual organizado nesses serviços, estes sim com inegável relevância procedimental no que toca à verificação dos factos que pudessem relevar na respectiva situação laboral – v. artigo 87º, n.º 2, do CPA.

10. A fundamentação aduzida é tanto menos sustentável quanto uma breve consulta ao requerimento e informação procedimental contida no processo de aposentação voluntária iniciado pelo interessado em 19/11/02, *maxime* os elementos de identificação por este preenchidos no modelo pré-impresso que o instruía, teria permitido identificar e corrigir a nota biográfica

dissonante, em tempo oportuno, uma vez que aqui já o mesmo funcionário apontara outra data de nascimento: 13/02/33.

11. Entendo, isso sim, demonstrado que a Administração, através dos seus órgãos competentes, agiu, no caso concreto, de forma negligente e reforçou, por inércia, o erro em que já laborava, quanto à verificação e controlo da informação biográfica de um seu funcionário, nomeadamente no quadro das especiais obrigações que lhe estavam cometidas pelo artigo 1º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 127/87, supra referido, responsabilidades que relativamente à situação denunciada não poderão ser desvaloradas ou dirimidas, no que toca à permanência em funções além do limite de idade atingido.

12. Ademais, parece-me pouco seguro afiançar que a atitude de alheamento imputada a este funcionário, relativamente à comunicação de facto que poderia levar a Administração a ponderação diversa, indicie actuação dolosa orientada para a obtenção de vantagens ilegítimas ou a colaboração consciente na existência do vício invocado que poria em causa a sua boa fé. Se o grau de habilitação detido ou a função social do respectivo cargo não lhe permitiriam abstrair-se do condicionamento legal imposto ao exercício das suas funções e a prudência desejável recomendar que procurasse obter adequado esclarecimento da respectiva situação junto dos respectivos serviços de pessoal, o certo é que não estava cometida a este médico qualquer obrigação informativa relativamente aos factos subjacentes. Ao invés, pode até dizer-se que a inércia desse centro hospitalar, que, de modo negligente, consentiu e autorizou a continuidade da prestação de trabalho deste funcionário, poderia constituir motivo sério e razoável para o mesmo acreditar na validade da sua situação funcional após aquela data ou na possibilidade do seu reconhecimento formal para futuro – v., neste sentido, o artigo 6º-A, n.º 2, do CPA.

13. Efectuada que foi uma análise balanceada da correcção e probidade dos comportamentos do funcionário e da Administração no quadro factual denunciado, entendo, porém, que não estava juridicamente arredada a possibilidade de

atribuição de determinados efeitos à prestação de trabalho em causa.

14. Dir-se-á, antes de mais, que, independentemente das responsabilidades que em sede disciplinar pudessem ser imputadas aos agentes envolvidos, não é lícito ou sustentável que esse centro hospitalar se prevaleça da ausência de suporte legal e da consequente irregularidade da actividade profissional exercida após a idade limite, para recusar o pagamento ao queixoso da compensação remuneratória devida pelo trabalho prestado a incumbência dos seus serviços.

15. Na verdade, e não é menos relevante, vem sobejamente comprovado que o particular reclamante, atingido o limite de idade para o exercício do respectivo cargo, manteve a sua colaboração profissional a esse centro hospitalar, com a autorização das respectivas chefias médicas e demais responsáveis, continuando a assegurar, com a aparência de normalidade e de forma amplamente conhecida dos utentes e demais colaboradores da instituição, a prestação dos serviços médicos que lhe cabiam, o que permitiu o funcionamento eficaz e regular do serviço de urgência.

16. E se assim é, considero que a situação retratada, ainda que circunscrita a curto período temporal, revela óbvio aproveitamento injustificado por parte da Administração obtido à custa do funcionário que continuou a desempenhar a sua actividade profissional para além dos 70 anos de idade, porquanto só ela retira benefícios do exercício gratuito destas funções, ao rejeitar a contrapartida salarial do trabalho extraordinário que o mesmo executou.

17. Nesta circunstância, não é curial que a Administração exceda os limites da boa fé e do não locupletamento à custa alheia, consentindo e aproveitando o exercício destas funções, mas recusando a correspondente remuneração, o que se afigura injusto e desproporcionado, para além de ofender o princípio da igualdade consagrado na lei fundamental (cfr. artigos 13º e 266º da

Constituição, com a configuração específica plasmada no artigo 59º, n.º 1, alínea a), da mesma lei).

18. Por esta razão, justifica-se que à luz dos postulados básicos que orientam a actividade administrativa em geral e o respectivo relacionamento com os particulares, *maxime* os princípios da boa fé e da proibição do enriquecimento sem causa (este último, um princípio geral de direito decorrente do disposto no artigo 473º do Código Civil, transposto pela doutrina e jurisprudência para o contexto da relação administrativa, enquanto factor autónomo de obrigações para a Administração – v. Alexandra Leitão *in* "O Enriquecimento Sem Causa na Administração Pública", págs 38 e seguintes), a par dos princípios da protecção da confiança, da justiça e da proporcionalidade, seja ainda considerada a possibilidade de serem abonadas ao reclamante as remunerações correspondentes ao serviço por este prestado após o limite de idade.

19. Na perspectiva exposta, cumpre-me finalmente salientar que, independentemente da minha intervenção, nada impedirá que o mesmo reclamante recorra à jurisdição administrativa para obter o ressarcimento daquilo com que a Administração se locupletou indevidamente pelo desempenho do seu trabalho, fazendo uso, para tanto, de acção condenatória para efectivação de responsabilidade extra-contratual desse centro hospitalar (artigo 71º da LPTA e Decreto-Lei n.º 48051, de 21/11/67).

Em face de tudo quanto precedentemente exposto e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no artigo 20º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 9/91,

Recomendo

a V. Exa.:

Que seja providenciado o pagamento ao médico Dr. ... das remunerações decorrentes do trabalho extraordinário por este

realizado no serviço de urgência desse Centro Hospitalar entre 13/02/2003 e 13/03/2003, com os demais juros de mora, por forma a impedir o enriquecimento desse organismo público sem causa justificativa.
Queira V. Exa, em cumprimento do dever consignado no artigo 38º, n.º 2, da Lei n.º 9/91, de 9/04, dignar-se informar sobre a sequência que o assunto vier a merecer.

Acatada.

Exmº Senhor
Presidente da Câmara Municipal de
Guimarães

R-3747/02
Rec. n.º. 10/A/2003
01.08.2003

I

Foi organizado na Provedoria de Justiça o presente processo a propósito da situação funcional de A e de B, ambos funcionários da Câmara Municipal de Guimarães, em cujo quadro ingressaram com a categoria de técnicos-adjuntos de biblioteca e documentação de 2.ª classe, após aprovação em concurso.

Na respectiva instrução, apuraram-se os seguintes factos relevantes:

1. Na sequência da aprovação no concurso aberto por aviso publicado em 3 de Julho de 1997, foram os interessados, entre outros, nomeados técnicos-adjuntos de biblioteca e documentação de 2.ª classe, por urgente conveniência de serviço, com efeitos a 2 de Fevereiro de 1998;

2. Em Janeiro de 1999, por força da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 412-A/98, de 30 de Dezembro, que veio tornar

aplicável à Administração Local o Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18 de Dezembro, foram posicionados na categoria de técnico profissional de biblioteca e documentação de 1.ª classe, escalão 1, índice 215, de acordo com o disposto nos n.ºs. 2, alínea d), e 6 do artigo 20.º deste último diploma;

3. Todavia, em Junho de 1999, foi determinado o respectivo reposicionamento na categoria de técnico profissional de biblioteca e documentação de 2.ª classe, escalão 1, índice 190, por ter essa autarquia concluído entretanto que as regras de transição daquele decreto-lei só deviam ser aplicadas às situações já constituídas na data a que se reporta a eficácia do mesmo, isto é, a 1 de Janeiro de 1998.

II

A questão que se coloca no presente processo consiste unicamente em saber se aos interessados, bem como a todos aqueles que se encontram em igual situação, deve ser reconhecido o direito à transição para a categoria de técnico profissional de biblioteca e documentação de 1.ª classe, nos termos do disposto no n.º 2, alínea d), e n.º 6, do artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18 de Dezembro, aplicado à Administração Local pelo Decreto-Lei n.º 412-A/98, de 30 de Dezembro[136].

Sustenta V. Exa. que estes funcionários não são abrangidos pelas regras de transição estabelecidas no citado preceito legal, uma vez que o ingresso dos mesmos em carreira técnico-profissional de nível 4, reestruturada pelo Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18 de Dezembro, ocorreu em momento posterior ao da data da produção de efeitos deste diploma, que foi fixada em 1 de Janeiro de 1998. E considera por isso que o respectivo

[136] Na verdade, as dúvidas que também se colocaram quanto à aplicação do Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18 de Dezembro, às carreiras específicas da área de biblioteca e documentação e de arquivo encontram-se ultrapassadas, de acordo com o entendimento veiculado através do ofício circular n.º 14/GSEAPMA/99, como foi referido no ofício de V. Exa. de 5 de Maio de 2003.

posicionamento na nova carreira criada em substituição daquela há-de ser efectuado de acordo com as regras do artigo 6.º desse mesmo decreto-lei.

No entanto, como tentarei demonstrar de seguida, este não se afigura um argumento válido para afastar, no caso, a aplicação das regras do artigo 20.º do mencionado Decreto-Lei n.º 404-A/98, nem tão pouco se afigura solução defensável o recurso às do artigo 6.º do mesmo diploma para determinar o posicionamento dos funcionários na actual estrutura da carreira técnico-profissional.

O Decreto-Lei n.º 412-A/98, de 30 de Dezembro, tornou aplicável à Administração Local, com as adaptações nele constantes, o Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18 de Dezembro, o qual, por sua vez, veio estabelecer as regras sobre o ingresso, acesso e progressão nas carreiras e categorias do regime geral da Administração Pública, bem como as correspondentes escalas salariais, consagrando ainda, em sede de disposições transitórias, normas de direito transitório material para adaptar as situações preexistentes.

Para a análise da questão em apreço, começa-se por invocar os artigos 26.º e 27.º daquele diploma, que dispõem, respectivamente, acerca da sua eficácia e vigência. Assim, e na parte que importa agora considerar, estatui-se, naquele primeiro artigo, que os efeitos do diploma se produzem a 1 de Janeiro de 1998 e, no segundo, que a sua entrada em vigor ocorre no dia seguinte ao da publicação, ou seja, a 31 de Dezembro de 1998.

Como se sabe, vigência e eficácia da lei são conceitos distintos e, no que a este diploma concerne, o início da sua vigência não coincide com o da produção dos seus efeitos.

Deste modo, muito embora o diploma tenha, na verdade, eficácia retroactiva, só a partir do momento da sua entrada em vigor é que ele se integrou na ordem jurídica com carácter obrigatório.

Ora, é inequívoco que em tal momento, isto é, em 31 de Dezembro de 1998, os interessados eram já funcionários públicos, providos definitivamente em categoria de carreira de técnico-

adjunto do grupo de pessoal técnico-profissional, carreira esta que surge reestruturada, por fusão com a carreira de técnico auxiliar. As suas situações jurídicas encontravam-se, pois, nessa data, perfeitamente definidas de acordo com as regras estatutárias então vigentes.

Não pode por isso haver dúvidas acerca da necessidade da adaptação dessas situações à reestruturação introduzida, a qual deve, como é óbvio, efectuar-se pelo recurso às regras de direito transitório material que ele próprio consagra para esse efeito, ou seja, no caso, as regras da alínea d) do n.º 2 e do n.º 6 do artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18 de Dezembro.

E, ao contrário do que V. Exa. entende, a tal não obsta a retroactividade da eficácia do diploma, que deve, naturalmente, ser ajustada em função do momento em que essas situações se constituíram, em termos idênticos aos, aliás, expressamente previstos para aqueles casos em que ocorreram mudanças de categoria ou escalão a partir de 1 de Janeiro de 1998.

Com efeito, o legislador, em sede de disposições transitórias, não considerou apenas as situações existentes em 1 de Janeiro de 1998, de forma estanque, mas abrangeu também a dinâmica das relações funcionais verificada entre essa data e a data em que o diploma efectivamente passou a integrar a ordem jurídica.

Assim, por exemplo, o artigo 22.º determina que a transição se efectua de acordo com a categoria e escalão detidos em 1 de Janeiro de 1998, sem prejuízo do reposicionamento decorrente das alterações posteriores, de acordo com as regras aplicáveis, sendo evidente que os efeitos desse reposicionamento se produzirão tão somente a partir do momento em que tais alterações se verificaram (v., também neste sentido, o n.º 5 da parte II da Circular Conjunta n.º 1/DGAP/DGO/98).

De resto, mal se compreenderia que estes e todos os outros funcionários em idênticas circunstâncias permanecessem com a sua situação funcional inalterada, continuando a reger-se por um quadro jurídico que entretanto havia sofrido profundas

modificações, hipótese esta que, aliás, V. Exa. também não admite.

Mas se se concorda que essa situação funcional deve ser adaptada ao novo quadro, deve igualmente concordar-se que, para tanto, têm de aplicar-se as regras de transição nele estabelecidas, à luz das quais se determinará a categoria e a escala competente, bem como o posicionamento concreto que há-de caber a cada um, sendo certo, porém, e como decorre do que acima referi, que não se poderá nunca fazer reportar os efeitos da situação assim definida a um momento anterior ao da constituição daquela que lhe deu origem.

O que não pode é fazer-se uso, como se fez, das regras do artigo 6.º mencionado. Estas são regras dinâmicas, que regem prospectivamente o ingresso e acesso na nova carreira, criada em substituição das anteriores carreiras técnico-profissionais, de nível 3 e 4, e não contêm em si qualquer critério susceptível de conformar as situações já existentes. Além do mais, aplicá-las seria ignorar a pertença efectiva a uma carreira que desta se distingue.

Devo ainda sublinhar que não nos deve impressionar o facto de, por força da regra de transição aplicável, os funcionários em causa, que ingressaram, naturalmente, em carreira de nível 4 pela sua categoria de base, virem a aceder à categoria de técnico profissional de 1.ª classe, que constituiu já uma categoria de acesso da nova carreira técnico-profissional. É que, como se sabe, esta é, de facto, uma nova carreira e resultou da agregação da carreira de técnico-adjunto do grupo de pessoal técnico-profissional com a de técnico auxiliar do mesmo grupo, mas de nível inferior. E para a respectiva categoria de base transitaram apenas os que pertenciam a esta última e eram então técnicos auxiliares de 2.ª classe, tendo todos os que eram técnicos-adjuntos de 2.ª classe, para os quais se impunha solução diversa, transitado para a categoria de técnico profissional de 1.ª classe.

Assim sendo, porque, na data da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 412-A/98, de 30 de Dezembro, estes funcionários

se encontravam já nomeados na categoria de técnico-adjunto de biblioteca e documentação de 2.ª classe da carreira de técnico-adjunto de biblioteca e documentação, os mesmos devem transitar para a categoria de técnico profissional de biblioteca e documentação de 1.ª classe da carreira técnico-profissional de biblioteca e documentação que a substitui, tal como transitaram todos os que eram titulares daquela categoria desde 1 de Janeiro de 1998 e nela se mantiveram até 31 de Dezembro deste ano. Todavia, porque só foram providos em 2 de Fevereiro de 1998, só a esta mesma data se poderão fazer reportar os efeitos dessa transição.

III

Pelo exposto, entendo exercer o poder que me é conferido pela alínea a) do n.º 1 do artigo 20.º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, e

Recomendo

a V. Exa.:

Que a situação jurídica dos funcionários nomeados na sequência da aprovação no concurso aberto pelo aviso publicado em 3 de Julho de 1997 seja corrigida por aplicação das regras de transição estabelecidas no n.º 2, alínea d), e n.º 6 do artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18 de Dezembro, e que, em consequência, lhes sejam pagos os retroactivos respeitantes à transição para a categoria de técnico profissional de biblioteca e documentação de 1.ª classe, escalão 1, calculados desde 2 de Fevereiro de 1998, por ser a data em que foram nomeados na categoria de técnico-adjunto de biblioteca e documentação de 2.ª classe.

Permito-me lembrar a V. Exa. que, nos termos do disposto nos n.ºs. 2 e 3 do artigo 38.º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, deve ser

comunicada a este Órgão do Estado a posição que venha a ser assumida quanto à presente Recomendação, no prazo de 60 dias a contar da sua recepção, devendo um eventual não acatamento ser sempre fundamentado.

Nota:
Em resposta à Recomendação, o Exmo. Presidente da Câmara Municipal de Guimarães veio comunicar que mantinha a posição que assumira, invocando, porém, os fundamentos que havia já abandonado em sede instrutória e que se consideraram juridicamente inaceitáveis.
Sua Excelência o Provedor de Justiça, através de um esclarecimento adicional e correctivo da posição assumida naquela resposta, reiterou então a necessidade da correcção da situação destes funcionários nos termos formulados na Recomendação, a qual veio, a final, a ser integralmente acatada e, em consequência, foi reparada a situação que motivara a queixa.

Exmº Senhor
Presidente da Câmara Municipal de
Almada

R–3978/02
Rec. n.º 17/A/2003
10.10.2003

I
Enunciado

Como é do conhecimento de V. Exa., o Sr. ..., funcionário do Departamento de Acção Sócio-Cultural dessa câmara municipal, dirigiu-me uma queixa, contestando a decisão de não justificação das faltas que havia dado por doença comprovada por atestado médico, em consequência de não ter sido encontrado no seu domicílio, aquando da verificação da doença, uma vez que

para justificar essa ausência entende ter apresentado, atempadamente, documento idóneo.

Na instrução do processo a que deu origem a referida queixa, foi ouvida essa câmara municipal que prestou os esclarecimentos constantes dos ofícios de 27 de Janeiro de 2003, de 25 de Fevereiro de 2003, de 13 de Maio de 2003 e, por último, de 4 de Junho de 2003, e com base nos quais dou por assentes os seguintes factos relevantes:

1. O queixoso, funcionário do Departamento de Acção Sócio-Cultural, começou a faltar por doença a partir de 1 de Outubro de 2002, tendo apresentado atestado médico justificativo, dentro do prazo legal;

2. Nesse atestado, indica-se que o mesmo está "impossibilitado de comparecer no local de trabalho de 1 a 27 de Outubro de 2002" e que "pode ser visitado no domicílio às 2.ªs., 4.ªs. e sextas-feiras, das 9 h. às 11h. 30 min. e das 16h. 30m. às 19";

3. Na sexta-feira dia 11 de Outubro de 2002, pelas 16 horas e 45 minutos, foi efectuada a verificação domiciliária da doença;

4. Nesse dia e a essa hora, o funcionário não foi encontrado em casa;

5. Na segunda-feira seguinte, dia 14, requereu a justificação da sua ausência, alegando que se encontrava na Esquadra da Cova da Piedade da Polícia de Segurança Pública, "no âmbito do Processo n.º. ..., em que é queixoso", e exibindo uma declaração emitida por esta autoridade policial, com data de 11 de Outubro de 2002, na qual se atesta que o mesmo "compareceu neste Departamento Policial, entre as 16H00 e as 17H00, para esclarecimento de assuntos inerentes ao processo n.º. ...";

6. Tal requerimento foi indeferido, por Despacho do Senhor Vereador dos Serviços Municipais de Ambiente, Recursos Humanos, Trânsito, Transportes e Equipamentos Colectivos, de 26 de Novembro de 2002, o qual foi transmitido oralmente ao funcionário em 6 de Dezembro de 2002;

7. Através do ofício dessa Câmara Municipal de 23 de Janeiro de 2003, foi aquele notificado do referido Despacho e, do mesmo modo, convidado a esclarecer as circunstâncias em que se deslocou à Esquadra da Polícia de Segurança Pública e os motivos por que não avisou, com antecedência, que não estaria em casa no dia 11 de Outubro de 2002;

8. Em resposta, o funcionário apresentou novo requerimento, datado de 16 de Abril de 2003, solicitando a reapreciação dos motivos que sustentam o despacho de injustificação das faltas, o qual, todavia, não foi considerado pertinente uma vez que o assunto estava ainda em apreciação;

9. Assim, e pelo ofício de 12 de Maio de 2003, foi o mesmo novamente notificado para, agora no prazo de 10 dias úteis, apresentar prova, não só de que foi à Esquadra da Polícia de Segurança Pública na data da verificação da doença, mas também de que aí tinha de comparecer no dia e à hora em questão, com vista ao conveniente esclarecimento dos factos e descoberta da verdade;

10. Em exposição de 14 de Maio de 2003, veio o funcionário mais uma vez fazer prova da sua presença na referida esquadra em tal dia, e explicar os motivos por que ali foi, apresentando cópia de ofício com data de 27 de Setembro de 2002 da Procuradoria da República da Comarca de Almada, notificando-o, na qualidade de denunciante, do despacho de arquivamento no Inquérito n.º ..., cópia de uma declaração do Comando de Polícia de Setúbal, na qual se refere que esteve presente "nas instalações desta Divisão, no dia 11 de Outubro de 2002, para tratar de assuntos relacionados com a sua comunicação à Linha SOS Amb. 24 sobre ruídos (...) , cujo processo foi deferido nesta PSP" e ainda cópia de um artigo publicado na secção "Falam os Leitores" do jornal "A Capital", de 7 de Outubro de 2002, com o título "Lei do ruído não é cumprida por escola de artes marciais";

11. Essa exposição e respectivos documentos foram apreciados no Parecer n.º ..., de 21 de Maio de 2003, homologado por despacho do Exmo. Vereador dos Serviços Municipais de

Ambiente, Recursos Humanos, Trânsito, Transportes, e Equipamentos Colectivos, de 26 de Maio de 2003, no qual se concluiu que:

"a) Da prova oferecida pelo funcionário, resulta que este, no dia 11.10.2002, não estava obrigado a deslocar-se à esquadra da P.S.P;

b) Tampouco ocorreram razões que justifiquem a sua deslocação à esquadra, nesse dia, em detrimento da obrigação de permanecer em casa;

c) Por se ter ausentado do seu domicílio, onde devia permanecer, para efeitos de verificação domiciliária da doença de que alega padecer, sem motivo compreensível ou razoável, «todas as faltas dadas são injustificadas», como determina o art. 33.º, n.º 4, do D.L. n.º 100/99."

II
Apreciação

De tudo quanto fica descrito, resulta que a decisão de não justificação de faltas contestada, que, como vim entretanto a apurar, conduziu à instauração de processo disciplinar ao funcionário, fundou-se, não na inveracidade dos factos que foram alegados e provados através de documento policial, nos termos do n.º 4 do artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 100/99, de 31 de Março, mas apenas num juízo de censurabilidade acerca da conduta por ele assumida.

Do disposto nos n.ºs. 1, 2 e 3 do artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 100/99, de 31 de Março, decorre que, salvo nos casos de internamento, de atestado médico passado por médico privado dos serviços que dele disponham e de doença ocorrida no estrangeiro, pode ser requerida a verificação domiciliária da doença, a qual, sempre que não seja necessária a permanência do funcionário no domicílio, deve ser efectuada nos dias e nas horas para o efeito indicadas, num mínimo de três dias por semana e de dois períodos

diários, de duas horas e meia cada um, compreendidos entre as 9 e as 19 horas.

Por sua vez, o n.º 4 do mesmo preceito legal estabelece que se o funcionário não for encontrado no domicílio ou no local onde tiver indicado estar doente, todas as faltas dadas são injustificadas, se ele não justificar a sua ausência mediante apresentação de meios de prova adequados, no prazo de dois dias úteis a contar do conhecimento do facto, que lhe será transmitido por carta registada, com aviso de recepção.

À luz destas disposições deve ter-se como inequívoco que, na situação de doença que não implique a permanência do faltoso no domicílio, como agora sucedia, nem mesmo nos dias e nos períodos que hajam sido indicados para a respectiva verificação essa permanência é imperativa, apenas se impondo àquele o ónus de apresentar meios de prova adequados para justificar a sua ausência, no caso de não ser encontrado aquando da realização de tal diligência.

Por outro lado, nada se estatuindo ali, nem em todo o diploma, sobre o que sejam meios de prova adequados, é também inequívoco que assim têm de ser considerados todos e quaisquer meios de prova admitidos em direito, os quais, por sua vez, devem, naturalmente, merecer uma análise ponderada, segundo critérios de objectividade e imparcialidade, até pela gravidade das consequências que decorrem para o funcionário que, embora doente, não chegue a ser encontrado no seu domicílio ou no local que haja indicado.

No caso em apreço, não tendo sido posta em causa a validade do documento policial apresentado pelo funcionário, em cumprimento do n.º 4 do artigo 33.º do citado Decreto-Lei n.º 100/99, o mesmo faz prova plena dos factos a que respeita, isto é, da sua presença na Esquadra da Cova da Piedade da Polícia de Segurança Pública, no dia e na hora em que ocorreu a verificação domiciliária da doença, a fim de prestar declarações no âmbito de um processo em que era queixoso, processo este respeitante a uma situação de ruído que ameaçava o sossego dos moradores da Rua

... e da Avenida ... daquele localidade, também devidamente comprovada.

Importa agora atender ao circunstancialismo concreto que motivou essa presença naquela Esquadra e que, devo salientar, se deve ter por cabalmente esclarecido, quer através das explicações prestadas, quer através dos documentos idóneos exibidos.

Se é certo que ele não estava obrigado a deslocar-se ali no dia em questão, não tendo portanto actuado no cumprimento de qualquer dever, é também certo que agiu em defesa dos seus direitos e interesses, bem como dos dos vizinhos que representa, e, como tal, no exercício legítimo de um direito de queixa. E por esse facto não pode, obviamente, ser penalizado.

Tratando-se assim da formalização de uma queixa legítima, ficou ainda sobejamente demonstrado que, pelo dia em que se estava, se tratou também de uma queixa urgente e oportuna. Na verdade, era então uma sexta-feira, véspera de fim-de-semana, o que, fundadamente, fazia recear o agravamento da situação de ruído na zona da sua residência, contra a qual, de resto, o funcionário havia sido instruído a reagir através do recurso às autoridades policiais.

Como se sabe, ele fora notificado há bem pouco tempo do despacho do Ministério Público, que arquivava o processo de inquérito iniciado com a queixa que apresentara contra os responsáveis pelo ruído que afectava o seu descanso e o dos demais moradores na zona em questão.

Nesse despacho, concluindo-se que os factos relatados não consubstanciavam a prática de qualquer crime, esclarecia-se expressamente que os mesmos se enquadravam no regime legal sobre a poluição sonora, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 292/2000, de 14 de Novembro, do qual logo se transcreveu, entre outras normas, a do n.º 1 do artigo 10.º, que dispõe que "quando uma situação de vizinhança seja susceptível de constituir ruído de vizinhança, os interessados têm a faculdade de apresentar queixas às autoridades policiais da área".

Ora, neste circunstancialismo, é forçoso reconhecer que o funcionário actuou com a diligência e cuidado do homem médio: notificado do arquivamento do processo de inquérito, iniciado com queixa por si apresentada, e informado de que os interessados, em situação de ruído de vizinhança, têm a faculdade de apresentar queixas às autoridades policiais da área, foi à Esquadra da Cova da Piedade naquela sexta-feira, movido pelo receio fundado do agravamento da situação de que se queixava com a aproximação do fim-de-semana, solicitar a intervenção das autoridades policiais.

E não pode, por isso, considerar-se que não ocorreram razões que tenham justificado a sua deslocação àquela Esquadra nesse dia e hora, em que, aliás, o mesmo não estava obrigado a permanecer em casa, mas antes que essa deslocação se justificou por motivos compreensíveis e razoáveis.

De todo o modo, devo sublinhar que, ainda que tais motivos não permitissem julgar a ausência justificada, nos termos do Decreto-Lei n.º 100/99, de 31 de Março, impediriam sempre o juízo de censura disciplinar que sobre ela pudesse recair, o qual, como decorre do disposto no n.º 2 do artigo 71.º do Decreto-Lei n.º 24/84, de 16 de Janeiro, não se basta com a não apresentação de justificação considerada adequada à luz daquele diploma, exigindo antes que os motivos invocados e provados pelo funcionário não sejam, de todo, motivos atendíveis.

III
Conclusão

Pelo exposto, concluindo, com segurança, que o funcionário deu integral cumprimento ao ónus que legalmente lhe era imposto, não sendo, outrossim, legítimo a essa câmara municipal avaliar discricionariamente os factos constantes do documento policial por ele exibido, o qual não foi posto em causa, na sua veracidade e materialidade, entendo exercer o poder que me é

conferido pela alínea a) do n.º 1 do artigo 20.º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, e

Recomendo

a V. Exa.:

Que seja revogado o acto administrativo que injustifica as faltas dadas pelo funcionário, no período compreendido entre 1 e 27 de Outubro de 2002, bem como a decisão de instauração de procedimento disciplinar que nele se fundou, por incorrecta interpretação e aplicação dos n.ºs. 1 a 4 do artigo 33.º do Decreto--Lei n.º 100/99, de 31 de Março, justificando-se-lhe essas mesmas faltas, com todas as consequências legais.

Permito-me lembrar a V. Exa. que, nos termos do estatuído nos n.ºs. 2 e 3 do artigo 38.º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, deve ser comunicada a este Órgão do Estado a posição que venha a ser assumida quanto à presente Recomendação, tendo um eventual não acatamento de ser sempre fundamentado.

Aguarda resposta definitiva.

Sua Excelência
a Ministra de Estado e das Finanças

R-155/03
Rec. n.º 8/B/2003
29.11.2003

1. O presente processo foi aberto na Extensão dos Açores da Provedoria de Justiça, no interesse da Senhora... funcionária n.º ... do quadro de pessoal da DGCI com a categoria de TATA, que desempenha funções no Serviço de Finanças do Concelho de Angra do Heroísmo.

2. Sintetizando, dir-se-á que, em virtude de doença suficientemente comprovada, a interessada não pôde comparecer no dia da prova do concurso interno de acesso para a categoria de TAT, aberto pelo aviso publicado no Diário da República n.º 149, II Série, de 30/06/2000. Concretizando o motivo da não comparência, importará notar que o próprio chefe do respectivo Serviço de Finanças do concelho de Angra do Heroísmo comunicou superiormente, logo no dia 09/10/2002, a impossibilidade da interessada estar presente no dia designado para a realização da prova, invocando (e comprovando) internamento médico. Aliás a intervenção preocupada, colaborante e pessoalmente empenhada do Senhor Dr. ..., Chefe do Serviço de Finanças de Angra do Heroísmo, não pode deixar de me merecer um louvor muito particular, na medida em que revelou um adequado entendimento das funções de serviço público que devem nortear a actuação da Administração Pública, não só junto dos administrados mas, e essencialmente, perante os próprios funcionários.

3. Este conjunto de razões, motivou a Senhora ... a solicitar, em 28/11/2002, que o Senhor Director-Geral dos Impostos designasse data para realização de uma segunda chamada. Conforme resulta da resposta prestada a este órgão do Estado, a coberto do ofício de 11/02/2003, da DGCI, o júri do concurso indeferiu a pretensão da interessada alegando, em suma, os fundamentos constantes da cópia da informação n.º .../DRSP/2.0/99, da DGAP, que vinha remetida em anexo.

4. Devo destacar que o conteúdo desta última informação não me era de todo desconhecido, uma vez que creio que ele foi especialmente motivado pela Recomendação n.º 3-B/1997 que, em 21/01/97, o Provedor de Justiça dirigiu ao Senhor Ministro-Adjunto. Lembro que, já naquela ocasião, entendia este órgão do Estado haver justificação para a tomada das medidas legislativas adequadas para assegurar que – à semelhança do que acontecia no âmbito do direito privado – o gozo de licença de maternidade, paternidade ou adopção deveria determinar o adiamento da

prestação de provas para a progressão na carreira profissional, até que tivesse cessado o gozo da licença. Como é bom de ver, a situação então tratada não pode deixar de encontrar algum paralelismo com o caso agora em apreciação, uma vez que, então como agora, pondera-se a conveniência da realização de uma (nova) prova que permita ultrapassar um determinado impedimento que é justificado e que está plenamente comprovado.

5. Não esqueço, porém, que, pese embora o facto da Provedoria de Justiça manter a constatação, já feita em 1997, da existência de uma omissão legal que não impõe a marcação de segundas chamadas naquelas situações, a Recomendação que então foi formulada nunca chegou a ser acatada. Em suma, a Administração continua a invocar, por um lado, a inexistência de disposição legal que autoriza a pretendida marcação e, por outro, o próprio entendimento da DGAP, tomado no seguimento da Recomendação n.º 3-B/97.

6. Visto tudo, não pode deixar de concluir-se que a Administração tomou, e mantém, uma opção política no sentido de não permitir, mesmo nos casos de faltas justificadas, a realização de segundas provas e, mesmo não sendo difícil compreender a razão desta medida, também não pode evitar-se uma referência à susceptibilidade de uma tal solução poder configurar, na prática, uma outra violação. De facto, estou em crer que a não autorização da realização de segundas provas visa assegurar uma mais ampla igualdade entre todos os opositores aos concurso, designadamente quanto ao tempo de preparação para as provas e no domínio do prévio conhecimento dos modelos ou temas dos exames.

7. Contudo, não pode evitar concluir-se que esta busca de uma solução mais justa pode ferir, de forma talvez mais grave que a anterior, a igualdade de tratamento de todos os concorrentes, nomeadamente por impor um tratamento igualitário (i.e., nunca permitindo a marcação de segundas chamadas) mesmo de situações absolutamente distintas. Com efeito, o procedimento

seguido não distingue, por nenhuma forma, as ausências por falta de preparação técnica das faltas por doença nem, tão pouco, as faltas de comparência por mera opção pessoal daquelas determinadas por causas inultrapassáveis de força maior.

8. Com fundamento na igual dignidade da pessoa humana e na igual dignidade social de todos os cidadãos, e imbuído de um forte sentido de Justiça, o princípio da igualdade exige o tratamento igual de situações iguais e o tratamento desigual de situações desiguais. Ora, situações como as do caso em apreço, em que um candidato admitido a concurso falta a uma prova por motivo de internamento hospitalar comprovado, não podem, à luz do princípio da igualdade de oportunidades e condições dos candidatos, ser tratadas da mesma forma que situações em que o candidato falta por opção própria.

9. De realçar, que nada na lei ou nos princípios que regem o procedimento administrativo concursal veda ao júri do concurso – no uso do seu poder soberano – de, na sequência de uma concedida justificação de falta a um método de selecção, designar ou marcar uma segunda chamada para o candidato faltoso, antes pelo contrário, essa atitude poderá justamente, e face ao condicionalismo concreto, revelar-se como meio indispensável para assegurar o princípio da igualdade de condições e oportunidades para todos os candidatos, que deve presidir sempre a tais operações (Acórdão STA de 30 de Novembro de 1993). Já em 1988, o Supremo Tribunal Administrativo, em Acórdão de 29 de Setembro, havia considerado que não constitui violação do princípio da igualdade de condições e oportunidades a prestação de provas por um candidato, sobre um ponto diferente daquele a que foram submetidos outros candidatos no dia anterior, com excepção daquele, por não ter comparecido.

Com efeito, desigualdade só haveria, a seu favor, se fosse admitido a prestar provas sobre ponto de cujo conteúdo poderia ter já conhecimento.

10. Estou certo que ninguém desconhece as vicissitudes próprias dos procedimentos concursais e, em especial, as questões

suscitadas pelas sucessivas delongas causadas, também, pelo prolongamento das datas dos exames; mas estou em crer, também, que Vossa Excelência reconhecerá que o Estado de Direito Democrático não se realiza somente através da invocação do superior interesse público contra as legítimas expectativas dos funcionários públicos.

11. É consabido – e a presente instrução comprovou-o inequivocamente – que os órgãos da Administração Pública ponderaram os diferente interesses em presença e decidiram, ainda assim, não alterar o entendimento que tem vindo a ser seguido. Contudo, mesmo em face desta constatação, julgo caber ao Provedor de Justiça a reiteração do conteúdo da Recomendação n.º 3-B/1997, agora com a força acrescida extraída do caso em apreço e perante Vossa Excelência, Senhora Ministra das Finanças.

12. Com efeito, não pode o Provedor de Justiça aceitar pacificamente uma solução que – pretendendo ser isenta e imparcial – é potencialmente geradora de novas injustiças – com a agravante de resultarem, tantas vezes, de outras situações de penosidade acrescida, como são as doenças que motivam internamento hospitalar.

13. Constitui uma solução desequilibrada e injusta a impossibilidade de poder ser designada nova data para a realização de provas, mesmo quando esteja clara e inequivocamente demonstrado que a falta ao exame foi devida a internamento hospitalar plenamente comprovado.

14. Face ao exposto,

Recomendo

a Vossa Excelência:

Que, à luz do princípio da igualdade de oportunidades e condições para todos os candidatos, adopte medidas legislativas adequadas para assegurar que as situações de internamento hospitalar,

plenamente comprovadas, determinem o adiamento da prestação de provas para a progressão na carreira profissional.
15. Queira Vossa Excelência em cumprimento do dever consignado no n.º 2 do artigo 38.º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, dignar-se informar sobre a sequência que o assunto vier a merecer.

Aguarda resposta.

2.4.3. Processos anotados

R-1670/95
Assessor: Graça Fonseca

Assunto: Processo disciplinar. Nulidade da deliberação que aplicou pena disciplinar de expulsão. Execução de sentença.

Objecto: Recusa da Universidade de Évora em dar execução a sentença judicial anulatória da pena de demissão aplicada a um docente daquela instituição.

Decisão: Duas Recomendações - n.º 29/A/97 e n.º 40/A/99 – a segunda parcialmente acatada. Arquivamento do processo, após sentença judicial de execução de sentença.

Síntese:

A Secção Disciplinar do Senado da Universidade de Évora deliberou, em 19 de Junho de 1993, aplicar ao Professor Doutor ..., docente naquela instituição, a pena disciplinar de demissão. Não se conformando com a pena disciplinar aplicada, o arguido interpôs recurso para o Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa e, simultaneamente, apresentou reclamação na Provedoria de Justiça.

O Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa veio declarar nula a deliberação citada, por sentença de 15 de Julho de 1994, com fundamento na incompetência absoluta da entidade autora do acto. A Universidade de Évora recorreu da decisão para o Supremo Tribunal Administrativo que, por Acórdão de 12 de Dezembro de 1995, deliberou não tomar conhecimento do recurso.

Em 20 de Junho de 1996, deu entrada nos serviços universitários um requerimento subscrito pelo reclamante a solicitar que a Universidade de Évora desse execução à sentença, com expressa invocação do art.º 5.º do Decreto-Lei n.º 256-A/77,

de 17 de Junho. Por ofício de 19 de Julho de 1996, a Universidade de Évora informa o reclamante que "procedeu à execução do Acórdão do Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa, tendo remetido, a Sua Excelência o Ministro da Educação, o processo disciplinar para decisão".

De facto, o processo disciplinar havia sido enviado, em 6 de Maio de 1996, a Sua Excelência o Ministro da Educação para decisão. Porém, já em 19 de Junho de 1996, o processo disciplinar havia sido devolvido à Universidade de Évora, acompanhado de um parecer da Auditoria Jurídica do Ministério da Educação, homologado por despacho de Sua Excelência o Secretário de Estado do Ensino Superior, no qual concluía pela inexistência de motivo para a aplicação de uma sanção expulsiva.

Não obstante, o processo disciplinar seria, novamente, submetido à consideração de Sua Excelência o Ministro da Educação, em 2 de Agosto de 1996, na sequência de nova deliberação da Secção Disciplinar do Senado da Universidade de Évora, com data de 19 de Julho de 1996, nos termos da qual mantinha a proposta de 19 de Junho de 1993.

Em 25 de Novembro de 1996, o gabinete de Sua Excelência o Secretário de Estado do Ensino Superior remete ao Magnífico Reitor da Universidade de Évora um parecer da Auditoria Jurídica do Ministério da Educação, no qual se concluía que, tal como já analisado no anterior parecer, a pena proposta pelo instrutor do processo disciplinar – pena de multa – afigura-se adequada e equitativa. Em aditamento, informa a Auditoria Jurídica que, "caso Sua Excelência o Secretário de Estado do Ensino Superior, entenda ser de aplicar ao arguido pena não superior à de suspensão, deverá declarar-se amnistiada a infracção disciplinar, nos termos da alínea j) do art.º 1.º da Lei n.º 15/94, de 11 de Maio". Face aos elementos já analisados, solicita o gabinete que o Magnífico Reitor informe sobre a existência de novos elementos para que o processo possa ser submetido à decisão superior.

Em resposta ao ofício do gabinete de Sua Excelência o Secretário de Estado do Ensino Superior, o Magnífico Reitor da Universidade de Évora salienta que "o facto de a proposta de sanção ter sido aprovada por unanimidade denota bem que, por parte desta instituição, se encontra inviabilizada a manutenção da relação funcional". Por outro lado, aproveita para informar que "apesar de o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo ter sido proferido em 12 de Dezembro de 1995, o professor nunca mais se apresentou ao serviço, pelo que vai ser elaborado, para efeitos disciplinares, auto por falta de assiduidade; mais, informa que o mesmo professor foi pronunciado pela prática de um crime de peculato, em processo crime em que é lesada a Universidade de Évora". Quanto a este último ponto, é de salientar, que, na data em que foi expedido o ofício da Universidade de Évora, já o arguido havia sido absolvido por acórdão transitado em julgado no dia 9 de Julho de 1996.

Novo parecer da Auditoria Jurídica do Ministério da Educação, homologado por despacho de Sua Excelência o Secretário de Estado do Ensino Superior de 7 de Fevereiro de 1997, vem reiterar o que já havia sido comunicado anteriormente, isto é que a pena disciplinar, proposta na deliberação da Secção Disciplinar do Senado da Universidade de Évora, está amnistiada, nada havendo a acrescentar.

Não obstante o teor do parecer supra referido, a Universidade de Évora comunica a Sua Excelência o Secretário de Estado do Ensino Superior que continua a aguardar decisão sobre a proposta de aplicação da pena de demissão.

Assim, ainda que perante uma decisão judicial anulatória e um parecer da tutela a pronunciar-se no sentido de a pena estar amnistiada, a Universidade de Évora recusou-se a proceder à reintegração do reclamante e ao pagamento das quantias devidas. Tendo a Provedoria de Justiça diligenciado por diversas ocasiões para que a Universidade desse execução ao acórdão, aquela instituição manteve o entendimento que o envio do processo

disciplinar a Sua Excelência o Ministro da Educação configurava a referida execução de sentença.

Face à actuação da Universidade, Sua Excelência o Provedor de Justiça dirigiu, em 14 de Abril de 1997, uma Recomendação (n.º 29/A/97) ao Magnífico Reitor da Universidade de Évora, na qual chamava a atenção daquela instituição para a necessidade de distinguir 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. Ora, independentemente dos segundos, tem a Universidade de Évora o dever legal, nos termos consagrados na Constituição da República Portuguesa (art.º 208.º) e segundo o disposto no Decreto-Lei n.º 256-A/77, de 17 de Junho, de adoptar as providências adequadas a que a declaração de nulidade produzisse os seus efeitos normais, reconstituindo a situação que existiria se o acto não tivesse sido praticado. Nestes termos, recomendava Sua Excelência o Provedor de Justiça que a Universidade de Évora procedesse à reintegração do reclamante e ordenasse o processamento de vencimentos desde a data em que foi praticado o acto declarado nulo.

Esta Recomendação nunca foi acatada. Pelo contrário, a Universidade de Évora instaurou, em 23 de Abril de 1997, novo processo disciplinar ao reclamante por falta de assiduidade. Nos termos da acusação, "o arguido, tendo sido notificado do acórdão do STA, que manteve a anulação da decisão da Universidade de Évora de aplicar a pena de demissão, devia ter-se apresentado ao serviço em 11 de Janeiro de 1996. Contudo, desde aquela data e pelo menos até 31 de Maio de 1997, o arguido não compareceu ao serviço, nem apresentou qualquer justificação".

Perante este novo procedimento disciplinar, manifestamente contrário à decisão judicial e à Recomendação n.º 29/A/97, a Provedoria de Justiça instou, por diversas vezes, a entidade visada a rever a sua actuação, sem sucesso. Assim, em 24 de Maio de 1999, Sua Excelência o Provedor de Justiça emite nova

Recomendação (n.º 40/A/99) dirigida ao Magnífico Reitor da Universidade.

Nesta Recomendação concluía-se, por um lado, que a Universidade de Évora persistia em não executar a sentença e, por outro lado, que este novo procedimento disciplinar carecia de legitimidade, pois para haver violação do dever de assiduidade seria necessário que o docente tivesse sido notificado para se apresentar na Universidade numa data precisa, o que não aconteceu porque a Universidade nunca deu execução à sentença anulatória, padecia de um vício de desvio de poder e esquecia que já havia decorrido o prazo de prescrição das faltas alegadamente cometidas. Assim, Recomendava Sua Excelência o Provedor de Justiça que a Universidade de Évora procedesse à reintegração do reclamante e processasse os vencimentos a que tinha direito e, ainda, determinasse o arquivamento do processo disciplinar instaurado em Abril de 1997, por desrespeitar o dever de execução da sentença do Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa e por ser manifesta a inexistência de infracção disciplinar.

O Magnífico Reitor da Universidade de Évora, recebida a Recomendação n.º 40/A/99, informa que em 28 de Abril de 1999 havia determinado o arquivamento do processo disciplinar instaurado em 23 de Abril de 1997 e, no que concerne à execução da sentença anulatória, aguarda decisão do tribunal a proferir em processo de execução de sentença instaurado pelo reclamante.

Em 15 de Outubro de 2002, a 4.ª Secção do Tribunal Administrativo do Círculo de Lisboa emite decisão de "Execução de Sentença", julgando parcialmente procedente o pedido formulado pelo requerente e, em conformidade, ordenando que a Universidade e Évora pratique os actos e as operações especificadas nesta sentença. Notificado do teor da decisão judicial de execução de sentença, o Magnífico Reitor da Universidade de Évora comprometeu-se, perante o mandatário do reclamante, a cumprir os respectivos termos.

Definidas, por sentença transitada em julgado, as operações materiais e jurídicas que a entidade visada tem de

praticar tendo em vista a reconstituição da situação actual hipotética do reclamante, foi o processo arquivado na Provedoria de Justiça.

R-4554/99
Assessor: Graça Fonseca

Assunto: Art.º 80.º do Estatuto da Carreira Docente dos Professores dos Ensinos Básico e Secundário. Redução da componente lectiva.

Objecto: Redução da componente lectiva dos professores em exercício de funções na assembleia da escola.

Decisão: Processo arquivado por se ter concluído que a queixa não tem fundamento legal.

Síntese:

Um professor do quadro de nomeação definitiva, a exercer funções em escola secundária, apresentou uma reclamação relativa ao não reconhecimento, por Sua Excelência o Ministro da Educação, do direito à redução da componente lectiva para todos os professores membros da assembleia de escola, e não apenas ao seu presidente.

Analisado o quadro normativo vigente, concluiu-se que a redução da componente lectiva dos professores que sejam membros da assembleia de escola, assim como de qualquer outro órgão de administração e gestão, poderá ser decidida, caso a caso, pelas escolas e agrupamentos de escolas. Esse, aliás, parece ser o sentido do regime de autonomia das escolas.

De facto, o Decreto-Lei n.º 115-A/98, de 4 de Maio, diploma que aprova o regime de autonomia, administração e gestão dos estabelecimentos da educação pré-escolar e dos ensinos básico e secundário, afasta uma solução normativa de modelo uniforme de gestão e adopta uma lógica de matriz. Assente nesta lógica, o legislador optou, em matéria de funcionamento da assembleia de escola, por estabelecer apenas algumas regras gerais, deixando

aberta uma significativa parcela de regulação à decisão das escolas, que, devem, no respectivo regulamento interno, verter matérias como o número de elementos que compõem a assembleia e outras competências para além das definidas na lei. Um dos aspectos que não foi objecto de regulação neste diploma foi, precisamente, o das condições de exercício de funções no âmbito da assembleia de escola.

Essa questão encontra-se, genericamente, tratada no Estatuto da Carreira Docente, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 139-A/90, de 28 de Abril e alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 1/98, de 2 de Janeiro. Nos termos do n.º 1 do art.º 80.º deste Estatuto, o exercício de funções em órgãos de administração e gestão dos estabelecimentos de educação ou de ensino dá lugar, para além da remuneração prevista no art.º 60.º, a uma redução da componente lectiva. Nos termos do n.º 3 deste mesmo artigo, as reduções da componente lectiva serão definidas por despacho do Ministro da Educação.

Nesta matéria, há a referir, ainda, o disposto no Decreto-Lei n.º 355-A/98, de 13 de Novembro, que no seu art.º 3.º determina os cargos cujo exercício dá origem a uma redução da componente lectiva. E neste elenco legal não se encontra incluído qualquer cargo a desempenhar no âmbito da assembleia de escola, apenas cargos de natureza executiva. Consagra, aliás, o art.º 5.º deste Decreto-Lei, à semelhança do disposto no n.º 3 do art.º 80.º do Estatuto acima referido, que o regime de exercício de funções na assembleia de escola constará de diploma próprio.

E em despacho publicado no Diário da República, 2.ª Série, de 2 de Setembro de 1999, sob o n.º 17 203/99, o Ministro da Educação veio definir que "aos presidentes da assembleia é concedida uma redução de duas horas no seu horário lectivo semanal, destinada a assegurar as tarefas de coordenação inerentes ao cargo". Assim, entendeu o legislador que devia, apenas, regulamentar a redução da componente lectiva do presidente da assembleia, e não de todos os seus membros.

Porém, aquela redução poderá, no domínio do direito constituído, ser atribuída nos termos do Despacho do Ministro da Educação n.º 10 317/99, de 26 de Maio. No seu n.º 1, é atribuído às escolas e agrupamentos de escolas, com órgãos de administração e gestão constituídos, um crédito global de horas lectivas semanais para o exercício de funções de articulação curricular e de coordenação pedagógica, bem como para o desenvolvimento de actividades e medidas de apoio educativo. A gestão deste crédito global é, nos termos do n.º 2, da responsabilidade da escola ou do agrupamento de escolas, competindo a sua distribuição ao presidente do conselho executivo ou ao director, de acordo com critérios a estabelecer no regulamento interno.

Assim, concluiu-se que a opção do legislador em regulamentar expressamente a redução da componente lectiva para o presidente da assembleia, fundamentada no acrescido trabalho de coordenação que lhe está por natureza atribuído, e deixar à autonomia das escolas as restantes situações não se afigura violadora de qualquer princípio fundamental. Ao diferenciar o regime de exercício de funções do presidente de um órgão de gestão e administração da escola daquele aplicável aos membros que integram esse órgão, está a assumir, ao nível normativo, que a natureza das funções e a inerente responsabilidade são, nestes dois casos, distintas. E essa distinção é, em nosso entendimento, adequada, mais que não seja ao nível da arquitectura teórica de qualquer órgão de gestão e administração. E no plano concreto, o legislador deixou à autonomia das escolas decidir quais as situações em que se justificava reduzir a componente lectiva, em prol do exercício de funções nos órgãos de gestão e administração.

R-1674/01
Assessor: Fátima Almeida

Assunto: Faltas justificadas; Protecção da maternidade e da paternidade

Objecto: Justificação de falta dada para acompanhamento de familiar menor a consulta médica; Clarificação do sentido e alcance da exigência probatória contida no n.º 1 do artigo 53º do Decreto-Lei n.º 100/99, de 31 de Março

Decisão: O processo foi arquivado após a assunção pelo Ministério da Educação de entendimento interpretativo coincidente com a posição doutrinária oportunamente transmitida pela Provedoria de Justiça sobre o assunto.

Síntese:

Foi solicitada a intervenção da Provedoria de Justiça para apreciar a regularidade da actuação do competente órgão de gestão de um estabelecimento de ensino de Lamego que considerara injustificada a falta dada por um docente por motivo de acompanhamento do seu filho menor a uma consulta médica, não obstante este ter apresentado, em devido tempo, declaração médica que atestava a sua presença com o filho na consulta realizada, juntamente com uma declaração pessoal donde constava que era o próprio o familiar em melhores condições para prestar esse acompanhamento.

Os fundamentos da decisão questionada assentavam no facto de o funcionário não ter feito prova suficiente de ser ele a pessoa mais adequada para assegurar o acompanhamento invocado, uma vez que o respectivo cônjuge e mãe do menor, também docente na mesma escola, não dispunha de serviço lectivo à hora em que se registou a consulta em causa.

Analisada a questão relevante à luz do direito aplicável, concluiu a Provedoria de Justiça pela necessidade de se proceder a uma interpretação restritiva do n.º 1 do artigo 53º do Decreto-Lei n.º 100/99, de 31/03, compatível com os princípios constitucionais reitores do exercício da maternidade e da paternidade, no que se refere ao regime das faltas dadas para assistência ou acompanhamento de familiares doentes.

Na verdade, atendendo aos princípios da igualdade dos cônjuges, no que concerne à educação e manutenção dos filhos (artigo 36º, n.º 3 da CRP) e à eminente dignidade social e constitucional destes valores (artigo 68º, n.º 2 da CRP), considerou este Órgão do Estado que a maternidade e a paternidade não são funções sociais cujo desempenho possa ser questionado ou sujeito ao poder inquisitório da Administração, já que, em qualquer circunstância, estão em causa situações estritamente relacionadas com a organização interna do núcleo familiar e opções de carácter eminentemente pessoal que radicam na reserva da vida privada, como tal não têm de ser explicadas ou demonstradas.

Nesta perspectiva e atento o lugar paralelo constante do artigo 12º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 194/96, de 16/10, foi a entidade visada instada a proceder à reapreciação da situação fáctico-jurídica denunciada, no sentido de que a exigência probatória contida no artigo 53º, n.º 1 do aludido Decreto-Lei n.º 100/99, se esgota na entrega de simples declaração pelo funcionário ou agente, na qual o próprio afirme que é a pessoa mais indicada para prestar a assistência ou acompanhamento aí previstos.

Após várias diligências efectuadas junto do Ministério da Educação, foi recebida a informação de que por despacho proferido pelo Secretário de Estado da Administração Educativa fora assumida, no contexto deste departamento governamental, orientação interpretativa genericamente concordante com o entendimento propugnado pela Provedoria de Justiça, abrangendo, outrossim, o caso objecto de queixa.

Atendendo às garantias dadas no sentido da reparação da situação ilegal reclamada, com a consequente justificação da falta dada, foi determinado o arquivamento do processo.

R-3258/01
Assessor: J. Castelo Branco

Assunto: Contrato de trabalho a termo. Compensação por caducidade. Cálculo do montante devido. Pagamento de juros. Artigos 44.º e 46.º do Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27 de Fevereiro. Artigo 20.º-5, do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro.

Objecto: Pagamento dos valores de compensação de caducidade de contrato de trabalho a termo e dos juros devidos desde 1 de Março de 1993, em relação ao montante total da compensação devida.

Decisão: Arquivamento do processo, após acatamento pela Administração do entendimento defendido pelo queixoso e pela Provedoria de Justiça.

Síntese:

Foi solicitada, em 6 de Julho de 2001, a intervenção da Provedoria de Justiça por um ex-contratado em regime de contrato de trabalho a termo certo que discordava do modo como fora efectuado o cálculo da compensação que lhe foi paga pela Direcção-Geral dos Impostos, por motivo da caducidade do mesmo contrato, ocorrida em 28 de Fevereiro de 1993.

Em 01 de Março de 1993, invocando o número 3. do artigo 46.º do Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27 de Fevereiro, o interessado solicitou o pagamento da compensação relativa a esse facto, que lhe foi paga em Abril de 2000, após, algumas insistências, em montante igual ao último vencimento que auferira, o que mereceu a discordância do reclamante, que entendia ser-lhe devida uma compensação correspondente a três anos de contrato, efectivamente desempenhados (artigo 44.º-4, do Decreto-Lei n.º

64-A/89, de 27 de Fevereiro), bem como os juros aplicáveis, porquanto efectuou o pedido em 1 de Março de 1993 e a compensação, em valor impugnado como se referiu, apenas lhe foi paga em Abril de 2000.

Instruído o processo, e após diversas insistências em que a Provedoria de Justiça defendeu perante os serviços a justeza das razões do reclamante, foi a mesma integralmente solucionada por despacho do Director-Geral dos Impostos de 08 de Fevereiro de 2003, que determinou a regularização imediata da situação, incluindo o pagamento de juros, com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo, que consagra tal obrigação, dada a inexistência de lei que isente o Estado do pagamento de juros de mora a funcionários seus, por atraso no pagamento de vencimentos ou outros abonos, sendo, assim, tais juros devidos de acordo com os princípios e regras gerais.

R-4899/01
Assessor: Leonor Sampaio

Assunto: Carga horária dos docentes de educação e ensino especial. Decreto-Lei n º 1/98, de 2 de Janeiro.

Objecto: Não pagamento de horas extraordinárias a partir de Janeiro de 1998, aos docentes de educação e ensino especial, que continuaram a leccionar até ao fim do ano lectivo 1997/1998 horários superiores a 20 horas semanais.

Decisão: Foi acolhido o entendimento defendido pela Provedoria de Justiça, tendo sido decidido por parte do Ministério da Educação, que seriam pagas horas extraordinárias a partir de Janeiro de 1998 a todos os docentes de educação e ensino especial, que não tenham visto reduzidos os respectivos horários para 20 horas.

Síntese:

Foi recebida exposição na Provedoria de Justiça de uma docente de educação e ensino especial, do 1º ciclo do Quadro Distrital de Vinculação, alegando que no ano lectivo 1997/1998 não lhe havia sido reduzido o horário semanal de 23 horas que inicialmente lhe fora distribuído, para o limite de 20 horas, por força da entrada em vigor do estatuído no Decreto-Lei n º 1/98, de 2 de Dezembro, que veio dar nova redacção ao artigo 77 º do Estatuto da Carreira Docente.

Dado que a referida redução não chegou a ser efectuada, entendia a reclamante ter direito ao percebimento de horas extraordinárias, desde a entrada em vigor do referido diploma até ao final desse ano lectivo.

Após terem sido efectuadas várias diligências instrutórias junto da Direcção Regional de Educação do Norte, por parte dos serviços deste Órgão de Estado, acabou aquela Direcção Regional por dar provimento à pretensão da reclamante, ficando o pagamento das horas extraordinárias unicamente dependente da necessária disponibilidade orçamental.

R-736/02
Assessor: Fátima Almeida

Assunto: PSP; Suplementos de patrulha e de turnos; Trabalhador-estudante; Efectividade de funções.

Objecto: Pagamento dos suplementos de patrulha e de turno durante o período de faltas dadas por motivo de prestação de provas de avaliação, ao abrigo do Estatuto do trabalhador-estudante.

Decisão: O processo foi arquivado por se considerar que a decisão administrativa questionada era insusceptível de censura do ponto de vista da legalidade ou da justiça, na esteira da posição assumida pela Provedoria de Justiça em casos semelhantes.

Síntese:

Um agente da Polícia de Segurança Pública insurgiu-se contra a actuação dos órgãos competentes desta força de segurança que lhe indeferiram o abono dos suplementos de patrulha e de turno, relativamente aos dias em que beneficiou de dispensa de serviço para prestação de provas de avaliação ao abrigo do regime jurídico constante da Lei n.º 116/97, de 4/11 (Estatuto do trabalhador-estudante), *maxime* do seu artigo 5.

A entidade administrativa visada pronunciou-se no sentido de não estarem reunidas "*in casu*" as condições objectivas para a concessão destes subsídios nos termos dos Decretos-Leis n.ºs 212/98, de 16/07 e 181/2001, de 19/06, diplomas que definem e regulam, respectivamente, a atribuição dos referidos suplementos de patrulha e de turno, uma vez que não teria havido prestação efectiva de trabalho e, por isso, não ser admissível que tais dispensas de serviço sejam equiparadas a serviço efectivo.

Analisado o enquadramento jurídico-legal pertinente, considerou o Provedor de Justiça que a Lei n.º 116/97, de 4/11 (Estatuto do Trabalhador-Estudante) ao consagrar no seu artigo 5º, n.º 1, o direito à dispensa de serviço para realização de provas de avaliação escolar sem perda de vencimento ou de qualquer outra regalia, não garantiu qualquer assimilação fictícia ao desempenho efectivo do respectivo cargo, sequer uma equiparação formal à efectividade de funções, como sucede v.g. com o regime próprio das faltas previstas nos artigos 22º, 24º, 57º e 70º do Decreto-Lei n.º 100/99, de 31/03.

Na verdade, a problemática suscitada não poderia ser dissociada da análise dos pressupostos, natureza e condições de atribuição dos suplementos remuneratórios em causa. Ora, no âmbito do Decreto-Lei n.º 212/98, de 16/07, o suplemento de patrulha vem configurado como um acréscimo remuneratório que atende às circunstâncias específicas que rodeiam a execução do serviço de patrulhamento (v. o preâmbulo e os artigos 1º, n.º 2 , 7º e 11º, alínea b)), e por isso a sua prestação efectiva funciona como pressuposto ou contrapartida necessária da percepção deste suplemento (cfr artigo 3º, n.º 1 e artigo 9º, n.ºs 1 e 2).

Por seu turno, o Decreto-Lei n.º 181/2001, de 19/06, também caracteriza o suplemento de turno como uma compensação pecuniária devida pelas especiais restrições e desvantagens inerentes à execução de funções em regime de rotatividade de horário (artigo 4º), razão pela qual a atribuição deste subsídio só poderia justificar-se em função do cumprimento efectivo do referido turno – cfr artigo 2º.

Como tal, o abono dos referidos suplementos só poderá ter lugar nos casos em que existisse efectiva prestação do serviço de patrulha ou de turno, pois só com o exercício efectivo da função estariam presentes as especiais condições de trabalho que dão causa à respectiva atribuição. Nesta perspectiva, a Provedoria de Justiça concluiu que a entidade administrativa visada realizara a interpretação jurídica apropriada dos normativos implicados, não havendo lugar ao pagamento dos suplementos de turno e de patrulha durante o período de faltas em causa.

R–1342/02
Assessor: J. Castelo Branco

Assunto: Câmara municipal. Auxiliar administrativo. Contagem de tempo de serviço. Progressão. Carreira horizontal. Mudança de quadro. Aplicação do artigo 18.º-4 do Decreto-Lei n.º 353-A/88, de 16 de Outubro, com a redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 420/91, de 29 de Outubro.

Objecto: Contagem de tempo de serviço para posicionamento escalonar.

Decisão: Verificando-se o deferimento da pretensão formulada, por parte da entidade visada, na sequência da instrução efectuada na Provedoria de Justiça, foi determinado o arquivamento do processo.

Síntese:

Uma funcionária integrada na carreira de auxiliar administrativo, pertencente, por concurso e desde 1991, ao quadro de uma Câmara Municipal, apresentou uma reclamação na Provedoria de Justiça, uma vez que não lograva ver reconhecido pela autarquia a que presta serviço determinados módulos, ou períodos, de tempo de serviço anteriormente prestado em diversos situações na Administração Pública, a cujo contagem se julga com direito.

A reclamante pertence à Administração Pública Central, em várias situações e organismos, ou serviços, desde 1973, sendo que, antes do seu ingresso no quadro a que ora pertence, já desempenhava funções com a categoria de auxiliar administrativo num instituto público, também desde 1991, pelo que detinha, à data da reclamação, mais de dezoito anos ao serviço da Administração Central, sempre em carreiras horizontais.

Instruído o processo, verificou-se que a posição sustentada pela autarquia se baseava em pareceres jurídicos que defendiam, basicamente, a inaplicabilidade ao caso das alterações introduzidas ao Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro, nos termos das redacções aprovadas pelo artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 420/91, de 29 de Outubro.

Esta posição surge, todavia, em manifesta dissonância com os elementos interpretativos que se colhem do relatório preambular do citado diploma legal, sendo de referir, por outro lado, que a não aplicação das alterações de redacção introduzidas conduziria a situações de flagrante injustiça que, como tal, não poderiam ter sido desejadas pelo legislador.

Na discussão da questão com a entidade visada defendeu-se este ponto, entre outras vertentes já decorrentes do processo, tendo-se invocado que a interpretação em causa não foi sufragada pela jurisprudência dos tribunais Administrativos, como se constata da doutrina que dimana do Acórdão do Tribunal Central Administrativo (Secção do Contencioso Administrativo), proferido em 09 de Dezembro de 1999, no Proc.º 1845/99, seguidamente transcrita:

"O art.º 3.º do Decreto-Lei 420/91, de 29.10, que alterou o disposto no art.º 18.º do Decreto-Lei 353-A/89, de 16.10, estabelecendo no seu n.º 4 que "as regras dos seus n.ºs 2 e 3 são também aplicáveis às situações de mobilidade, mediante concurso entre carreiras inseridas nos grupos de pessoal operário e auxiliar e, bem assim, entre carreiras para cujo provimento esteja estabelecido legalmente o mesmo nível de habilitações" tem natureza de norma interpretativa daquele mesmo art.º 18.º, o qual no seu n.º 1 prevê, desde o início da sua vigência – 1.10.89 - tal mobilidade de carreiras, embora de forma genérica".

Na sequência da posição defendida a câmara municipal a cujo quadro a reclamante pertence, comunicou ter deliberado no sentido de deferir a pretensão formulada.

R–2713/02; R–1437/03
Assessor: J. Castelo Branco

Assunto: Docentes. Curso de qualificação em Ciências da Educação. Atribuição de classificação profissional ao abrigo do Despacho Conjunto n.º 74/SEAE/SEE/2002, de 26 de Janeiro (publicação).

Objecto: Extensão do âmbito de aplicação estabelecido no número 4 do Despacho Conjunto acima referido.

Decisão: Arquivamento dos processos, após aceitação por parte da Administração dos fundamentos da posição sustentada pela Provedoria de Justiça, com incidência na alteração de redacção do ponto questionado.

Síntese:

Uma professora (1.º Ciclo do Ensino Básico) de um quadro distrital de vinculação, habilitada com o Magistério Primário, com o Curso de Qualificação em Ciências da Educação mencionado no Despacho Conjunto acima referido e, para além dessa habilitação, possuidora de uma licenciatura, com cerca de vinte anos de serviço, viu indeferidos, por duas vezes, pedidos de atribuição de

classificação profissional ao abrigo do Despacho Conjunto n.º 74/SEAE/SEE/2002, de 26 de Janeiro (data de publicação), uma vez que não integrava, *"sendo professora de um quadro distrital de vinculação, a condição expressa no ponto 4 do mesmo despacho"*.

I

Perante a situação definida deste modo, a interessada dirigiu, em 23 de Julho de 2002, uma exposição a Sua Excelência o Ministro da Educação em que formulava duas questões, sendo a primeira relativa à validação do curso que possui (Curso de Qualificação em Ciências da Educação mencionado no despacho conjunto em causa) valorizado para os professores em vias de profissionalização, mas não para os profissionalizados, enquanto a segunda questão se reportava às vias de acesso ao dispor de docentes com as qualificações que a então requerente possui, questão esta que jamais obtivera resposta por parte da Administração.

O processo foi apresentado à Provedoria de Justiça em 6 de Agosto de 2002, ou seja, quando a reclamante aguardava resposta às questões que recolocara em 23 de Julho de 2002, pelo que houve necessidade de aguardar algum tempo para a pronúncia do Ministério interpelado, sempre com informação à reclamante dessa motivação, bem como de todos os incidentes processuais relevantes.

Reiniciada a instrução em 20 de Janeiro de 2003, em face da continuada falta de resposta, foi obtida uma pronúncia (dirigida à reclamante e datada, também, de 20 de Janeiro de 2003), em que se *"reitera a informação divulgada no (...) ofício de 28/06/2002, dado não ter havido alteração à legislação em vigor relativamente ao assunto designado (...)"*.

Na sequência da discussão que então se iniciou com os Órgãos competentes da Administração, não só quanto à questão substancial, mas a partir deste tipo de resposta reiterativa e linear

pertinente, todavia, a uma questão muito mais complexa, veio a concluir-se no âmbito do gabinete competente, que ambas as questões eram relevantes pelo que se impunha a modificação do despacho conjunto no ponto já várias vezes referido, o que veio a ser feito, tendo sido enviado à Provedoria de Justiça um projecto de alteração que se entendeu satisfazer adequadamente - e em termos gerais - a deficiência normativa identificada (cfr. artigo 20.º-1, alínea b) da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril), pelo que se entendeu verificada a situação referida na alínea c) do artigo 31.º da mesma lei, que conduz ao arquivamento do processo, como foi, aliás, determinado em 2003-05-23.

II

Também um outro professor do quadro de nomeação definitiva, detentor da licenciatura em Engenharia de Minas e Civil e habilitado com o Curso de Qualificação em Ciências da Educação mencionado no citado Despacho Conjunto n.º 74/SEAE/SEE/2002, com mais de seis anos de serviço docente, solicitou a intervenção do Provedor de Justiça, por não se conformar com o indeferimento do pedido de atribuição de classificação profissional para o grupo de docência para o qual possuía habilitação própria, ao abrigo deste despacho conjunto, indeferimento esse fundado na mesma razão de que não satisfazia "a condição expressa no respectivo ponto 4" isto é, ser professor contratado.

Alterado o despacho conjunto em questão, no sentido de passar a abranger também os docentes já integrados nos quadros, foi determinado o arquivamento do respectivo processo.

R-3429/02
Assessor: Graça Fonseca

Assunto: Art.º 20.º do Regulamento de Carreiras e Concursos do Instituto de Emprego e Formação Profissional, aprovado por despacho de Sua Excelência o Secretário de Estado do Emprego e Formação de 29 de Abril de 1999.

Objecto: Âmbito de aplicação de diplomas do regime geral da função pública a institutos públicos.

Síntese:

Um funcionário aposentado do Instituto do Emprego e Formação Profissional, que, em Junho de 1996, optou pelo regime do contrato individual de trabalho, apresentou uma reclamação na Provedoria de Justiça por o art.º 20.º do Regulamento de Carreiras e Concursos do Instituto do Emprego e Formação Profissional não aplicar aos reformados e aposentados do instituto o disposto no n.º 6 do art.º 34.º do Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18 de Dezembro, no qual se consagra que "os funcionários e agentes que se aposentem durante o ano de 1998 terão a sua pensão de aposentação calculada com base no índice que couber ao escalão em que ficarem posicionados".

O Decreto-Lei n.º 247/85, de 12 de Julho, que aprovou o Estatuto do Instituto do Emprego e Formação Profissional (IEFP) não consagrou um figurino único e uniforme para os funcionários ao serviço deste instituto, pelo contrário. O legislador consagrou a possibilidade de os funcionários conservarem o seu anterior vínculo à função pública, sem alteração do regime aplicável, ou de optarem pelo regime do contrato individual de trabalho, opção esta a realizar através de documento particular autenticado e que determinava a exoneração da função pública (art.º 3.º do Decreto-Lei n.º 247/85) e, depois, aos funcionários do quadro de pessoal anexo ao Decreto-Lei n.º 193/82, alterado pela Portaria n.º 150/89,

que o manifestassem por escrito, a faculdade de optar pela integração nas categorias profissionais das carreiras que forem definidas para o contrato individual de trabalho (n.º 2 da Portaria n.º 66/90).

Constitui, hoje, entendimento dominante na jurisprudência e doutrina, que as normas do regime geral da função pública não se aplicam àqueles institutos públicos que tenham um regime exclusivamente de direito público privativo e, naqueles institutos que conservem um regime jurídico misto, aplicam-se tão somente aos funcionários integrados no regime geral na função pública. Daqui resulta que aos funcionários do Instituto do Emprego e Formação Profissional, que não exerçam a opção facultada por lei de integrarem o regime do contrato individual de trabalho, é aplicável o regime geral da função pública. Pelo contrário, aos que exerçam essa opção, aplica-se o regime previsto no "Estatuto de Pessoal", aprovado pela Portaria n.º 66/90, de 27 de Janeiro, e, subsidiariamente, as normas e princípios que regem o contrato individual de trabalho.

Esse é o entendimento consagrado no art.º 1.º da Portaria n.º 66/90, de 27 de Janeiro, que restringe o respectivo âmbito de aplicação ao pessoal que tenha sido contratado ou tenha optado pelo regime de contrato individual de trabalho e ao pessoal que exerça funções nas carreiras criadas pelo estatuto. É a este pessoal que se aplica, expressamente, o Regulamento de Carreiras e Concursos do IEFP.

Assim, na medida em que o reclamante estava, desde 1996, exonerado da função pública, as regras constantes dos diplomas do regime geral da função pública, como é o caso do referido Decreto-Lei 404-A/98, de 18 de Dezembro, não lhe seriam aplicáveis, antes se aplicaria o regime previsto no Estatuto do Pessoal do IEFP e respectivos diplomas de regulamentação. Nestes termos, foi o processo arquivado.

R-149/03
Assessor: Graça Fonseca

Assunto: Licença sem vencimento de longa duração. Regresso ao serviço.

Objecto: Conflito entre Junta de Freguesia de Linda-A-Velha e a Santa Casa da Misericórdia de Oeiras relativo à reintegração da reclamante ao serviço, após cessação da licença sem vencimento de longa duração.

Decisão: Processo arquivado após ter sido estabelecido um acordo entre as instituições em causa, nos termos do qual a reclamante foi reintegrada ao serviço.

Síntese:

A funcionária ... da Junta de Freguesia de Linda-A-Velha, em gozo de licença sem vencimento desde Agosto de 1994, solicitou, em Junho de 2002, o seu regresso ao serviço. À data do início da licença, a funcionária exercia funções pedagógicas no centro infantil *O Palhaço*, instituição gerida pela Santa Casa da Misericórdia de Oeiras (SCMO).

Após ter sido declarada apta para o serviço, a Junta de Freguesia de Linda-A-Velha informou a SCMO que a funcionária se iria apresentar no referido centro infantil. No entanto, a SCMO recusou o início de funções da funcionária em causa, argumentando, em síntese, que a mesma se encontrava de licença sem vencimento de longa duração desde Setembro de 1994 e que a SCMO apenas detinha a gestão do estabelecimento de infância referido desde Janeiro de 1996, pelo que a funcionária em causa nunca tinha integrado o quadro de pessoal da SCMO para o centro infantil *o Palhaço*.

Da análise da situação, concluiu-se que existia um protocolo relativo à gestão e administração do estabelecimento de infância *O Palhaço*, assinado em 25 de Janeiro de 1996 entre a

Câmara Municipal de Oeiras, a Junta de Freguesia de Linda-A-Velha e a SCMO. Nos termos do n.º 1 da cláusula sétima deste protocolo, "o pessoal necessário ao funcionamento do estabelecimento *O Palhaço* será originariamente aquele que presta serviço no mesmo, o qual será, para o efeito, disponibilizado pela Junta de Freguesia, sem prejuízo de poder a Santa Casa da Misericórdia afectá-lo parcialmente a outros estabelecimentos de infância da sua responsabilidade, dentro da área do Concelho de Oeiras, mas preferencialmente da área da actual Junta de Freguesia de Linda-A-Velha".

Apurou-se, ainda, que no momento em que foi assinado o referido protocolo, foi dado conhecimento à SCMO que havia uma funcionária, a prestar serviço naquele estabelecimento, que se encontrava em licença sem vencimento de longa duração, a qual, aliás, continuava a fazer parte do mapa de vencimentos do pessoal daquela entidade.

Perante a situação de impasse existente, com graves prejuízos para a situação profissional da reclamante, a Provedoria de Justiça sustentou perante a SCMO que os argumentos invocados, no sentido de não permitir o regresso ao serviço da referida funcionária, não procediam face ao estipulado no protocolo supra citado.

Prestando a funcionária em causa serviço no estabelecimento *O Palhaço* à data da celebração do protocolo, embora em situação de licença sem vencimento, terá de se considerar que a mesma integra o pessoal necessário ao funcionamento do estabelecimento, que é originariamente aquele que prestava serviço no mesmo. Não releva, nestes termos, o argumento que a funcionária nunca integrou os quadros da SCMO. Na realidade, não integra esses quadros, porque o seu quadro é o da Junta de Freguesia de Linda-A-Velha e é nessa condição que a mesma sempre prestou serviço no estabelecimento *O Palhaço* e continuou a prestar após a assinatura do protocolo, porque o mesmo assim o previu. Tanto assim é que desde sempre, o seu nome surgiu na lista dos funcionários que prestam serviço

neste jardim infantil, integrando a respectiva lista de vencimentos.

Nestes termos, sustentou a Provedoria de Justiça que a SCMO não podia recusar a reintegração da funcionária, à qual tinha direito nos termos do n.º 1 do art. 82.º do Decreto-Lei n.º 100/99. Neste sentido se pronunciou, igualmente, a Câmara Municipal de Oeiras. Para esta entidade, a obrigação legal de reintegrar a funcionária recaía, em primeira linha, sobre a junta de freguesia, pois é com esta entidade que a funcionária mantém um vínculo jurídico-laboral. Porém, por força do Protocolo celebrado, a SCMO tinha a obrigação de aceitar a funcionária a desempenhar funções no infantário, pois aí prestava originariamente serviço.

O processo foi arquivado por, entretanto, ter sido alcançado um acordo entre todas as entidades responsáveis, nos termos do qual a funcionária foi reintegrada no centro infantil *O Palhaço*.

R-3433/03
Assessor: Ana Neves

Assunto: Médicos da carreira de saúde pública. Disponibilidade permanente. Acumulação de funções.

Objecto: A pretensão de um conjunto de médicos da carreira médica de saúde pública de exercerem funções outras, seja nos serviços de urgência e atendimento permanente, seja ainda funções exteriores ao sistema de saúde. E a pretensão de reconhecimento do direito ao pagamento de horas extraordinárias por serviço prestado para além do período normal de trabalho.

Decisão: Foi arquivado o processo por se concluir pela falta de fundamento da queixa apresentada.

Síntese:

1. Um conjunto de médicos da carreira médica de saúde pública solicitou a intervenção do Provedor de Justiça no sentido de dirigir "recomendação ao órgão competente do Ministério da Saúde" para que alterasse o entendimento segundo o qual o regime de disponibilidade permanente a que estão obrigados os médicos da carreira de saúde pública obsta por princípio ao exercício de outras funções, seja nos serviços de urgência e atendimento permanente, seja ainda funções exteriores ao sistema de saúde e bem assim o entendimento de que não têm direito ao pagamento de horas extraordinárias pelo serviço prestado para além do período normal de trabalho.

2. Sobre o assunto, o Departamento de Modernização e Recursos Humanos da Saúde e a Administração Regional de Saúde do Centro expressam o entendimento de:

a) que o regime de "disponibilidade permanente inerente à carreira médica de saúde pública" é imposto pela "necessidade de satisfação imediata, urgente e inadiável de algumas [das suas] tarefas" (§2 do ofício de 17.10.2002);

b) que, consequentemente, o médico da carreira da saúde pública "só deve ser autorizado a acumular funções que, pela sua própria natureza, não impeçam ou diminuam a sua aptidão para responder prontamente à chamada" (*idem*, §1 e § último da Informação de 18.04.2001, do Gabinete Jurídico do Ministério da Saúde);

c) Assim, foi considerado "não ser o regime de disponibilidade permanente previsto no estatuto da carreira médica de saúde pública compatível com a acumulação de funções para a realização de exames e perícias médico-legais, dada a natureza e exigências decorrentes da prática de tais actos, de carácter urgente e inadiável" (§ 2 do ofício de 26.08.2002);

d) De igual modo, foi sublinhado que o "exercício de funções nos serviços de urgência e atendimento permanente", "sempre que se verifique a sua necessidade", "deve ter um carácter excepcional e esporádico e ser apreciada caso a caso" (§ 3 do ofício de 20.11.2002);

e) O suplemento remuneratório previsto no n.º 5 do artigo 39.º do Decreto-Lei n.º 73/90, de 6 de Março) constitui, notou-se, uma "compensação genérica pelos inconvenientes próprios do regime de disponibilidade permanente" (§ 1 da fls. 2 do ofício ref. ult.).

f) Pelo que se concluiu não haver lugar à "percepção de horas extraordinárias pela actividade a desenvolver na respectiva escala de atendimento na situação de disponibilidade permanente quando são chamados para além do período normal de trabalho" (§4 do ofício de 17.1.2002, e §1 parte final, do ofício de 20.11.2002).

3. Analisados a queixa apresentada, a posição das entidades visadas e os preceitos legais pertinentes, destacaram os seguintes aspectos principais:

a) A carreira médica de saúde pública é uma das três carreiras médicas da função pública, sendo as outras a carreira médica de clínica geral e a carreira médica hospitalar (artigos 14.º e segs. do Decreto-Lei n.º 73/90, de 6 de Março);

b) Da opção legislativa por três carreiras médicas e conteúdos funcionais distintos resulta que é legitimamente diferente aquilo que o legislador pretende - e aquilo que o empregador público pode exigir - às três categorias de profissionais (entre outros, cfr. a 1.ª parte do n.º 2 do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 73/90);

c) À carreira médica de saúde pública correspondem funções com características próprias, que passam pela realização de acções de (activa) prevenção da doença e de promoção da saúde pública, acções de controlo higieno-sanitário e de acorrência a situações que pedem uma rápida ou imediata intervenção de autoridade de saúde (cfr. artigos 35.º e 36.º do Decreto-Lei n.º 73/90 e Decretos-Lei n.ºs 336/93, de 29 de Setembro, e 286/99, de 27 de Julho);

d) Ao contrário dos médicos da carreira médica hospitalar e da carreira médica de clínica geral integrados em centro de saúde, não há, relativamente aos médicos da carreira médica de saúde

pública, previsão legal de exercício de funções em serviço de urgência ou de atendimento permanente (artigos 18.º, n.º 2, alínea a), 24.º, n.º 5, e 36.º, n.º 1, alínea d), do Decreto-Lei n.º 73/90, artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 157/99, de 10 de Maio, e Decreto-Lei n.º 92/2001, de 23 de Março);

e) Em correspondência com o dado conteúdo funcional da carreira médica de saúde pública foi feita uma opção clara por um regime de trabalho particular para os respectivos médicos, assente na disponibilidade permanente, "o que implica a obrigatoriedade de apresentação ao serviço sempre que solicitado(s)" (cfr. artigos 39.º, n.º 5, 1.ª parte, e 24 e 31.º do Decreto-Lei n.º 73/90);

f) Esta disponibilidade - diversamente do que acontece com outras categorias de trabalhadores da Administração Pública cujo regime de trabalho é também o da disponibilidade permanente - é remunerada especificamente, pela atribuição de um suplemento remuneratório cuja medida de cálculo é o das "percentagens previstas no mapa III anexo ao Decreto-Lei n.º 19/99, de 27 de Janeiro, para o regime de dedicação exclusiva com o horário de quarenta e duas horas" (n.º 5 do artigo 39.º do Decreto-Lei n.º 73/90, na redacção dada pelo artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 412/99, de 15 de Outubro);

g) Os suplementos remuneratórios são atribuídos - de acordo com o artigo 19.º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho (diploma que define os princípios gerais do emprego público, incluindo do respectivo sistema retributivo) - em função de "particularidades específicas da prestação de trabalho", designadamente, por trabalho extraordinário, por trabalho nocturno e por trabalho em regime de disponibilidade permanente;

h) O suplemento remuneratório é associável ou ao trabalho extraordinário ou à disponibilidade permanente (cfr. artigo 19.º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 184/89). Sendo-o a esta última, prejudica, por duplicidade, o «lugar» do trabalho extraordinário;

i) É desrazoável ou incoerente, por princípio, com a opção de disponibilidade permanente, ou contrária à sua eficácia, a

permissão (administrativa) de acumulação de funções, ademais quando a regra constitucional e legal é o da proibição de acumulação de empregos públicos e o da autorização legal para a acumulação com actividade privada (n.ºs 5 e 6 do artigo 269.º da CRP e artigo);

j) O princípio da igualdade, segundo jurisprudência constitucional assente, proíbe apenas as diferenciações arbitrárias, isto é, desprovidas de fundamento material bastante (entre muitos, cfr. Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 319/2000 e 554/2003, in www.tribunal.constitucional.pt);

k) Ora, o conteúdo funcional do médico de saúde pública mais do que justifica o correspondente regime jurídico de trabalho, não só pela necessidade de ocorrer a situações de urgência, mas igualmente pelo trabalho relevante que é suposto desenvolver a sua iniciativa ao nível da prevenção da doença, do controlo higieno-sanitário, do diagnóstico, avaliação, investigação e promoção da saúde pública.

4. Nestes termos, concluiu-se ser infundada a pretensão dos reclamantes, tendo sido arquivado o processo da Provedoria de Justiça relativo à correspondente queixa.

2.4.4. Pareceres

R–4988/00
Assessor: Maria Namorado

Entidade visada: Secretaria de Estado da Administração Pública
Assunto: Protecção na maternidade.

Uma docente de uma Escola Básica dos 2º e 3º Ciclos, teve um parto gemelar, tendo as duas crianças falecido, respectivamente, no segundo e quarto dias de vida.

Pela documentação carreada para o processo, verificou-se que a Direcção Regional de Educação de Lisboa procedeu a uma interpretação do disposto no art.º 10º do Decreto-Lei n.º 70/2000, de 4 de Maio, a qual no entender da Provedoria de Justiça, não se coaduna nem com a letra da lei nem com o respeito pelo exercício de um direito fundamental.

A posição da Provedoria de Justiça no que concerne ao assunto carreado para os autos e, de acordo com a legislação vigente sobre a matéria, orienta-se no sentido de atribuição à reclamante do gozo de licença de maternidade pelo período legal de 150 dias e não apenas da concessão de um período residual que, efectivamente, lhe foi atribuído (o período de licença de maternidade obrigatório previsto no n.º 6 do art.º 10º do Decreto-Lei n.º 70/2000, de 4 de Maio). Trata-se de um direito fundamental em que não são admissíveis restrições ao seu exercício da forma propugnada pela Administração.

A licença de maternidade consagra, por um lado, a protecção da saúde e integridade da mãe puérpera e, por outro lado, a especial protecção que deve ser garantida aos recém-nascidos, em princípio a assegurar pela própria mãe.

Na licença de maternidade é relevante a consideração técnico-jurídica de dois períodos distintos:

- o primeiro, que se exerce como direito indisponível da mãe e deverá ser gozado exclusivamente por esta, nas seis semanas que sobrevêm ao parto;
- o segundo período, que se exerce como direito disponível, podendo ser partilhado, até, por decisão conjunta com o pai.

O gozo do primeiro período deve ser garantido à mãe, independentemente da sobrevivência ou não dos nados-vivos, visto pretender assegurar, numa das suas vertentes, a recuperação e restabelecimento da puérpera.

O gozo do segundo período, que decorre após as primeiras seis semanas pós-parto, porquanto respeita à especial protecção dos filhos, poderia, eventualmente, considerar-se como despido de fundamento quando ocorra a morte dos nados-vivos.

No entanto, não se confunde o direito à licença de maternidade com o gozo de licença em caso de abortamento (*vd.* Lei de Protecção da Maternidade e da Paternidade e respectiva regulamentação), em que não chega a existir vida neo-natal ou extra-uterina. Contrariamente a esta situação, no caso do nado--vivo, este vive extra-uterinamente, sobrevindo uma situação de morte.

Neste entendimento, a partir do momento do nascimento com vida, dos filhos, deve ser garantido à mãe o gozo efectivo da licença de maternidade, correspondente a 120 dias, acrescidos de 30 (nos partos gemelares) por cada filho além do primeiro.

Aliás, como argumento para o exercício do direito ao gozo da licença de maternidade em toda a sua extensão, refere-se que na primitiva redacção da Lei n.º 4/84, de 5 de Abril, se previa autonomamente a situação dos nados-vivos.

Com efeito, o texto primitivo da Lei de Protecção da Maternidade e da Paternidade previa, no n.º 6 do art.º 9º que «... em caso de morte de nado-vivo durante o período de licença a seguir ao parto, o mesmo período [era] reduzido até 10 dias após o

falecimento, com a garantia de um período global mínimo de 30 dias a seguir ao parto.»

Esta distinção desapareceu com a nova redacção que foi dada pela Lei n.º 7/95, tendo o legislador entendido que, uma vez ocorrido o parto, indistintamente da sobrevivência ou não dos infantes, a mãe adquire o direito ao gozo da licença de maternidade, muito embora caiba aqui, apenas, a noção de recuperação da saúde da mãe. Pois, como se define no douto acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 29 de Março de 2000 – Rec. 41019 (*in* Ap. ao Diário da República de 08-11-2002), *«... importa (...) considerar que, a nível físico, quer sobretudo no plano emotivo e psicológico, são necessariamente diferentes os reflexos que um parto desse tipo e um aborto provocam na saúde da mãe. Naquela situação* [trata este acórdão da questão do nado-morto] *é decerto muito mais intenso o sentimento de perda e o traumatismo sofrido, quanto mais não seja por serem muito maiores as expectativas criadas.».*

Pois, *«... muito embora seja mais próxima com a do aborto a analogia da situação decorrente do nascimento do nado-morto* [e, por maioria de razão, com o nascimento do nado-vivo], *no que respeita ao período subsequente ao acidente, não há, em boa verdade, caso omisso a necessitar de integração analógica uma vez que se trata de um parto (técnica e juridicamente) e a licença de parto é a prevista no n.º 1 do art.º 9º* [da Lei n.º 4/84]», no mesmo acórdão citado se conclui que *«... a licença a que tem direito a mulher trabalhadora que dá à luz um nado-morto* [ou com o nascimento de nado-vivo] *não é, por conseguinte, a que cabe no caso do aborto (...) mas a licença de parto prevista* [à data da ocorrência dos factos] *no n.º 1 do art.º 9º da Lei n.º 4/84, na redacção da Lei n.º 7/95, de 9/6.».*

Extrapolando da data de ocorrência dos factos subsumidos na queixa apresentada junto deste Órgão do Estado, refere-se que as novas alterações introduzidas à Lei da Protecção da Maternidade e da Paternidade, pelo Decreto-Lei n.º 70/2000, de 4 de Maio, e sua regulamentação não vieram modificar

substancialmente as disposições sobre atribuição e condições de gozo da licença de maternidade/parto, além do que concerne ao período de licença que passou a ser de 120 dias (art.º 10º, n.º 1), acrescido de 30 dias em caso de parto gemelar, por cada gémeo nascido além do primeiro.

Relativamente ao gozo dos cinco dias de nojo, por morte dos nados-vivos, antes mesmo de concluir pela possibilidade legal da sua fruição ou não, faz-se notar que este período apenas poderia ser usufruído imediatamente após a ocorrência do facto que lhe dá causa, pois só nessa altura cumpre a função e preenche o significado que a lei lhe confere. Até porque existe um dano psicológico que o gozo das faltas por nojo visa tutelar e que se subsume à efectiva tutela do luto.

Apesar da existência do dano, o direito que as faltas por nojo tutelam encontra-se protegido e assegurado pelo gozo da licença de maternidade. Pelo que se entende que não deve ser concedido o direito ao gozo daquelas faltas.

Nestes termos, Sua Excelência o Provedor de Justiça solicitou a Sua Excelência. a Secretária de Estado da Administração Pública, fosse difundida orientação para todos os serviços quanto à questão colocada sobre a protecção do direito à maternidade, atendendo a que se trata da defesa de um direito fundamental e, como tal, inalienável.

R-2983/02
Assessor: Fátima Almeida

Entidade visada: Secretário de Estado da Administração Educativa

Assunto: Fixação do calendário de funcionamento dos estabelecimentos de educação pré-escolar para o ano lectivo de 2002/2003. Despacho n.º 19310/2002, de 29/07.

1. Foram apresentadas na Provedoria de Justiça inúmeras queixas provindas de diversas organizações sindicais representativas do pessoal docente de educação pré-escolar, bem como de um elevado número de educadores de infância, tendo por objecto a apreciação da conformidade legal e constitucional das disposições regulamentares constantes do Despacho n.º 19310/2002, do Ministro da Educação, publicado no Diário da República, 2º Série, n.º 200, de 30/08/2002, diploma que delimita a duração das actividades educativas nos estabelecimentos de educação pré-escolar, para o ano lectivo de 2002/2003.

2. A Federação Nacional do Ensino e Investigação (FENEI) fundamenta o pedido de intervenção do Provedor de Justiça no facto de a regulamentação contida no Despacho n.º 19310/2002, do Ministro da Educação, publicado no DR n.º 200, 2ª Série, de 30/08/2002, contender com alguns dos direitos de natureza laboral estabelecidos para os educadores de infância e com a legislação de valor hierarquicamente superior que enquadra o desempenho destes profissionais de educação pré-escolar, para além de contrariar princípios e regras legais que enformam o subsistema de educação pré-escolar; objecções estas que, no essencial, se podem sintetizar nos seguintes pontos:

a) No processo de elaboração deste regulamento não terá sido assegurada a necessária e prévia audição daquela organização representativa de trabalhadores, como era mister, tendo em conta que o mesmo diploma configuraria alteração do regime de trabalho e das condições de prestação do pessoal docente de educação pré-escolar;

b) A normação contida neste acto regulamentar compromete o gozo integral do período de férias destes profissionais de educação, na medida em que torna impraticável o exercício deste direito para aqueles que tenham 26 ou mais dias úteis de férias, situação que conduz à sua negação com ofensa das disposições legais e estatutárias que regem este instituto;

c) Também configura a previsão de injustificado tratamento discriminatório dos educadores de infância face aos

docentes dos restantes níveis de ensino (ensinos básico e secundário), cuja actividade se rege pelo mesmo Estatuto, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 139-A/90, de 28/04, ao prever a aplicação de maior carga lectiva anual para os primeiros, apesar de todos se integrarem num corpo profissional único, razão porque se mostraria violado o princípio geral da igualdade constitucionalmente consagrado;

d) Subverte e despoja de efeito útil o procedimento administrativo previsto na Lei-Quadro de Educação Pré-escolar, aprovada pela Lei n.º 5/97, de 10/02, para aprovação do horário específico de funcionamento dos estabelecimentos de educação pré-escolar (artigo 12º, n.º 3), ao vincular e condicionar a intervenção das escolas às regras e critérios consignados no novo regulamento.

3. Subsequentemente, também a Federação Nacional dos Professores (FENPROF) e o Sindicato dos Professores Licenciados pelos Politécnicos e Universidades (SPLIU), apresentaram idêntica pretensão sobre o mesmo objecto, que pela tipicidade de situações invocadas se agregaram a estes autos para tramitação conjunta, havendo a salientar, contudo, que, para além dos fundamentos comuns atrás assinalados, a conflitualidade normativa invocada é também polarizada na arguição dos seguintes vícios:

- A disciplina do invocado Despacho n.º 19310/2002, impossibilita que os docentes dos jardins-de-infância usufruam dos períodos máximos de interrupção da actividade lectiva estabelecidos nos artigos 91º a 93 º do Estatuto da Carreira dos Educadores de Infância e dos Professores dos Ensinos Básico e Secundário, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 139-A/90, de 28/04, ao restringir a duração efectiva destes períodos a limites inferiores;

- Contraria os princípios consignados nos artigos 3º e 4º do Regime Jurídico de Autonomia, Administração e Gestão dos estabelecimentos de educação e ensino não superior, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 115-A/98, de 4/05, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 24/99, de 22/04, e contende com o

exercício da autonomia das escolas ao nível da programação e organização das actividades escolares (princípio que é reiterado no âmbito do artigos 2º, n.º 2 e 6º, n.º 2, ambos do Despacho Normativo n.º 24/2000, de 11/05) ao coarctar a possibilidade de os respectivos órgãos de administração e gestão poderem fixar outros períodos máximos de interrupção das actividades educativas, dentro da margem de livre conformação administrativa permitida pelo regime estatutário aplicável ao pessoal docente deste nível de ensino.

4. Lateralmente, também se esboçaram reservas acerca da vigência do artigo 19º do Decreto-Lei n.º 542/79, de 31/12, no qual se filia o despacho questionado, por não se mostrar compatível com a aplicação plena das disposições legais constantes da Lei-Quadro da Educação Pré-escolar - Lei n.º 5/97, de 10/02 - *maxime* do seu artigo 18º, n.º 1 – que é posterior e determinara a revogação expressa das disposições daquele diploma legal que à nova lei se mostrasse contrária (cfr artigo 24º, n.º 2). Finalmente, as normas contidas no citado artigo 19º também padeceriam de inconstitucionalidade formal na medida em que as organizações sindicais não participaram ou intervieram na sua feitura, o que traduziria violação do direito de participação dos trabalhadores da Administração Pública na elaboração da legislação do trabalho prevista no artigo 56º, n.º 2, alínea a), da Constituição, redundando o reconhecimento deste vício na consequente desvaloração dos actos normativos editados à sua sombra, como é o caso do Despacho n.º 19310/2002.

5. Ainda na pendência da análise e instrução deste processo, foi assegurada a audição presencial das estruturas sindicais reclamantes, oportunidade em que prevaleceu a discussão e aprofundamento das diversas questões atrás enunciadas, orientada, com especial ênfase, para o impacte da regulamentação encerrada neste despacho a nível pedagógico e científico, bem como a sua adequação aos princípios e objectivos prosseguidos pelo sistema educativo.

6. Instado a pronunciar-se sobre a matéria versada, o Ministério da Educação, através do Gabinete do Senhor Secretário de Estado da Administração Educativa, respondeu através do ofício de 25/10/02, onde concluiu pela improcedência dos vícios aduzidos, argumentando, sumariamente, o seguinte:

a) O despacho questionado, consolida e clarifica as regras normativas que enquadram o funcionamento dos estabelecimentos de educação pré-escolar e a fixação dos períodos de interrupção da actividade lectiva, à semelhança das iniciativas regulamentares habitualmente promovidas para os restantes níveis de ensino, com o objectivo de "disciplinar e normalizar as condições de utilização desses estabelecimentos pelas crianças" e, do mesmo modo, criar estabilidade nas famílias e nos próprios educadores, permitindo o melhor planeamento das actividades com os educandos";

b) Não procedeu a qualquer alteração normativa no quadro legal em vigor em matéria de educação pré-escolar, nem encerra qualquer disposição inovatória que prejudique a observância da disciplina legal aplicável aos educadores de infância, no que concerne à definição das condições de prestação da respectiva actividade docente, regime de duração e horário de trabalho respectivos, conforme os artigos 75º a 85º do Estatuto da Carreira Docente (ECD);

c) Também se encontra acautelado o gozo do direito a férias por parte destes docentes, tomando por referência o maior período de férias legalmente reconhecido no artigo 2º, n.º 1, alínea d), do Decreto-Lei n.º 100/99, de 31/03, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 157/2001, de 11/05, uma vez que entre a data limite prevista para o encerramento dos estabelecimentos no verão (11/07/03) e a data de reinício das actividades educativas no ano lectivo de 2003/2004, a ocorrer, com probabilidade, em meados de Setembro de 2003, estará garantido um período de cerca de 60 dias, sendo 44 dias úteis, dentro do qual poderão enquadrar, posicionar qualquer período máximo de férias a que tenham direito e ainda reservar parte dos restantes, e no mínimo

15 dias, para as actividades de formação e avaliação das actividades escolares desenvolvidas e preparação das mesmas para o ano lectivo seguinte;

d) A regulamentação contemplada no despacho questionado não contende com qualquer norma estatutária, legal ou constitucional, aplicável ao caso pelo que não tinha de ser objecto de negociação ou audição das organizações representativas, como também não introduz qualquer diferenciação estatutária desproporcionada ou desequilibrada na prática do desempenho dos educadores de infância face aos restantes docentes, daí não resultando, portanto, qualquer incompatibilidade com os preceitos constitucionais constantes do artigos 55º, 56º e 59º da Constituição.

7. Em face das anomalias imputadas ao regulamento em causa, justificar-se-á proceder a breve contextualização e enunciado das vicissitudes de ordem normativa subjacentes.

8. Para adequada compreensão da problemática ter-se-á presente, antes de mais, que o instrumento regulamentar questionado - Despacho n.º 19310/2002 – cuidou, no domínio das actividades e decisões respeitantes à preparação do ano lectivo de 2002/2003, de estabelecer um conjunto de normas orientadoras a observar especificamente pelos estabelecimentos de educação pré--escolar no desenvolvimento do calendário de funcionamento para este ano lectivo, com a previsão de datas indicativas da duração dos períodos lectivos (actividades educativas com crianças, cfr ponto 1º, 1ª parte), dos diferentes períodos de interrupção das actividades lectivas a observar nas épocas do Natal e da Páscoa (ponto 1º, 2ª parte), bem como a definição das condições de aplicação e gestão destes períodos de tempo (pontos 2º a 4º). Configura, nos seus traços impressivos, uma iniciativa inovadora e sem precedentes no ordenamento jurídico da educação pré-escolar, embora com tradição normativa regular na organização do calendário escolar dos restantes níveis de ensino (básico e secundário), actualmente corporizada no Despacho n.º 13859/2002 (2ª série) publicado no Diário da República n.º 139, de 19/06, com

o qual apresenta diferenças substanciais no que respeita à duração das actividades lectivas *(maxime* no termo das actividades lectivas na época de verão e na duração dos períodos de interrupção do Natal).

9. Tal como resulta do respectivo enunciado preambular, mormente dos fundamentos jurídico-normativos aí expressos, o presente despacho surge ancorado nos princípios e regras que constam do artigo 19º do Decreto-Lei n.º 542/79, de 31/12, diploma que à época aprovara os Estatutos dos Jardins-de-Infância do sistema público de educação pré-escolar, sendo manifesto o propósito do seu autor em assegurar uma relação de complementaridade/desenvolvimento com este dispositivo legal cuja vigência actual tem por adquirida. Observa-se que o preceito em causa, localizado no capítulo que incidia sobre o regime de atendimento dos estabelecimentos de educação pré-escolar do sector público (capítulo V), procurou, *grosso modo*, fixar os períodos de encerramento a observar nas unidades dependentes do Ministério da Educação durante o período de verão (45 dias), bem como nas férias da Páscoa e do Natal (uma semana), relegando para o órgão directivo da escola a tarefa de fixar a sua concreta duração temporal, em articulação com as autarquias locais e as famílias interessadas – cfr artigo 19º, n.º 1.

10. Seguro é que o mesmo despacho encerra um conjunto de vinculações dirigidas às escolas, no domínio da organização e desenvolvimento das actividades escolares, não originando, de per si, efeitos directos na esfera jurídica de terceiros.

11. Todavia, a despeito do enquadramento normativo em que se apoia o despacho em crise, os fundamentos da reclamação assentam, como vimos atrás, nas alegadas divergências entre respectiva regulamentação e o edifício normativo editado após a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 542/79.

12. Com efeito, no conjunto dos instrumentos legais sobrevenientes avulta, desde logo, a Lei n.º 5/97, de 10/02 - Lei Quadro da Educação Pré-Escolar – diploma que consagrou os princípios basilares e objectivos da educação pré-escolar,

nomeadamente no planos organizativo, pedagógico, gestionário e administrativo (artigo 1º) determinando a revogação expressa das disposições do Decreto-Lei n º 542/79 que com a nova disciplina se mostrassem incompatíveis (artigo 24º, n.º 2). É em matéria de definição do regime de pessoal destas unidades escolares que particularmente releva o esclarecimento aduzido no seu artigo 18º, n.º 1, disposição legal que manda aplicar aos educadores de infância dos estabelecimentos de educação pré-escolar da rede pública o Estatuto da Carreira Docente aprovado pelo Decreto-Lei n.º 139-A/90, de 28/04.

13. Acresce que também o Despacho Normativo n.º 24/2000, de 11/05, que define os parâmetros de carácter geral relativos à organização do ano escolar em todos os níveis de ensino, postula a articulação com o mencionado estatuto na fixação do calendário de funcionamento dos estabelecimentos de educação pré-escolar da rede pública (cfr artigo 6º, n.º 1). É, pois, neste contexto remissivo que se coloca a questão da:

I

Compatibilidade material do Despacho n.º 19310/2002, e dos respectivos parâmetros organizativos, com o regime de interrupção das actividades lectivas constante dos artigos 91º a 93º do Estatuto da Carreira Docente

Salientamos, em jeito de observação introdutória, que as disposições deste estatuto prevalecem sobre quaisquer outras normas gerais ou especiais que vigorassem à data do seu início de vigência e a estas se sobrepunham em caso de conflito de normas (cfr artigo 6º do Decreto-Lei n.º 134-A/90, de 28/04). Ora, no âmbito deste estatuto a figura da interrupção de actividades lectivas (apesar da formulação textual mais abrangente, é apenas a estas que o legislador se refere) configura-se como uma regalia específica que o pessoal docente usufrui nas épocas do Natal, do

Carnaval, da Páscoa e do verão (por ocasião da interrupção dos trabalhos escolares dos alunos), cuja exacta duração é aferida em concreto pela avaliação dos interesses e recursos disponíveis em cada estabelecimento de educação ou de ensino (artigo 91º).

Traduz, antes de mais, uma dispensa de prestação da actividade lectiva, mas não do desempenho da função docente, posto que durante os períodos de interrupção podem ficar obrigados a comparecer na respectiva escola, quando convocados pelo órgão de administração e gestão, para o cumprimento de tarefas relacionadas com o planeamento, avaliação e execução de actividades pedagógicas necessárias ao bom funcionamento da escola, bem como para participação em acções de formação contínua, de harmonia com a programação de actividades previamente elaborada pelo órgão de administração competente (cfr artigo 92, n.º 1 e 2 "*in fine*").

Contudo, de acordo com o artigo 93º do mesmo estatuto, o pessoal docente abrangido não pode beneficiar, em cada período de interrupção lectiva, de mais de 10 dias, fixados de forma seguida ou interpolada, ou ainda, no seu cômputo global, de mais de 30 dias de interrupção por ano escolar, sendo certo, pois, que a duração efectiva destes períodos concedidos pode ficar aquém dos limites apontados.

Atenta a flexibilidade admitida na gestão e fixação dos períodos de interrupção lectiva, os princípios organizativos fixados no artigo 19º do Decreto-Lei n.º 542/79 ou aqueles que no seu desenvolvimento constam do Despacho n.º 19310/2002, não excluem ou comprimem a margem de conformação administrativa prevista no Estatuto da Carreira Docente para a determinação dos períodos de pausa lectiva nele previstos, mormente para a época do Carnaval, desde que a duração global das interrupções lectivas se atenha ao limiar previsto (30 dias) conforme, aliás, reconhece expressamente a entidade visada nas orientações interpretativas que oportunamente entendeu dimanar através das direcções regionais de educação.

Ademais, tal solução normativa não é directamente traduzível na lesão efectiva do direito à interrupção lectiva, pois está ainda assim dependente da intervenção conformadora dos órgãos de gestão das escolas, com a elaboração dos planos de distribuição do serviço compatíveis (artigo 92º, n.º 2 do Estatuto), razão pela qual a divergência oposta pelos reclamantes não se mostra atendível neste plano. Discorda-se, porém, do entendimento interpretativo assumido pelo Ministério da Educação no que concerne à aplicabilidade dos limites máximos fixados no Despacho n.º 13 859/2002 para as pausas de Carnaval, pois não se alcança da formulação textual deste último (que opera estritamente no âmbito dos ensinos básico e secundário) qualquer conexão ou relação de supletividade com o calendário dos estabelecimentos de educação pré-escolar, afigurando-se antes que na fixação da sua duração se deve atender apenas aos limites previstos no artigo 93º do Estatuto da Carreira Docente.

II

Compatibilidade do Despacho n.º 19310/2002 com o regime de férias do pessoal docente constante dos artigos 86º a 90º do Estatuto da Carreira Docente

Outra questão versada prendia-se com a possibilidade de a demarcação temporal constante deste despacho poder interferir e prejudicar a fruição integral do período de férias vencido em 2003, tendo em conta as limitações temporais a que está sujeito o exercício deste direito pelo pessoal docente.

Neste plano, ter-se-á presente que o pessoal docente tem direito ao gozo do período de férias estabelecido na legislação geral em vigor na função pública – Decreto-Lei n.º 100/99, de 31/03, alterado por ratificação pela Lei n.º 117/98, de 11/908, Decreto-Lei n.º 503/99, de 120/11, com a redacção dada pelo artigo 42º, n.ºs 2 e 3 do Decreto-Lei n.º 70-A/2000, de 5/05 e, finalmente, pelo De-

creto-Lei n.º 157/2001, de 11/05 - com as especialidades derivadas dos artigos 86º a 90º do Estatuto da Carreira Docente (cfr artigos 75º a 86º), podendo, pois, dispor de um período variável de férias em cada ano civil, calculado em função da situação etária (no limite, de 28 dias) e do tempo de serviço prestado (mais um dia de férias por cada 10 anos de serviço, no limite, tendencialmente, mais 4 dias de férias) - cfr artigo 2º, n.ºs 1 e 3, do Decreto-Lei n.º 100/99, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 157/2001.

A especificidade decorrente da actividade docente centra-se nos condicionalismos temporais a que está sujeito o gozo do período de férias, o qual terá obrigatoriamente de ocorrer, no limite, em dois períodos fixos e no espaço que medeia entre o termo do ano lectivo e o início do ano lectivo seguinte (artigo 88º, n.ºs 1 e 2).

Ora, tomando como referência hipotética a verificação da situação limite préfigurada, ou seja, que o termo das actividades lectivas ocorra em 11/07/03, e partindo do pressuposto que o início das actividades do próximo ano lectivo terá lugar, conforme sugere a própria entidade visada, no decurso da 1ª quinzena de Setembro (15/09/03), o enquadramento temporal proposto pelo Despacho n.º 19310/2002, permite considerar, a partir desta data, a disponibilidade de um período global de 45 dias úteis, dentro do qual deverá ser considerado o período de 15 dias reservado para actividades pedagógicas e de formação, de acordo com o ponto 3º do mesmo Despacho.

Sublinhe-se, porém, que a afectação deste período de tempo às actividades em causa, não implica que o estabelecimento de educação tenha de promover, no seu decurso, a convocação consecutiva e ininterrupta dos docentes para as referidas tarefas, apenas sendo exigido que a distribuição deste serviço se processe de forma equitativa e obedeça a planificação adequada por parte do respectivo órgão de gestão, de forma a que os docentes abrangidos não sejam, nem beneficiados, nem prejudicados com o cumprimento das tarefas atribuídas relativamente aos restantes – *vide*, neste sentido, o artigo 92º, n.º 2.

Tal significa apenas que no cenário limite descrito, deverá o competente órgão de gestão da escola procurar assegurar a articulação equilibrada entre os dois instrumentos de gestão envolvidos: o plano de distribuição das tarefas a executar durante o referido período de interrupção e o mapa individual de férias respeitante a cada docente - de molde a salvaguardar, caso a caso, o exercício efectivo e integral dos direitos legítimos em presença – neste sentido aponta de forma evidente o dispositivo contido no ponto 4º do citado Despacho.

Tendemos, por isso, a não aceitar o raciocínio conclusivo desenvolvido pelos reclamantes que apontaria para o posicionamento das férias do pessoal docente no tempo sobrante, ou seja, nos 30 dias úteis remanescentes, ilação que indubitavelmente conduziria à prefiguração de um impedimento ao gozo integral do período máximo de férias legalmente previsto nas situações supra descritas.

Mas ainda que outro pudesse ser o entendimento, é também certo que uma eventual colisão com o direito a férias nunca poderia constituir efeito directo do despacho em causa, logo vício próprio imputável a este acto normativo, já que o mesmo não é imediatamente operativo, carecendo de exequibilidade materializada na afixação casuística das datas exactas de início e termo das actividades lectivas e dos períodos de interrupção, a estabelecer pelo órgão de direcção executiva da escola, em articulação com os parceiros educativos (cfr artigo 19º do Decreto-Lei n.º 542/79, de 31/12 e artigo 6º, n.º 2 do Despacho Normativo n.º 24/2000, de 11/05). Assim sendo, a sua apreciação apenas poderia relevar, caso a caso, no plano da intervenção reguladora da escola e assente em actos e situações particulares que não foram, no entanto, demonstrados nos autos.

De resto, não é demais sublinhar a fragilidade da argumentação fáctica aduzida pelos impetrantes neste plano, assente que está num pressuposto incerto, ou seja sobre um juízo de prognose relativamente à data do início do próximo ano lectivo - e da consequente retoma das actividades educativas com

crianças, conforme o conceito vertido no artigo 2º, alínea r) do Decreto-Lei n.º 134-A/90, de 28/04 -, data que, aliás, ainda não se encontra formalmente fixada pelo Ministro da Educação.

III
Compatibilidade com o regime jurídico em matéria de duração e horário de trabalho

A apreciação da problemática focava também eventual desconformidade deste despacho com as disposições legais vigentes no plano da organização e gestão dos tempos de trabalho do corpo profissional docente, padecendo tal raciocínio de algum equívoco conceptual que importa esclarecer. Na verdade, o referido despacho limita-se a veicular, como referimos supra, critérios que orientam a elaboração e a utilização, pelas escolas, dos instrumentos de organização dos tempos escolares e de desenvolvimento das actividades pedagógicas, lectivas e não lectivas, bem diversos de outros instrumentos de gestão conexionados com a organização diária e semanal da jornada de trabalho (determinação da carga horária de trabalho, incluindo as componentes lectiva e não lectiva, dos educadores de infância) ou ainda com a planificação e distribuição diária e semanal das actividades escolares (fixação dos períodos de duração diária e semanal da actividade escolar), em que afinal se traduz o horário de funcionamento destes estabelecimentos.

Conforme, aliás, bem aduz a entidade visada, neste ponto, quer os princípios organizativos constantes do Decreto-Lei n.º 542/79, quer as normas orientativas contidas no despacho questionado, em nada influenciam, directa ou indirectamente, as condições em que se desenvolve a actividade profissional do pessoal docente destes estabelecimentos, *maxime* o quadro legal relativo à duração semanal da prestação de trabalho do pessoal docente (35 horas, de acordo com o artigo 76º do Estatuto da Carreira Docente), sequer a organização e duração das

componentes lectiva e não lectiva que integram o respectivo horário de trabalho (artigos 77º a 85º do mesmo Estatuto), ou mesmo a definição dos critérios e procedimentos de distribuição da actividade escolar a que aludem os artigos 12º, n.º 1 e 23º, n.º 2 da Lei n.º 5/97, de 10/02 e artigo 9º do Decreto-Lei n.º 147/97, de 11/06 (horário de desenvolvimento das actividades escolares nos estabelecimentos de educação pré-escolar), de modo que pudessem demonstrar especial penosidade, dificuldades de realização profissional ou pessoal ou de conciliação com a vida familiar, o que de todo em todo não é invocado.

Também não se divisa aqui, pois, qualquer alteração normativa às condições de exercício dos direitos profissionais dos educadores de infância em matéria de duração e horário de trabalho.

IV
Compatibilidade com o regime jurídico de autonomia das escolas

Suscitava-se o problema da compatibilidade desta intervenção regulamentar com o grau de autonomia e competências próprias de que dispõem, nos termos da lei, os órgãos de gestão e administração das escolas e agrupamentos de escolas em matéria de organização e programação das respectivas actividades.

Os estabelecimentos públicos de educação e de ensino, como parte integrante que são da estrutura organizativa da administração educacional (cfr artigo 3º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 133/93, de 26/04, então em vigor) configuram serviços da Administração Directa do Estado, participam da chamada administração desconcentrada do Estado e estão, por conseguinte, inseridos numa cadeia de subordinação hierárquica em cujo topo se encontra o responsável máximo pelo Ministério da Educação, a quem cabe a direcção máxima dos serviços, conforme resulta do artigo 199º, alínea d) da Constituição.

As recentes reformas do sistema educativo, partilhando da lógica de descentralização das políticas educativas, dotaram as escolas de vasta autonomia, nomeadamente nos planos pedagógico e administrativo - *vide* artigo 59º da Lei de Bases do Sistema Educativo (Lei n.º 46/86, de 14/10), a Lei n.º 43/89, de 3/02 e o Decreto-Lei n.º 172/91, de 10/05. Neste contexto, o Decreto-Lei n.º 115-A/98, alterado pela Lei n.º 24/99, de 22/07, cuidou de desenvolver e aprofundar o modelo de autonomia instituído, investindo as escolas de iniciativa própria nos domínios da organização interna e regulamentação do seu funcionamento (artigos 2º e 3º).

Contudo, a intervenção das escolas no processo educativo está subordinada a vários princípios orientadores (artigo 4º) onde sobressai a responsabilidade do Estado e o gradualismo do processo de transferência das competências (cfr artigo 49º), sendo certo que o desenvolvimento da autonomia na vertente pedagógica não dispensa a respectiva subordinação aos limites da flexibilidade que forem fixados a nível nacional (artigo 13º, alíneas a) e b) da Lei n.º 43/89).

O desenvolvimento do modelo autonómico é temperado, desde logo, pela atribuição ao ministério responsável pela coordenação da acção educativa, de competências para a definição das normas gerais de educação pré-escolar, nomeadamente os seus aspectos pedagógicos ou técnicos (artigo 5º, n.º 7 da Lei de Bases do Sistema Educativo), com vista a assegurar o seu sentido de unidade e adequação aos objectivos de âmbito nacional (vd artigo 44 da mesma lei).

Por outro lado, importa notar que a Lei n.º 5/97, de 10/02 (Lei-Quadro da Educação Pré-escolar) também cometeu ao Estado o papel estratégico de definir as normas gerais que enquadram o desenvolvimento deste nível de ensino, designadamente nos domínios organizativo, pedagógico e técnico (artigo 5º, alínea c), atribuindo-lhe a tutela pedagógica e técnica dos estabelecimento de ensino (artigo 8º, alínea a) e artigo 15º, n.ºs 1 e 2 do Decreto-Lei n.º 147/97).

Entende-se, pois, a lógica da regulação em causa na perspectiva da responsabilidade da Administração Central Educativa em assegurar a coordenação e unidade da acção educativa e a sua compatibilidade com a política educativa de âmbito nacional (artigo 48º da Lei de Bases) através da emissão de normas gerais orientadoras que balizem e orientem, a nível nacional, aspectos essenciais da organização da vida das escolas e a regularidade do respectivo funcionamento.

No contexto legal enunciado a intervenção regulamentar questionada mostra-se legitimada até porque não prejudica o poder dispositivo conferido aos órgãos de gestão das escolas para a definição casuística do respectivo calendário escolar - determinação dos períodos de funcionamento (início e termo das actividades lectivas) e da oportunidade e duração dos períodos de interrupção das actividades lectivas (artigo 13º, n.º 2,alínea e) - para a fixação do regime de atendimento (artigo 9º do Decreto-Lei n.º 147/97) e a gestão dos horários de funcionamento (artigo 4º, alínea c) e artigo 12º, n.º 3, última parte da Lei n.º 5/97), de acordo com o procedimento legalmente previsto.

Assim sendo, não se descortina no Despacho n.º 19310/2002, qualquer dissonância ou conflito com as normas e princípios que orientam as escolas em matéria de gestão dos tempos escolares (*maxime* a Lei n.º 5/97 e o Despacho Normativo n.º 24/2000).

V
Violação do princípio constitucional da igualdade

Impõe-se também aqui apreciar o problema da alegada inconstitucionalidade dos normativos do Despacho n.º 19310/20002 *sub iudicio*, à luz do princípio geral da igualdade acolhido no artigo 13º da Constituição, em virtude de conter previsão de condições materialmente desiguais para os educadores de infância dentro do corpo único docente. Tal, na medida em que por força da sua aplicação das normas questionadas os educadores

de infância terão de prestar, no corrente ano lectivo, maior número de dias de actividade educativa com alunos que os docentes dos restantes níveis de ensino.

Importa a este respeito notar que o invocado alargamento da carga lectiva anual dos estabelecimentos de educação pré-escolar, deriva da extensão dos períodos lectivos no verão (+14 dias) e da redução dos períodos de interrupção lectiva na época de Natal (+ 4 dias de trabalho educativo com alunos), relativamente aos parâmetros temporais fixados para os estabelecimentos dos ensinos básico e secundário no Despacho n.º 13859/2002, mas não traduz, por si só, o acréscimo da duração global das actividades escolares respectivas neste nível de ensino.

Destarte, não é despiciendo salientar que o princípio da igualdade consignado, em geral, no artigo 13º n.ºs 1 e 2 da Constituição é, segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional, um princípio estruturante do sistema juridico-constitucional, cujo conteúdo, nas dimensões de proibição de arbítrio e de proibição de discriminação que aqui interessa invocar, vincula o legislador na obrigação de conceder tratamento igual a situações de facto idênticas (com expressão na exigência de igualdade dos benefícios/prestações concedidas pela Administração Pública) e tratamento diferente a situações que de facto não serão iguais.

Ora, conforme se assinalou supra, e não é demais salientar, o conteúdo normativo do invocado despacho promove apenas o enquadramento temporal do funcionamento dos estabelecimentos de educação pré-escolar, com incidência na organização das respectivas actividades e não interfere, directa ou indirectamente, em qualquer dos direitos e posições juridicamente relevantes contemplados no regime estatutário do pessoal docente, mormente com o direito a férias, as interrupções das actividades lectivas, ou em matéria de duração e horário de trabalho, como também não origina qualquer desequilíbrio ou disfunção nas condições de prestação do seu trabalho.

Acresce que nada permite, de per si, sustentar para este corpo profissional um eventual direito à prestação anual de um determinado número de dias de actividade lectiva que reclame tutela substantiva autónoma no respectivo contexto estatutário e, consequentemente, tratamento jurídico igualitário.

De resto, sempre se observa que no domínio da decisão pública normativa, a aplicação do referido princípio constitucional de igualdade apenas impõe que a diversidade de estatuição, quando relevante, não seja materialmente infundada, irrazoável ou desproporcionada. No caso em apreço, a situação proporcionada pela aplicação do despacho, no que concerne à duração anual da actividade lectiva dos educadores de infância, apesar da unicidade estatutária da carreira docente em que se integram (cfr artigo 34º do Estatuto da Carreira Docente) está objectiva e materialmente conexionada com a realidade escolar específica subjacente, com a caracterização e os objectivos de alcance social e educativo apontados para o subsistema de educação pré-escolar e plasmados na Constituição (artigos 67º, n.º 2, alínea c) e 74º, n.º 2, alínea b) ou em actos infra-constitucionais (artigos 4º e 5ºda Lei de Bases do Sistema Educativo e artigos 2º e 10º da Lei n.º 5/97, de 10/02).

Deste modo também seria possível admitir a existência de um interesse constitucionalmente atendível para sustentar a diferenciação causada pelas normas em apreciação, na perspectiva do trabalhador envolvido.

Pelas razões expostas, não se divisa do tratamento diferenciado subjacente uma situação de desigualdade normativa susceptível de relevar no quadro dos princípios e regras constitucionais aplicáveis e, em particular, com o princípio da igualdade ínsito no artigo 13º n.ºs 1 e 2 da Constituição.

VI
A questão da inconstitucionalidade formal do artigo 19º do Decreto-Lei n.º 542/79, de 31/12

Restava proceder à análise da constitucionalidade da disposição constante do artigo 19º do Decreto-Lei n.º 542/79, por alegada ofensa ao artigo 56º, n.º 2, alínea a) da Constituição (falta de intervenção no processo legislativo correspondente), juízo que a confirmar-se também acarretaria a inconstitucionalidade da norma regulamentar subjacente.

Por força do que dispõe o referido imperativo constitucional, é garantida a participação das organizações representativas dos trabalhadores na elaboração da legislação do trabalho, redundando o incumprimento deste dever de audição prévia na inconstitucionalidade formal da lei cujo processo de feitura não assegurou tal formalidade essencial.

Na falta de explícita concretização constitucional do conceito de "legislação do trabalho"e em face da tentativa de definição ensaiada à época pela Lei n.º 16/79, de 26 /05, diploma que então regia, e rege ainda, a participação das organizações de trabalhadores na elaboração da legislação do trabalho, a jurisprudência do Tribunal Constitucional tem inserido na noção de legislação do trabalho toda a normação "que regule os direitos dos trabalhadores enquanto tais e as suas organizações, direitos esses reconhecidos na Constituição e na lei, abarcando, por isso, a regulamentação das relações individuais e colectivas de trabalho e, no que releva quanto à função pública, o que se estatui em matéria de regime geral e especial (...), condições de trabalho, vencimentos e demais prestações de carácter remuneratório, regime de aposentação ou de reforma e regalias de acção social e de acção social complementar." - cfr Ac. do Tribunal Constitucional de 3/05/94, publicada no DR n.º 136, Iª Série, de 15/06/94 - *vide* ainda Gomes Canotilho e Vital Moreira em anotação ao artigo 54º da Constituição da República Portuguesa, 3ª edição, pág 296.

Ora, na situação apreciada, o dispositivo legal questionado limitou-se a enquadrar o funcionamento dos estabelecimentos de educação pré-escolar e orientar a programação das suas actividades, não afectando, pois, de modo inovatório, o conteúdo de qualquer matéria relacionada com a configuração estatutária da prestação de trabalho docente, como demonstramos supra. Assim sendo, a norma questionada não é subsumível na previsão do artigo 56º, n.º 1, alínea a) da Constituição e não tendo sido objecto de consulta pelas organizações sindicais não incorreria no apontado vício de inconstitucionalidade.

Quanto muito a alegação poderia ter alguma pertinência relativamente às normas constantes do Capitulo XI do mesmo Decreto-Lei n.º 542/79, as quais deixaram já de vigorar na ordem jurídica, designadamente por revogação tácita operada pelo Decreto-Lei n.º 139-A/90, de 28/04, mas não se afigura que relativamente a estas ocorra um interesse juridicamente relevante susceptível de justificar o seu controlo constitucional - Acs do Tribunal Constitucional n.º 238/88 e n.º 153/2001.

As considerações atrás aduzidas valem "*mutatis mutandis*" para a apreciação do vício que se imputou ao processo de aprovação do Despacho 19310/2002, à luz do exercício do direito de negociação colectiva e de participação que decorre da Lei n.º 23/98, de 26/05 e ainda do disposto no artigo 9º do Estatuto da Carreira Docente. De facto, também a normação deste Despacho não afecta, directa ou indirectamente, as matérias relacionadas com a situação profissional e estatuto dos educadores de infância, nem tão pouco se prende com a fixação de condições especiais de trabalho na respectiva unidade orgânica (seria o caso, por exemplo da fixação do horário de funcionamento diário e semanal). Em consequência, a matéria do referido acto regulamentar não é recondutível às situações que podem ser objecto de negociação colectiva nos termos do artigo 6º da aludida Lei n.º 23/98 ou recair na alçada do direito de participação previsto no seu artigo 10º, pelo que a validade da sua emissão não estava dependente da

prévia audição ou consulta às organizações sindicais. Conclui-se também aqui pela improcedência das alegações apresentadas.

VII
Em conclusão

Analisada a matéria reclamada à luz do enquadramento jurídico-legal pertinente e atendendo aos esclarecimentos oportunamente prestados pelo Ministério da Educação, não se afigura, pois, que o diploma regulamentar questionado configure actuação ilegal ou injusta, traduzível em lesão de direitos ou interesses legalmente protegidos, sequer matéria que permita formular juízo de desconformidade com os preceitos legais e constitucionais aplicáveis, sem prejuízo da eventual sindicabilidade dos actos que, em desenvolvimento dos princípios orientadores nele contidos, vierem a ser praticados pelos órgãos de administração e gestão das escolas no âmbito das suas competências próprias.

Inexiste, por isso, qualquer fundamento legal ou constitucionalmente relevante para prosseguir a intervenção deste Órgão do Estado nos termos pretendidos pelos impetrantes, razão pela qual, dignando-se o Senhor Provedor de Justiça concordar com as conclusões extraídas e respectiva fundamentação, devem as referidas reclamações ser consideradas improcedentes e a final determinado o arquivamento do processo vertente e respectivos anexos, ao abrigo do disposto no artigo 31º, alínea b), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril.

A despeito das conclusões assumidas, sobrelevam da análise e enquadramento jurídico realizado algumas considerações finais passíveis de justificar, no uso da competência legalmente cometida ao Provedor de Justiça pelo artigo 33º da Lei n.º 9/91, de 9/04, uma eventual chamada de atenção a dirigir ao Ministério da Educação, para efeitos futuros.

Na verdade, reconhecida, embora, a legitimidade das preocupações sociais do Governo e o intuito normalizador

assumido pelo despacho questionado - que apelam indubitavelmente a uma rigorosa programação das actividades do estabelecimento pelos respectivos órgãos de gestão (conforme, aliás, invocado no ponto 2º do ofício–circular emitido em 9/09/02 pelo Gabinete do Senhor Secretário de Estado da Administração Educativa) - afigurar-se-ia ajustado que novas iniciativas normativas neste domínio fossem precedidas de aturado estudo sobre as respectivas repercussões a nível organizativo e pedagógico, ponderado que seja o seu ajustamento aos novos modelos orgânicos da realidade escolar (mormente à dinâmica própria das actividades dos agrupamentos de escolas que integrem jardins-de-infância).

Por outro lado e no que concerne ao impacte das novas opções nos direitos funcionais dos educadores de infância - afinal o motivo nuclear da presente intervenção - , mostrar-se-ia conveniente a promoção de normas orientadoras que assegurassem, de forma inequívoca, a estabilização dos parâmetros temporais em que se move a fruição do período máximo de férias vencido por estes trabalhadores em 2003, tendo em conta as limitações estatutárias a que o exercício deste direito está sujeito.

Nesta óptica e sem prejuízo da decisão de arquivamento preconizada, propõe-se ainda que, no âmbito das iniciativas legalmente cometidas ao Provedor de Justiça, seja formulada uma chamada de atenção a dirigir ao Senhor Secretário de Estado da Administração Educativa, atentas as suas competências delegadas na matéria, na qual fiquem expressas as preocupações sublinhadas no parágrafo antecedente e sugerida a promoção de medida administrativa que, no âmbito da organização dos trabalhos escolares para o ano lectivo de 2003/2004, garanta a fixação de data de reinício das actividades educativas compatível com o cumprimento de tal desiderato.

Nota: Tendo o Provedor de Justiça concordado com as conclusões assumidas na presente Informação, bem como com a

respectiva fundamentação, foram as reclamações apresentadas consideradas improcedentes e a final determinado o respectivo arquivamento, sem prejuízo da chamada de atenção que o mesmo Órgão do Estado entendeu dirigir a S. Exa. o Secretário de Estado da Administração Educativa.

2.4.5. Censuras, reparos e sugestões à Administração Pública

R- 842/00
Assessor: Graça Fonseca

Entidade visada: Secretário de Estado da Administração Educativa
Assunto: Aplicação do Decreto-Lei n.º 121/96, de 9 de Agosto. Aprovação da Portaria prevista no n.º 3 do art.º 12.º do Decreto-Lei n.º 515/99, de 24 de Novembro.

1. Uma assistente administrativa do quadro de vinculação do Distrito de Viseu afecta à ES3 de Moimenta da Beira, apresentou, em 16 de Fevereiro de 2000, uma reclamação na Provedoria de Justiça, relativamente ao não cumprimento, pela administração, do disposto no Decreto-Lei n.º 121/96, de 9 de Agosto. Alega a reclamante que este incumprimento a tem prejudicado, pois há 20 anos se encontra na mesma categoria profissional.

2. Consagra o n.º 1 do art.º 2.º do citado Decreto-Lei n.º 121/96 que "é obrigatória a abertura de concurso de acesso, sob a forma de concurso interno condicionado, sempre que, havendo vagas orçamentadas no respectivo serviço ou organismo, existam funcionários posicionados no último escalão da respectiva categoria com mais de seis anos de serviço nela prestados, com classificação não inferior a Bom".

3. A reclamante preenche as condições subjectivas previstas na disposição legal citada, tal como consta da declaração do presidente do conselho directivo da escola respectiva, datada de 25 de Fevereiro de 1997.

4. Contactada por diversas vezes a Direcção-Geral da Administração Educativa sobre esta reclamação, veio a mesma sempre alegar, a coberto de diversos ofícios, que a resolução da questão colocada pela reclamante estava dependente da publicação da portaria prevista no n.º 3 do art.º 12.º do Decreto-Lei n.º 515/99, de 24 de Novembro. Este fundamento foi utilizado, desde logo, no ofício de 2 de Outubro de 2000, no qual se pode ler, e citamos, "face à implementação do novo regime jurídico das carreiras do pessoal não docente, a abertura de concursos de acesso na carreira de assistente administrativo só será possível após a publicação da referida Portaria".

5. Decorridos dois anos, a Direcção-Geral da Administração Educativa vem, através do ofício de 9 de Dezembro de 2002, informar que, e de novo citamos, "na sequência de novas orientações do Governo, ainda não é possível prever a data de publicação da Portaria que aprovará os respectivos quadros regionais de vinculação, uma vez que se está no início do processo de negociação com as organizações sindicais".

6. No entanto, através do Aviso n.º 1965/2002, publicado no Diário da República 2.ª Série, de 13 de Fevereiro de 2002, a Direcção-Geral da Administração Educativa do Ministério da Educação tornou público a abertura de "concurso interno de acesso limitado para a categoria de assistente administrativo especialista, da carreira de assistente administrativo, dos quadros distritais de vinculação do pessoal não docente". Este concurso dirigia-se a todos os funcionários em condições de serem admitidos, pertencentes aos quadros de vinculação de pessoal não docente dos estabelecimentos da educação pré-escolar e dos ensinos básico e secundário dos distritos de Braga, Bragança, Porto, Viana do Castelo e Vila Real.

7. Perante a abertura de concurso de acesso na carreira administrativa para pessoal não docente afecto a quadros de vinculação distrital que, segundo o Mapa II anexo ao Decreto-Lei n.º 515/99, de 24 de Novembro, correspondem ao mesmo quadro regional de vinculação a que pertence a reclamante, quadro esse

de dotação global, a Provedoria de Justiça solicitou, em 18 de Dezembro de 2002, ao Gabinete de S. Exa. o Secretário de Estado da Administração Educativa, que informasse dos motivos que impedem a abertura de concurso de acesso para assistente administrativo principal no quadro distrital de vinculação da reclamante, o qual viria dar resposta à reivindicação de aplicação do disposto no n.º 1 do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 121/96, de 9 de Agosto.

8. Por ofício de 22 de Janeiro de 2003, vem o Gabinete de S. Exa. o Secretário de Estado da Administração Educativa informar que, efectivamente, está a decorrer o concurso para a categoria de assistente administrativo especialista assinalado, aberto para dar cumprimento ao disposto no Decreto-Lei n.º 121/96. Invoca o Gabinete, no ofício supra mencionado, que "atendendo às limitações em recursos humanos existentes que inviabilizam a abertura de vários concursos nacionais em simultâneo, nos termos do n.º 2 do art. 6.º do Decreto-Lei n.º 223/87, de 30 de Maio, não foi possível proceder em 2002 à abertura de concurso para a categoria de assistente administrativo principal".

9. Invoca, ainda, o Gabinete de S. Exa. o Secretário de Estado da Administração Educativa, que a prossecução do concurso para assistente administrativo especialista e a abertura de concurso para assistente administrativo principal se encontram pendentes da satisfação do disposto no n.º 3 da Resolução do Conselho de Ministros n.º 97/2002, de 16 de Maio, nos termos da qual "só poderão ser abertos ou prosseguidos concursos internos, de acesso ou ingresso, desde que assegurada a respectiva cabimentação orçamental (...)".

10. Conclui-se do ofício acima referido que, afinal, o Ministério da Educação podia dar cumprimento ao disposto no Decreto-Lei n.º 121/96. Questionado sobre este assunto, vem o Gabinete de S. Exa. o Secretário de Estado da Administração Educativa informar, por ofício de 3 de Março de 2003 que "não tendo sido aprovados os quadros regionais previstos no art.º 12.º

do Decreto-Lei n.º 515/99, de 24 de Novembro, não se verificou o pressuposto de aplicação do disposto no art.º 15.º do mesmo diploma, nomeadamente a realização de concursos por parte das direcções regionais de educação. Assim, a Direcção-Geral da Administração Educativa procedeu à abertura centralizada de concursos para assistente administrativo especialista (...)".

11. Concluída a instrução do processo, permita-me V.Ex.a que chame a atenção do Ministério da Educação para dois pontos, que nos parecem merecer uma particular atenção: por um lado, o facto de a reclamante, e outros funcionários pertencentes aos quadros regionais de vinculação do Ministério da Educação, aguardarem, desde 1996, que o Ministério da Educação cumpra o disposto no Decreto-Lei n.º 121/96; por outro lado, já decorreram mais de três anos sobre a publicação do Decreto-Lei n.º 515/99, de 24 de Novembro, sem que tivessem sido aprovados os quadros regionais de pessoal não docente, que, nos termos do n.º 3 do art. 12.º deveriam ter sido aprovados no prazo de 180 dias contados a partir da data da entrada em vigor do diploma.

12. Assim, permita-me V. Ex.a que, sem prejuízo do arquivamento do processo nesta Provedoria de Justiça, chame a atenção do Ministério da Educação, nos termos do art.º 33.º da Lei 9/91, de 9 de Abril, para o facto de, nos termos da lei, a abertura de concursos para pessoal não docente dever ter em conta, simultaneamente, as necessidades das escolas e o desenvolvimento da carreira profissional do pessoal não docente, dando, também assim, cumprimento ao disposto no Decreto-Lei n.º 121/96 relativamente àqueles funcionários que, tal como a reclamante, se encontram na mesma categoria profissional há muitos anos.

13. Por outro lado, também não pode deixar de merecer reparo o facto de a aprovação dos quadros regionais de pessoal não docente que, nos termos da posição assumida ao longo do processo pelo Ministério da Educação, tem impedido que se possa dar cumprimento ao disposto no Decreto-Lei n.º 121/96, não ter sido conseguida até à data. Ainda que se possa admitir que um

processo legislativo desta natureza seja complexo e moroso, parece-nos que um período de três anos, sobre o momento fixado pelo próprio legislador para proceder à aprovação da portaria em causa, se afigura como excessivamente longo.

R- 4535/00
Assessor: Elisa Morgado

Entidade visada: Administrador Delegado Regional do Norte - Instituto de Solidariedade e Segurança Social

Assunto: Reclassificação para a carreira técnica de serviço social, ao abrigo do Decreto-Lei n.º 217/98, de 17 de Julho, na redacção da Lei n.º 9/99, de 14 de Março.

1. Foi organizado na Provedoria de Justiça o presente processo, a propósito da transição de algumas funcionárias do ex-Centro Regional de Segurança Social do Norte para a carreira técnica de serviço social, ao abrigo do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 217/98, de 17 de Julho, na redacção dada pela Lei n.º 9/99, de 4 de Março, na sequência da equiparação das respectivas habilitações pelo Instituto do Emprego e Formação Profissional.

2. Concluída a respectiva instrução, no âmbito da qual foram ouvidos esse Instituto, a Direcção-Geral da Administração Pública, o Departamento do Ensino Secundário e o Instituto do Emprego e Formação Profissional, apuraram-se os seguintes factos relevantes:

a) Com a entrada em vigor da Lei n.º 9/99, de 4 de Março, que alterou a redacção do Decreto-Lei n.º 217/98, de 17 de Julho, alargando o âmbito de aplicação deste diploma aos técnicos-adjuntos de serviço social, com habilitações equiparadas ao curso de auxiliares sociais, criado pelo Decreto-Lei n.º 38 884, de 28 de Agosto de 1952, várias funcionárias do ex-Centro Regional de Segurança Social do Norte com aquela categoria requereram a transição para a carreira técnica de serviço social;

b) De entre as habilitações por elas exibidas, contava-se o curso de Formação Feminina, o curso de Educação Familiar, o Curso de Educador Social e o Curso de Educadores Rurais, criados, respectivamente, pelo Decreto n.º 37029, de 25 de Agosto de 1948, e Decreto-Lei n.º 40678, de 10 de Junho de 1956, e pelas Portarias n.º 1017/81, de 25 de Novembro, e n.º 236/78, de 26 de Abril;

c) Perante as dúvidas surgidas acerca da relevância de tais habilitações, foi consultada a Secretaria-Geral do Ministério do Trabalho e da Solidariedade, a qual entendeu que deveria ser o Ministério da Educação, bem como a Direcção-Geral da Administração Pública, a pronunciar-se sobre a equiparação ali exigida, entendimento este que mereceu despacho de concordância de Sua Excelência o Secretário de Estado da Segurança Social;

d) As interessadas foram então notificadas para encetarem as diligências tendentes à equiparação dos cursos de que eram detentoras, designadamente junto Ministério da Educação;

e) O Ministério da Educação, através do Departamento do Ensino Secundário, considerou, no entanto, que as equiparações ao curso de Auxiliares Sociais requeridas não eram da sua competência, uma vez que este curso havia sido instituído e ministrado no âmbito e sob a tutela da então Direcção-Geral da Assistência e, como tal, não era formação integrada no sistema de ensino, pelo que remeteu os pedidos ao Instituto do Emprego e da Formação Profissional, para resolução ou reencaminhamento;

f) A Direcção-Geral da Administração Pública, por sua vez, sustentou que, muito embora as suas atribuições se exerçam, entre outros, nos domínios das carreiras de pessoal da Função Pública e da formação profissional, não lhe está cometida a competência específica para determinar a equiparação de habilitações e, na medida em que a própria Lei n.º 9/99, de 4 de Março, não elegeu nenhuma entidade para a decisão dos pedidos de equiparação das habilitações em causa, neles deveriam intervir os serviços que dispõem de competência própria nesta matéria,

quer por via do quadro normativo regulador do sistema de formação e de certificação de habilitações, quer por via das normas estatutárias aplicáveis;

g) Depois de contactos informais estabelecidos entre a Direcção-Geral da Administração Pública e o Instituto do Emprego e Formação Profissional, este acabou por receber tais pedidos de equiparação, julgando-se competente para a sua decisão, no quadro legal da formação profissional inserida no mercado de emprego, estabelecido nos Decretos-Leis n.º 401/91 e n.º 405/91, ambos de 16 de Outubro, e do sistema nacional de certificação profissional, consagrado no Decreto-Lei n.º 95/92, de 23 de Maio, e no Decreto Regulamentar n.º 68/94, de 26 de Novembro;

h) E veio assim a determinar que as técnicas-adjuntas de serviço social que se encontravam no exercício efectivo de funções correspondentes às integrantes da carreira técnica de serviço social, possuidoras do 9.º ano de escolaridade (habilitação que corresponde à exigida para a frequência do curso de Auxiliares Sociais) e titulares de um dos cursos acima identificados, detinham qualificações profissionais equiparadas às dos técnicos-adjuntos de serviço social habilitados com o curso de Auxiliares Sociais ministrado pelas extintas escolas de auxiliares sociais, para os efeitos da transição em apreço;

i) Com base nas equiparações estabelecidas, foram então, por deliberação do Conselho Directivo do ex-Centro Regional de Segurança Social do Norte, efectuadas as transições das técnicas-adjuntas de serviço social titulares daquelas habilitações para a carreira técnica de serviço social, nos termos do citado Decreto-Lei n.º 217/98.

3. Destes factos, verifica-se que está apenas em causa no presente processo a averiguação do preenchimento do requisito habilitacional estabelecido no artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 217/98, de 17 de Julho, na redacção da Lei n.º 9/99, de 4 de Março, pelas técnicas-adjuntas que transitaram para a carreira técnica de

serviço social com a posse dos cursos de Formação Feminina, Educação Familiar, Educador Social e Educadores Rurais.

4. O artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 217/98, de 17 de Junho, na redacção que lhe foi conferida pela Lei n.º 9/99, de 4 de Março, e no que agora importa, estabelece que "os actuais técnicos-adjuntos de serviço social, habilitados com o curso de auxiliares sociais, criado pelo Decreto-Lei n.º 38 884, de 28 de Agosto de 1952, ou habilitações a ele equiparadas, que desempenhem funções correspondentes às integrantes da carreira técnica de serviço social transitam para lugares desta carreira (...)." Neste preceito, ao falar-se em habilitações equiparadas ao curso de Auxiliares Sociais, não é feita qualquer referência a uma equiparação legalmente reconhecida, nem tão pouco, nele ou no respectivo diploma, se atribui competência para esse reconhecimento a nenhuma entidade em particular.

5. A verificação dos requisitos exigidos para esta transição, e, portanto, também do relativo às habilitações, cabe, naturalmente, aos dirigentes máximos de cada serviço abrangidos pelo âmbito de aplicação do diploma que a prevê (v. artigo 1.º).

Quanto ao requisito habilitacional, que é o que agora importa, é todavia de admitir que esses dirigentes não conheçam quais os cursos que existiram, ou que existem ainda, e que se podem considerar equivalentes ao que é referido na lei. E, na maioria dos casos, não estarão sequer aptos a fazer a necessária avaliação dos cursos que lhes são apresentados de forma a poderem concluir se os mesmos são de facto "habilitações equiparadas". Ora nestas circunstâncias, em que existe dúvida legítima, essa avaliação deve caber a entidades especializadas, cuja intervenção se afigura assim perfeitamente justificada.

6. O curso de Auxiliares Sociais, entretanto extinto, foi criado pelo Decreto-Lei 38.884, de 28 de Agosto de 1952, por iniciativa e sob tutela do Ministério do Interior, em substituição dos cursos de visitadoras e de auxiliares de serviço social, com o objectivo de "assegurar em boas condições o recrutamento do pessoal de serviço social". Era um curso com a duração de dois

anos, seguidos de seis meses de estágio, destinado a indivíduos do sexo feminino, que possuíssem o 2.º ciclo dos liceus (antigo 5.º ano e actual 3.º ciclo do ensino básico) ou o curso de Formação Feminina, com a finalidade de formar ou preparar profissionalmente para o exercício de funções na área do Serviço Social (v. preâmbulo respectivo e artigos 12.º a 16.º e, ainda, o Decreto-Lei n.º 38 885, de 28 de Agosto de 1952, que estabelece o Regulamento das Escolas de Enfermagem, aplicável aos cursos de auxiliares sociais, com as necessárias adaptações).

Tratava-se, pois, no essencial, de um curso que habilitava para o exercício de uma profissão, ministrado à margem do sistema educativo e ao qual não foi reconhecido qualquer grau.

7. Assim caracterizado, não merece reparo a qualificação que deste curso foi feita pela Direcção-Geral da Administração Pública: no quadro legal do sistema de formação profissional hoje em vigor, constante dos Decretos-Leis n.º 401/91 e n.º 405/91, ambos de 16 de Outubro, o mesmo deve ser considerado como formação do âmbito do sistema de emprego, isto é, aquela cujo objectivo principal é o exercício qualificado de uma actividade profissional realizada por empresas, centros de formação e quaisquer outras entidades empregadoras ou formadoras (v.g., artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 401/91 e artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 405/91).

8. Ora, foi partindo do disposto nestes dois diplomas, que o Decreto-Lei n.º 95/92, de 23 de Maio, veio consagrar o regime de certificação profissional baseada em formação inserida no mercado de emprego ou em experiência profissional, que contempla quer a formação obtida no sistema organizado de formação profissional escolar e extra-escolar quer as competências adquiridas fora desse sistema formal (v.g. artigo 2.º e artigo 7.º).

E ali se atribui ao Instituto do Emprego e da Formação Profissional, entre outras competências relativas à actividade da certificação profissional, a de reconhecer as formações e a experiência profissional requeridas para o exercício de uma actividade profissional e a emissão dos certificados respectivos

(cfr. n.º 2 do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 401/91 e alínea a) do n.º 1 do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 95/92).

9. É, pois, no quadro das competências em matéria de coordenação e certificação profissional que estão cometidas ao Instituto do Emprego e Formação Profissional que este se pronuncia sobre as aptidões concedidas pelos cursos e reconhece formações que preparam para o exercício de uma actividade profissional inserida no mercado de emprego.

E na sua alçada pode inscrever-se também o reconhecimento da formação para o exercício de actividades profissionais que se insiram no mercado de emprego público, designadamente quando se trate de funções que não são exclusivamente públicas ou para as quais não exista regulamentação específica nesta matéria (v.g., Portaria n.º 358/2002, de 3 de Abril), uma vez que não se encontra no regime da formação profissional na Administração Pública, estabelecido no Decreto-Lei n.º 50/98, de 11 de Março, norma que cometa a qualquer entidade a competência para o reconhecimento em geral das habilitações profissionais.

10. Porque o Curso de Auxiliares Sociais configura uma habilitação profissional e porque a actividade profissional para que habilitava não é de natureza exclusivamente pública, mas é comum ao mercado de emprego público e privado, também não merece reparo, atento o quadro de competências enunciado, o facto de o Instituto do Emprego e da Formação Profissional ter vindo a pronunciar-se sobre os pedidos de equivalência entre este curso e os outros cursos exibidos pelas funcionárias que pretendiam beneficiar da transição para a carreira técnica de serviço social, ao abrigo do Decreto-Lei n.º 217/98, de 17 de Julho.

11. Estas conclusões, porém, não obstam a que se formulem sérias reservas aos próprios actos de equiparação de habilitações que foram emitidos, quer em virtude do procedimento em que assentaram, quer em virtude do seu próprio conteúdo.

Muito embora tais actos se incluam no domínio da discricionariedade técnica, nem por isso deixam de ser

susceptíveis de sindicabilidade, desde logo à luz dos critérios técnicos que lhes estão subjacentes e que hão-de funcionar também como critérios de avaliação da sua correcção.

Assim, a equiparação entre um dado certificado profissional e outros títulos deve ser concedida sempre que se apure que estes últimos concedem a mesma preparação técnica e o mesmo nível de conhecimentos conferido por aquele. Para tanto, e de acordo com os próprios critérios aferidores dos requisitos elegidos para o efeito pelo Instituto do Emprego e Formação Profissional, bem como para os fixados no Decreto-Lei n.º 95/92, de 23 de Maio, e no Decreto Regulamentar n.º 68/94, de 26 de Novembro, deverão ser desde logo consideradas as habilitações exigidas para o ingresso ou a frequência dos cursos e a duração destes, comparados os respectivos currículos e avaliada a sua adequação ao desempenho da profissão.

Ora, a equiparação que o Instituto do Emprego e Formação Profissional veio a estabelecer para os diversos cursos que foram submetidos à sua apreciação não resultou da adequada ponderação dos itens referidos. Primeiro, não assentou na avaliação dos cursos em si mesmos, pois foram também valorados os conhecimentos adquiridos ao longo do tempo pelas funcionárias no exercício de funções, assim como a inserção na carreira de técnico-adjunto e o exercício efectivo de funções próprias da carreira técnica de serviço social, sendo certo que estes aspectos nada têm que ver com as habilitações profissionais, antes constituem, deve sublinhar-se, requisitos autónomos exigidos pelo legislador para a transição em questão, a apreciar em momento diferente (v. artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 217/98, de 17 de Julho). Depois, descurou aspectos elementares, todavia essenciais, ligados aos próprios cursos, como sejam os relativos ao nível habilitacional que lhes está atribuído, aos respectivos requisitos de admissão ou ingresso e conteúdos programáticos, que, a serem devidamente considerados, obstariam de imediato a que fosse reconhecida essas equivalência.

Assim sucederia, indiscutivelmente, com os cursos de Formação Feminina e de Educadores Rurais, que apreciados à luz desses aspectos não poderiam nunca vir a ser equiparados ao curso de Auxiliares Sociais (cfr., respectivamente, no Decreto-Lei n.º 37029, de 25 de Agosto de 1948, e na Portaria n.º 236/78, de 26 de Abril, as habilitações exigidas para o respectivo ingresso e a equivalência que lhes foi concedida). Ainda que se tivesse considerado, como se considerou, que o certificado destes dois cursos atesta também conhecimentos e aptidões na área de actividade profissional em causa, até porque permitiu o ingresso na carreira de técnico-adjunto de serviço social, jamais lhe poderia ser dado o mesmo valor que ao certificado que atesta a conclusão do curso de Auxiliares Sociais, na medida em que conferem habilitação ou habilitação equivalente à que constituía requisito de admissão deste último.

12. Por estes motivos, não podem pois ter-se como válidos os actos de equiparação concedidos pelo Instituto do Emprego e da Formação Profissional aos cursos em apreço e, consequentemente, não pode ser reconhecido às funcionárias do ex-Centro Regional de Segurança Social do Norte que deles são titulares o mesmo título profissional que o detido pelas funcionárias habilitadas com o curso de Auxiliares Sociais.

13. Importa agora notar que a falta de verificação de qualquer dos requisitos estabelecidos no artigo 2.º do referido Decreto-Lei n.º 217/98, de 17 de Julho, e, em particular, do requisito relativo à posse das habilitações, que é o que está em causa, afecta a validade da transição, e afecta-a de modo irremediável, pois traduz-se na falta de um elemento essencial ao tipo de acto aqui em causa, o que origina a sua nulidade, nos termos do n.º 1 do artigo 133.º do Código do Procedimento Administrativo.

Na verdade, dispõe este preceito que "são nulos os actos a que falte qualquer dos elementos essenciais ou para os quais a lei comine expressamente essa forma de invalidade". Para a densificação do conceito "elementos essenciais", invoca-se Esteves

de Oliveira e outros, em anotação ao artigo 133.º do Código do Procedimento Administrativo, para quem "elementos essenciais" são todos os que "se ligam a aspectos particularmente decisivos e graves dos actos administrativos, além daqueles a que se refere já o seu n.º 2", tendo em vista o "tipo de acto em causa".

Uma vez que a transição de que aqui se trata depende, entre outros requisitos, da titularidade de uma dada habilitação, a falta desta corresponde lógica e necessariamente à falta de um elemento essencial do acto correspondente.

14. Por tudo o que fica exposto, e sem prejuízo do arquivamento deste processo, formula-se uma chamada de atenção, no sentido de que devem ser extraídas todas as ilações da ilegalidade apontada aos actos de transição das funcionárias do ex-Centro Regional de Segurança Social do Norte, que não preenchem o requisito habilitacional exigido pelo artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 217/98, de 17 de Julho.

R-2569/01

Entidade visada: Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos
Assunto: Parecer n.º 14/2003 da CADA.

1. O Sr. ..., em 14 de Outubro de 2002, requereu, ao Provedor de Justiça, cópia do "Ofício ... , da Secretaria de Estado da Administração Educativa e seu anexo (parecer do Conselho Restrito de Directores Regionais de Educação)", inserto no Processo n.º 2569/01 (A4), e cópia do "Ofício de 25/Jun/02, da Provedoria de Justiça".

2. Considerando que "a instrução do processo foi realizada em nome e no interesse de outra pessoa" e que o requerente não é queixoso ou reclamante no mesmo, foi informado de que deveria solicitar os documentos pretendidos ao Ministério da Educação.

3. Emitiu a Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos o Parecer n.º 14/2003 no sentido de que "ressalvada a existência de dados de natureza reservada que legalmente imponham o expurgo de tal informação, o queixoso ... tem direito de obter, contra o pagamento das taxas legais, as fotocópias que solicitou".

4. Fundamentou este parecer, em síntese:

a) na alegada inclusão do Provedor de Justiça no âmbito de aplicação da Lei n.º 65/93, de 26 de Agosto, como entidade dotada de poderes de autoridade e com a qualidade de entidade administrativa independente;

b) na dimensão pública da sua actividade, traduzida, quer em "obrigações especiais de produção de relatórios de conteúdo público", quer no facto de ter "consideráveis meios de livre expressão junto da opinião pública";

c) na invocação de que o dever de sigilo consagrado no artigo 12.º, n.º 1, do Estatuto do Provedor de Justiça (Lei n.º 9/91, de 9 de Abril) é "um dever de sigilo comum a toda a Administração Pública";

d) e, por último, no facto de não estarem em causa documentos nominativos.

5. As razões aduzidas não são, no entanto, aplicáveis ao Provedor de Justiça, atento o seu estatuto, constitucionalmente definido. Vejamos:

6. A intervenção da Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos na apreciação do decidido quanto ao requerimento de ... ocorreu ao abrigo da Lei n.º 65/93, de 26 de Agosto, em particular, dos seus artigos 16.º e 18.º e segs.

7. O âmbito de aplicação da Lei n.º 65/93, de 26 de Agosto (LADA), não abrange, porém, o Provedor de Justiça, como se demonstrará.

7.1. O artigo 1.º da LADA refere que o direito de acesso aos documentos administrativos deve ser "assegurado pela Administração Pública".

7.2.Na verdade, documentos administrativos, para efeito do exercício do direito de acesso aos registos e arquivos administrativos, são aqueles "elaborados ou detidos pela Administração Pública" (alínea a) do n.º 1 do artigo 4.º da LADA).

7.3.O artigo 2.º da LADA explicita que "regula o acesso a documentos relativos a actividades desenvolvidas pelas entidades referidas no artigo 3.º".

Estas são:

a) os "órgãos do Estado e das Regiões Autónomas que exerçam funções administrativas";
b) os "órgãos dos institutos públicos e das associações públicas";
c) os "órgãos das autarquias locais, suas associações e federações";
d) "e outras entidades no exercício de poderes de autoridade, nos termos da lei".

8. Considerando o primeiro dos argumentos apresentados pela Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos, observa-se que importa precisar que os poderes de autoridade se distinguem dos poderes inspectivos e instrutórios do Provedor de Justiça (artigo 21.º do respectivo Estatuto).

Os poderes de autoridade pressupõem ou implicam a existência de autotutela declarativa e de autotutela executiva, de que não dispõe o Provedor de Justiça (artigos 20.º, 22.º, n.º 1, e 36.º do respectivo Estatuto).

As suas decisões não são actos administrativos, pelo que não são, por isso, passíveis de recurso contencioso e só podem ser objecto de reclamação para o próprio Provedor (ver artigo 36.º do Estatuto do Provedor de Justiça).

8.1.A tese da integração do Provedor de Justiça na Administração Pública, ainda que com a qualidade de entidade administrativa independente, que é a questão essencial e que está subjacente ao Parecer da CADA, também não procede em face dos dados actuais do nosso ordenamento jurídico-constitucional.

8.2.É desde logo Freitas do Amaral que o diz. Escreveu-o no texto que apresentou no VII Congresso da Federação Ibero-americana de Ombudsman (FIO), em 20 de Novembro 2002, sob o título "Limites jurídicos, políticos e éticos da actuação do Ombudsman". Procurando apurar que "tipo de órgão do Estado é o 'Ombudsman'", explicitou:

"Não é, manifestamente, pelo menos na sua configuração mais típica, uma comissão presidencial, parlamentar, ou governamental. Não é, tão-pouco, um tribunal especial. Acaso será uma autoridade administrativa independente? Também não me parece, porque se situa num nível superior ao das autoridades administrativas, tanto que pode controlar, à sua maneira, certos aspectos da actuação de todos os órgãos de soberania – Presidente da República, Parlamento, Governo e Tribunais" *sic*.

8.3.O Provedor de Justiça "é um órgão independente" cujo âmbito de actuação são os "poderes públicos" (artigo 23.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição).

A competência do Provedor de Justiça abrange constitucionalmente todos os "poderes públicos" e "todos os tipos de actos públicos", sem prejuízo da reserva da função jurisdicional (artigo 20.º, n.º 1, alíneas a) e b), n.ºs 3, 4 e 5, da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril).

É, pois, juridicamente insustentável pretender-se que uma entidade administrativa ainda que independente possa controlar outros "poderes públicos", incluindo os órgãos de soberania.

O Provedor de Justiça é um órgão de garantia dos "direitos e deveres fundamentais", como tal está sistematicamente inserido no Título I da Parte I da Constituição.

Com efeito, não é apenas a Administração (abstractamente ou concretamente) que pode justificar a intervenção do Provedor de Justiça em matéria de direitos fundamentais.

8.4.Em suma, a configuração do Provedor de Justiça como uma entidade administrativa independente, podendo ser a mais adequada em face do direito positivo de ordenamentos jurídicos de outros países (*v. g.*, o francês) não é a que foi consagrada na

ordem jurídica portuguesa, como resulta inequivocamente do artigo 23.º da Constituição da República Portuguesa.

Têm-no dito vários autores.

Assim, Vital Moreira, na sua comunicação "As entidades administrativas independentes e o Provedor de Justiça" (in O Cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes, Lisboa, 2002) depois de analisar com detalhe as figuras, e estabelecer as distâncias com o Direito comparado, conclui (p. 117):

"2. Apesar de ser inequivocamente uma autoridade pública independente, o Provedor de Justiça não integra a categoria das entidades administrativas independentes, não obviamente por não ser independente, mas sim por não se integrar na função administrativa, não pertencendo portanto à esfera da Administração Pública.

3. A 'jurisdição' do Provedor de Justiça abarca necessariamente as entidades/autoridades administrativas independentes, por um lado, porque ela abrange constitucionalmente toda a esfera administrativa, por outro lado, porque as referidas entidades pertencem ao domínio da Administração, tanto objectivamente (pela sua actividade), como subjectivamente (por integrarem organicamente a Administração Pública)".

Maria Lúcia Amaral, após similar estudo, conclui igualmente que "o Provedor é um *aliud* em relação às autoridades independentes" ("O Provedor de Justiça: garantia constitucional de uma instituição ou garantia de uma função?", publicação citada, p. 72).

9. Invoca a Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos que o «poder geral de publicitar» do Provedor de Justiça justifica um regime comum de acesso aos documentos que produz ou lhe são fornecidos no exercício da sua actividade.

9.1.O Provedor de Justiça no relatório que anualmente envia à Assembleia da República não está obrigado a nele reproduzir documentos administrativos de outras entidades por si

recebidos ou a nele incluir ofícios elaborados no desenvolvimento da sua actividade (artigo 23.º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril).

9.2.A publicidade e a divulgação de situações concretas ocorrem segundo ponderoso critério e equilíbrio procurado de interesses.

10. Afirma essa Comissão que o dever de sigilo consagrado no artigo 12.º, n.º 1, da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, é "um dever de sigilo comum a toda a Administração Pública".

Pelo n.º 2 do ora citado artigo 12.º é suposto não vir ao conhecimento do Provedor de Justiça aquilo que está "guardado" por sigilo que decorra do "reconhecimento e protecção da Constituição e da lei". Assim sendo, se o dever de sigilo fosse o "dever de sigilo comum" fica por justificar o preceito do n.º 1 do artigo 12.º.

A verdade é que o Provedor de Justiça está obrigado por um dever de sigilo mais vasto do aquele que vai além do sigilo reconhecido e protegido em geral pela Constituição e pela lei.

Pode – ou antes segundo a expressão da lei – "é obrigado a guardar sigilo" quando a natureza dos factos, na sua avaliação, o justifiquem.

O Provedor de Justiça tem a sua génese e o seu estatuto directamente previstos na Constituição da República (artigo 23.º) e não na lei ordinária, ao abrigo do n.º 3 do artigo 267.º da mesma Constituição, sendo designado pela Assembleia da República por uma maioria qualificada dos seus membros de entre cidadãos que preencham os requisitos de elegibilidade para a Assembleia da República e goze de "comprovada reputação de integridade e independência" (artigo 5.º da Lei n.º 6/91, de 9 de Abril).

Como tal é suposto ser "capaz de se auto-orientar e autovincular pelos critérios e limites éticos mais exigentes" (Freitas do Amaral, "Limites jurídicos, políticos e éticos da actuação do Ombudsman", citado).

11. Em face do exposto, por considerar improcedente a argumentação que a Comissão a que V. Exa. preside apresentou, entendo não dever dar seguimento ao parecer emitido.

12. Não me isento, porém, Senhor Presidente, pelo grande respeito institucional que me merece a CADA, de tomar a liberdade de formular algumas sintéticas observações complementares.

13. Em primeiro lugar, para relevar quanto é do conhecimento público o grau de transparência de procedimentos do órgão do Estado "Provedor de Justiça". A própria Comissão de que V. Exa. é ilustre Presidente será testemunha do extremamente reduzido número de reclamações a ela submetidas, no âmbito das suas atribuições, contra o Provedor de Justiça.

14. Em segundo lugar, para esclarecer que é irrestrita a disponibilidade do acesso a documentos emitidos ou na posse da Provedoria de Justiça por parte dos próprios queixosos ou reclamantes.

15. Em terceiro lugar, para esclarecer que é justificadamente menos irrestrita essa mesma disponibilidade em relação a terceiros, mormente que não revelem interesse directo e legítimo na obtenção de documentos, quer especificamente oriundos ou destinados aos próprios reclamantes, quer provenientes das entidades públicas visadas e envolvidas nos processos de queixa.

16. Com efeito, em relação a documentos oriundos ou destinados aos próprios queixosos, é prática da Provedoria de Justiça só os facultar a terceiros, mormente sem interesse directo e legítimo na sua obtenção, se o queixoso ou reclamante autorizar o Provedor de Justiça a facultá-los.

Afigura-se-me ser esta prática a única consentânea com a especial relação de confiança pressuposta na apresentação de queixa ao Provedor de Justiça por parte de cidadão que se entende lesado pelas Administrações, ou mesmo por particulares, no quadro do disposto no artigo 2º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 30/96, de 14 de Agosto.

É incontroverso que faz parte do código genético do *Ombudsman* essa especial relação de confiança a preservar com o cidadão que se lhe dirige. É meu entendimento que a quebraria,

sem benefício para ninguém, se facultasse a terceiros, mormente sem interesse directo e legítimo revelado, documentos especificamente oriundos ou destinados ao próprio reclamante, sem autorização deste.

17. No que se refere a documentos instrutórios da autoria das Administrações visadas nos processos de queixa, e porque são elas, e não o Provedor de Justiça, as entidades expressamente abrangidas pelo disposto no artigo 3º da Lei n.º 65/93, limitamo-nos a encaminhar o terceiro, peticionário do documento, para o órgão administrativo a quem incumbe facultar o documento peticionado.

Não fica, portanto, de nenhum modo afectado o direito de terceiro ao acesso a documento administrativo, que lhe deverá ser facultado pela entidade legítima para o fazer e não por quem não tem o dever de o fazer.

R-1392/02; R-2897/02
Assessor: Ana Neves

Entidade visada: Ministra de Estado e das Finanças
Assunto: Reclassificação de funcionários da DGCI nomeados como supranumerários.

I

1. Inúmeros funcionários da Direcção-Geral dos Impostos apresentaram queixa ao Provedor de Justiça, insurgindo-se contra a reclassificação dos funcionários nomeados como supranumerários nas categorias de perito tributário de 2.ª classe e de perito de fiscalização tributária de 2.ª classe.

Invocam que os respectivos actos administrativos violam a lei, ofendem o princípio da igualdade e desconsideram o mérito e a competência profissional. Concretamente, alegam que não estava verificado o pressuposto do exercício de funções desprovido de

correcto título jurídico; que privilegia um conjunto determinado de funcionários ao dispensá-los contra a lei do devido concurso; acrescidamente, porque lhes foi contado o tempo de serviço prestado na situação de supranumerário, colocando-os em situação mais vantajosa na carreira. No plano do mérito e da capacidade profissional, é destacado que, para além de terem sido postergados pelo afastamento da obrigação legal do concurso, a reclassificação em causa descurou o facto de vários dos funcionários supranumerários terem reprovado em concurso para a respectiva categoria.

2. Instruído o processo deste Órgão do Estado relativo às queixas apresentadas apura-se:

a) Por despacho de 11 de Fevereiro de 2002, n.º 245/02-MF, o então Ministro das Finanças acolheu a pretensão de nomeação definitiva sem precedência de concurso dos funcionários nomeados como supranumerários;

Decidiu no sentido da reclassificação, mediante o seu prévio regresso formal às categorias de origem, e bem assim decidiu pela contagem do tempo prestado na condição de supranumerário (cfr. despacho, pontos 3 e 4);

b) Este despacho apoiou-se em parecer da Secretaria-Geral do Ministério das Finanças, que concluiu:

"O provimento em lugares do quadro dos funcionários da DGCI, em situação de supranumerários, *só pode ser realizado* mediante a *candidatura* e *aprovação* no *primeiro concurso público* que for aberto para as respectivas categorias.

A reclassificação profissional de funcionários em situação de supranumerários *violaria*, notoriamente, o imperativo legal previsto no art. 6.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 42/97, de 7 de Fevereiro.

A reclassificação pode no entanto ser efectuada caso os funcionários em situação de supranumerários desistam dessa situação, requerendo, na mesma altura, a sua reclassificação profissional reunidos que estejam as condições e os requisitos do Decreto-Lei n.º 497/99, de 19 de Novembro" (itálicos nossos).

O regresso formal ao lugar de origem foi, portanto, apresentado como forma de ser «obtido» um dos pressupostos da reclassificação que não estava verificado – o do exercício improvido de funções de outra carreira;

c) Por Despacho de 14 de Março de 2002, do Senhor Director-Geral dos Impostos (publicitado pelo Aviso n.º 4628/2002, in DR., II Série, n.º 81, de 6 de Abril, pp. 6357 a 6359, rectificado pelo Aviso n.º 1067/2002, publicado no DR., II Série, n.º 117, de 21 de Maio, pp. 9447 a 9449, e pelo Aviso n.º 1477/2002, publicado no DR., II Série, n.º 156, de 9 de Julho, p. 12 230), por Despacho daquele órgão, de 2 de Abril de 2002 (publicitado pelo aviso n.º 5904/2002, in DR., II Série, n.º 104, de 6 de Maio, pp. 8262 e 8263, rectificado pelo Aviso n.º 1056/2002, publicado no DR., II Série, n.º 116, de 20 de Maio) e por Despacho do mesmo, de 29 de Abril de 2002, publicitado pelo Aviso n.º 6665/2002, publicado in DR., II Série, n.º 116, de 20 de Maio, p. 9384), foram reclassificados nas carreiras de gestão tributária e inspecção tributária 180 funcionários nomeados como supranumerários (respectivamente, 117, 46 e 17);

d) Foram nomeados a título definitivo nas categorias de técnico de administração tributária e de inspector tributário, independentemente de se terem ou não apresentado no concurso para as categorias de perito tributário de 2.ª classe e de perito de fiscalização tributária de 2.ª classe (que àquelas deram lugar – cfr. artigo 60.º do Decreto-Lei n.º 557/99, de 17 de Dezembro).

E apesar de, nalguns casos, terem nesse concurso reprovado (§ 3 do ofício de 5 de Dezembro, do Gabinete do Senhor Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais);

e) Os respectivos despachos do Senhor Director-Geral dos Impostos que efectuaram as respectivas nomeações invocaram como fundamento jurídico o n.º 1 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 497/99, de 6 de Maio, diploma que "estabelece o regime da reclassificação e reconversão nos serviços e organismos da Administração Pública";

f) A Senhora Secretária de Estado da Administração Pública, em 30 de Agosto de 2002, com base em parecer da Inspecção-Geral da Administração Pública, proferiu despacho no qual afirma que a "situação descrita carece de correcção de modo a que *seja reposta a legalidade* e *eliminada a situação de injustiça relativa a que conduziu*" (itálico nosso). Afirma ainda que a solução da mesma passa pela revogação parcial do despacho ministerial supra referido "que definiu as respectivas regras de reclassificação, bem como dos despachos do director-geral que lhe deram execução" e pela necessidade da pretendida reclassificação ser feita "em obediência ao regime consagrado no Decreto-Lei n.º 497/99, de 19 de Dezembro";

g) O Ministério das Finanças não deu sequência ao ora citado despacho.

II

O Gabinete do Senhor Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, em sede de contraditório, esclareceu que "efectivamente uma percentagem de funcionários supranumerários não obtiveram aprovação no concurso" (cfr. § 3 do ofício de 5 de Dezembro de 2002) e noticiou a falta às provas de conhecimentos de 59 dos 186 candidatos ao referido concurso (§ 2 do ofício de 7 de Março de 2003). Informou, por outro lado, que, entendendo estar em causa "não a reclassificação em si mesma", mas "o procedimento", a ilegalidade da situação estava a ser contrapesada com os custos que aventa possa importar a sua correcção (cfr. penúltimo § do ofício de 5 de Dezembro de 2002). Mais foi informado não terem os actos de reclassificação produzido efeitos no plano da contagem do tempo de serviço, verificando-se que "apenas os efeitos remuneratórios retroagem à data da nomeação como supranumerários" (§ 7 do ofício de 5 de Dezembro de 2002).

III

A ilegalidade das nomeações em causa resulta precedentemente da impossibilidade legal de utilizar, no caso concreto, a figura da reclassificação profissional, conforme este Órgão do Estado levou ao conhecimento do Gabinete do então Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, em 17 de Janeiro de 2002, através do ofício n.º ... (Processo n.º 3390/00-A4).

E destaca-se, por outro lado, a improcedência do expediente – apontado no despacho de 11 de Fevereiro de 2002, n.º 245/02-MF – para contornar essa impossibilidade, consubstanciado no formal e deliberado regresso dos funcionários supranumerários às categorias de base com o intencionado e nomeado objectivo de «conseguir» a reclassificação, *rectius*, o afastamento da obrigação do concurso legalmente previsto.

Vejamos:

1. O artigo 5.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 42/97, de 7 de Fevereiro, prevê que o Director-Geral dos Impostos pode, no exercício de um poder discricionário, nomear como supranumerário funcionários pertencentes ao grupo do pessoal técnico de administração fiscal, nas categorias de perito tributário de 2.ª classe ou de perito de fiscalização tributária de 2.ª classe, conquanto possuam um curso superior numa das áreas que indica e um determinado número de anos de serviço (categorias a que vieram a suceder as de técnico de administração tributária e de inspector tributário, nível 1 – cfr. artigo 60.º do Decreto-Lei n.º 557/99, de 17 de Dezembro).

O artigo 6.º, n.º 1, do mesmo diploma estabelece que "os funcionários na situação de supranumerário serão candidatos obrigatórios ao primeiro concurso que for aberto para as respectivas categorias.".

A "não aprovação no concurso" ou a "falta de comparência às provas", entre outros factos, determina o regresso à categoria e lugar de origem a partir do dia imediato ao da publicação da

cessação da situação de supranumerário (artigo 5.º, n.º 3, alíneas b) e c), e n.º 4, do Decreto-Lei n.º 42/97, de 7 de Fevereiro).

2. A nomeação como supranumerário é uma forma legal de provimento, no caso, prevista no artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 42/97, de 7 de Fevereiro. A nomeação provisória pressupõe uma decisão ulterior que a reitere, dando-lhe carácter definitivo, ou não, corrigindo-a. No acto precário, ao invés, não há uma situação jurídica que se ofereça à partida como susceptível, de *per si*, de consolidação. Assim, a decisão de nomeação definitiva de funcionário supranumerário só pode ocorrer se o funcionário se submeter a concurso e, submetendo-se, vier nele a ser aprovado.

3. A reclassificação profissional consiste na "atribuição [sem precedência de concurso] de categoria e carreira diferente daquela que o funcionário é titular, reunidos que estejam os requisitos legalmente exigidos para a nova carreira" (artigo 3.º do Decreto- Lei n.º 497/99, de 19 de Novembro).

A nomeação na carreira e categoria diversas das detidas depende do preenchimento dos requisitos previstos no artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 497/99, de 19 de Novembro, e do apuramento de uma das condições ou motivos justificativos elencados no seu artigo 4.º, uns e outros a verificar no necessário procedimento administrativo.

São requisitos da reclassificação "a titularidade das habilitações literárias e das qualificações profissionais legalmente exigidas para o ingresso e ou acesso na nova carreira", o "exercício efectivo das funções correspondentes a nova carreira" nos termos do n.º 2 do artigo 6.º, ou seja, o exercício "em comissão de serviço extraordinária, das funções correspondentes à nova carreira por um período de seis meses ou pelo período legalmente fixado para o estágio de ingresso, se este for superior" e a emissão de "parecer favorável da secretaria-geral ou do departamento responsável pela gestão dos recursos humanos do ministério da tutela" (respectivamente, alíneas a), b) e c) do n.º 1 do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 497/99, de 19 de Novembro).

O requisito previsto na alínea b) do n.º 1 do ora citado artigo 7.º pode ser dispensado, já não o juízo sobre o mérito profissional do funcionário a reclassificar. Com efeito, o n.º 3 do artigo 6.º faz depender a nomeação da prévia certificação de que o funcionário tem aptidão para o exercício das funções da nova carreira ("que para tanto revela aptidão"). Isto mesmo salienta, de forma cuidada, o Tribunal Central Administrativo, no acórdão de 14 de Novembro de 2002, proferido no Processo 10 825/01 (in *www.dgsi.pt*).

4. Só podem dar lugar às reclassificações as situações elencadas no artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 497/99, de 19 de Novembro, entre elas, a reestruturação orgânica e ou funcional, a "desadaptação ou a inaptidão profissional do funcionário para o exercício das funções inerentes à carreira e categoria que detém", o "desajustamento funcional, caracterizado pela não coincidência entre o conteúdo funcional da carreira de que o funcionário é titular e as funções efectivamente exercidas".

5. O parecer da Inspecção-Geral da Administração Pública e o despacho da Senhora Secretária de Estado da Administração Pública, citados, destacam que as reclassificações em causa sucumbem porque não foram precedidas do procedimento administrativo previsto no Decreto-Lei n.º 497/99, de 19 de Novembro (*due process*), que permitiria, relativamente a cada um dos funcionários, verificar se estavam ou não preenchidas as exigências legais para que a reclassificação pudesse ter lugar. (Esta falta não é desconsiderável, porque a falta de realização de um devido procedimento administrativo fere com o desvalor da nulidade, por carência absoluta de forma legal, as decisões que o pressupõem, de acordo com o artigo 133.º, n.º 2, alínea f), do CPA – Esteves de Oliveira e outros, Código do Procedimento Administrativo Comentado, Coimbra, 1997, 2.ª edição, p. 648.).

6. A reclassificação, sem prejuízo, é, antes de mais, materialmente impossível. É que, no caso, não há qualquer «variação funcional» *sem título jurídico adequado e não remunerada*, que aquela pressupõe. Os funcionários

supranumerários em causa exerceram funções correspondentes a categorias diversas das suas categorias de inserção ou origem sob título jurídico legalmente previsto para o efeito - a nomeação como supranumerário, ao abrigo do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 42/97, de 7 de Fevereiro - e foram remunerados pelas funções das categorias nas quais estavam nomeados nessa qualidade.

7. O carácter legalmente precário da nomeação e a obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso preclude qualquer pretensão de nomeação definitiva nas respectivas categorias.

Os funcionários supranumerários tinham este duplo conhecimento e estavam cientes, portanto, da impossibilidade da reclassificação.

8. A certeza de que a situação fáctica e jurídica dos supranumerários não permitia a reclassificação está patenteada no questionado despacho de 11 de Fevereiro de 2002, indo o mesmo, aliás, ao ponto de apontar como caminho para a reclassificação a criação (artificial) de situação de desajustamento, pelo formal, *rectius*, no caso, fictício, regresso ao lugar de origem, e manutenção no exercício das mesmas funções.

9. Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei (artigo 266.º, n.º 1, da Constituição), não podendo, naturalmente, defraudá-las.

"O dever de obediência à lei não pode ser afastado sob pretexto de ser injusto ou imoral o conteúdo do preceito legislativo" (artigo 8.º, n.º 2, do Código Civil, no capítulo II, que dedica à «Vigência, interpretação e aplicação das leis»), o que não é o caso.

Mas a obediência à lei não pode, sumamente, ser afastada ou contornada porque não permite ou impede um determinado resultado, o pretendido por um conjunto determinado de funcionários, e que é contrário aos fins da lei.

10. As finalidades da reclassificação inscrevem-se no interesse do serviço. Concretiza o Supremo Tribunal Administrativo, no acórdão proferido no Recurso 43.314, de 26 de

Fevereiro de 1998 (Apêndice ao DR., de 17 de Dezembro de 2001, pp. 1470 e segs., *maxime*, p. 1470), que "a sua finalidade é a redistribuição de efectivos e não a promoção ou a alteração do nível de vencimentos".

11. O Tribunal de Contas atenta que a reclassificação é "exclusivamente um meio, a ser aplicado a título excepcional aos casos inequivocamente merecedores desse tratamento especial, sem pôr em causa as regras gerais e comuns de mobilidade dos funcionários públicos" (Tribunal de Contas, no acórdão proferido nos autos de reclamação n.º 99/96, acórdãos do Tribunal de Contas, in Colectânea 1995/1996, Lisboa, 1996, p. 318).

É que o concurso constitui a forma normal e obrigatória de recrutamento e selecção. O Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho - que define, na sequência das alíneas a) a c) do artigo 15.º da Lei n.º 114/88, de 30 de Dezembro, "os princípios gerais em matéria de emprego público, remunerações e gestão do pessoal da função pública" - estabelece o princípio da obrigatoriedade do concurso para ingresso na função pública e para acesso nas carreiras da função pública (n.º 1 do artigo 26.º e n.º 1 do artigo 27.º).

O ingresso em cada carreira igualmente está, por princípio, sujeito ao sistema concorrencial e de triagem do mérito que consubstancia o concurso. Dispõe o n.º 2 do artigo 26.º que o "ingresso em *cada* carreira faz-se, em regra, no primeiro escalão da categoria de base na *sequência de concurso* ou de aproveitamento em estágio probatório" (itálico nosso).

"As regras relativas ao ingresso e acesso não prejudicam os regimes de intercomunicabilidade previstos na lei" (artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho). A intercomunicabilidade consiste na mudança de carreira para lugar de acesso mediante concurso (artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 248/85, de 15 de Julho, e artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18 de Dezembro).

Assim, o "escopo legal e regime da reclassificação" não pode deixar de ser harmonizado "com os princípios gerais em matéria de funcionalismo público, como o do concurso como meio normal de promoção ou ingresso numa carreira" (acórdão do

Tribunal Central Administrativo, de 28 de Abril de 2003, Processo 10666/01).

12. No caso dos funcionários supranumerários, não só é esta sua condição, por definição conceitual e regime legal, precária, como a lei estabelece - não se perca de vista - que "os funcionários na situação de supranumerário serão candidatos obrigatórios ao primeiro concurso que for aberto para as respectivas categorias" (artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 42/97, de 7 de Fevereiro).

13. As nomeações precedidas de concurso que postergam a liberdade de candidaturas e a igualdade de condições e oportunidades são, como é sabido, nulas, por força do artigo 133.º, n.º 1, e n.º 2, alínea f), do Código do Procedimento Administrativo (Tribunal de Contas, acórdão proferido no Recurso ordinário n.º 12/98, Processo n.º 2757/97 e outros, na Sessão de 1998.04.28, in Colectânea de acórdãos 1997/98, Lisboa, 1999, pp. 83 e 92).

Igualmente, e até por maioria de razão, a "nomeação de funcionários sem concurso determina a nulidade da deliberação ..., nos termos do artigo 133.º, n.ºs 1 e 2, alínea f), do Código do Procedimento Administrativo", ou seja, por carência em absoluto de forma legal (acórdão n.º 33/Mar.31-1.ª S/PL/TC, do Tribunal de Contas, in DR., II Série, n.º 98, de 28 de Abril de 1998, pp. 5621 e segs., *maxime*, p. 5625).

14. Os actos administrativos, acima identificados, que reclassificaram os funcionários supranumerários são nulos. Por um lado, porque foram providos a título definitivo nas categorias em que estavam nomeados como supranumerários sem o concurso previsto no artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 42/97, de 7 de Fevereiro (artigo 133.º, n.º 2, alínea f), do CPA). Por outro lado, por impossibilidade intrínseca, absoluta, de tais actos puderem reclassificar aqueles funcionários, na medida em que não é possível considerar ou tomar como legalmente desajustada a situação jurídica que não o é, e, portanto, ultrapassar a falta deste elemento essencial (artigo 133.º, n.º 1, do CPA).

IV

Nestes termos, verificada a nulidade, quer do Despacho Ministerial de 11 de Fevereiro de 2002, quer dos actos de reclassificação dos funcionários supranumerários, sugiro a Vossa Excelência, com vista à reposição da legalidade violada, se digne promover a reponderação das referidas decisões, inclusive a declaração da sua nulidade.

R-2032/02
Assessor: Ana Neves

Entidade visada: Presidente do Conselho Directivo do Instituto de Solidariedade e Segurança Social
Assunto: Procedimento com vista à celebração de contrato individual de trabalho. Edital de 15 de Maio de 2001.

1. Na sequência do ofício que lhe dirigi, em 11 de Abril de 2003, veio V. Ex.a alegar através do ofício de 7 de Julho, em síntese:

a) que o regime do emprego público não compreende o contrato individual de trabalho, não sendo este abrangido pela «lei de enquadramento» que é o Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, e pelo Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, que a desenvolve. Antes, se encontra salvaguardado pelos seus, respectivamente, artigos 41.º, n.º 4, e 44.º, n.º 1;

b) Que o instituto que dirige celebrou, em regra, contratos individuais de trabalho «por mera escolha directa» ou mediante procedimentos públicos selectivos nos quais os princípios da igualdade, da concorrência e transparência não foram devidamente acautelados.

Fundamenta a actuação do instituto na ausência de norma legal disciplinadora, invoca o generalizado não questionamento da

validade dos contratos e a orientação da tutela à data para ser dada preferência na contratação a pessoas que trabalhavam no instituto sob títulos jurídicos não laborais.

O objecto dos Processos n.ºs 2032/02 (A4) e 2149/02 (A4) é a forma como o Instituto de Solidariedade e Segurança Social, através do seu Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social de Portalegre, realizou procedimento de recrutamento de trabalhadores em regime de contrato individual de trabalho.

Não está, portanto, em discussão a (in)constitucionalidade orgânica das normas que permitem o recurso àquele tipo de contratação.

2. Quanto ao aspecto que está em causa, atentas as observações de V. Ex.a, permito-me reforçar as considerações constantes daquele ofício:

2.1. A análise do processo concreto trazido ao meu conhecimento revela, nos termos expostos no ofício de 11 de Abril, não terem sido respeitados os princípios fundamentais do acesso a um emprego público e de uma concorrência leal e justa.

2.2. Ora, a constituição de uma relação de trabalho na Administração Pública, independentemente da natureza e do tipo do vínculo jurídico, está necessariamente dependente da realização de um procedimento público selectivo (chame-se-lhe concurso ou não) e da observância no mesmo dos princípios da concorrência, transparência e igualdade.

Assim é, por motivos que estão hoje já suficientemente explicados. Em síntese, por razões de democraticidade e juridicidade da Administração Pública (com raízes histórico-constitucionais e que, portanto, relevam no plano da natureza do Estado), porque importa à concretização do direito subjectivo de todos acederem a um emprego na Administração Pública[137] e pela necessidade de assegurar a «capacidade funcional e de prestação»

---

[137]. Cfr. artigo 6.º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: "Todos os cidadãos são iguais a seus olhos [da lei], são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos".

da Administração (ver, por todos, acórdão n.º 683/99, do Tribunal Constitucional, pp. 25 e segs. do acórdão, in *www.tribunalconstitucional.pt*, e Vital Moreira, que, especificamente a propósito das relações de trabalho nos institutos públicos, sublinha que "seria naturalmente uma verdadeira fraude à Constituição se a adopção do regime de contrato individual de trabalho incluísse uma plena liberdade de escolha e de recrutamento dos trabalhadores da Administração Pública com regime de direito laboral comum, sem qualquer requisito procedimental tendente a garantir a observância dos princípios da igualdade e da imparcialidade" - Relatório e proposta de lei-quadro sobre os Institutos Públicos, Grupo de Trabalho para os Institutos Públicos Presidido pelo Prof. Vital Moreira, Ministério da Reforma do Estado e da Administração Pública, Lisboa, 2001, p. 535).

Entre as razões mais recentes, está o Direito Comunitário, que impõe a abertura da generalidade dos empregos na Administração Pública aos cidadãos dos outros estados membros (artigo 39.º, n.º 4, do TCE) e postula a leal concorrência.

O Tribunal Constitucional, no acórdão n.º 683/99, citado, é lapidar quando escreve: «Certo é, porém, que, independentemente do exacto recorte do conceito de 'função pública' constitucionalmente consagrado, não pode o regime de acesso previsto no artigo 47.º, n.º 2, da Constituição (com as suas notas de igualdade e liberdade e o princípio do concurso) deixar de valer igualmente para o acesso a tal lugar de trabalhador do Estado vinculado por contrato de trabalho sem termo. (...) [Com efeito,] não se vê por que não hão-de valer para o acesso a tal posição, pelo menos com igual razão, as mesmas regras previstas na Constituição para o acesso à função pública em geral, sendo-lhe inteiramente aplicáveis os fundamentos que determinam a consagração constitucional destas regras» (p. 30 do acórdão), posição esta reafirmada no recente acórdão n.º 406/2003, I Série de 24/10/2003, do mesmo Tribunal.

2.3. Não seria, portanto, preciso que a lei (ordinária) o dissesse: o Direito não é apenas norma legal e nem esta tem que ter um conteúdo regulamentar.

2.4. Em consentaneidade, nas «Linhas de Orientação para a Reforma da Administração Pública», o Governo revela estar ciente de que «as regras do direito privado não são directamente transponíveis para o funcionamento da Administração Pública, carecendo de naturais adaptações».

Não se trata de confundir a necessidade de concurso público ou de procedimento público selectivo com a disciplina legal relativa ao concurso (mais ou menos público) para lugares do quadro de pessoal da Administração, isto é, para a constituição de uma relação jurídica de funcionário público (no sentido próprio do termo), cujo regime geral está contido no Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho, nem projectar (perturbando-os) nos juízos sobre o que deve ser (isto é, sobre a normatividade do Direito) as deficiências na sua aplicação prática.

2.5. Quanto ao alegado não questionamento pelos tribunais de trabalho da validade dos contratos celebrados por «escolha directa» ou procedimento que redunda, em maior ou menor medida, numa «escolha directa» (§ 5 de fls. 3 do ofício do ISSS), trata-se de um argumento de natureza não substantiva e de *prima facie*: por um lado, porque quem aí litiga são (como ali se refere) os «ex-contratados», aqueles que pretendem a manutenção ou a "recuperação" do contrato e, portanto, não pretendem ver pronunciada a sua nulidade; por outro lado, porque há o "sentido" de que a intervenção oficiosa deve cingir-se àquilo que aproveita ao trabalhador ("incluído" e não aos "potenciais trabalhadores excluídos"), não sendo igualmente despiciendo considerar a maior familiaridade dos respectivos operadores judiciários com as regras do "mercado privado do trabalho" do que com o "mercado público do trabalho". Acresce, em terceiro lugar, que o contencioso dos

contratos privados da Administração revela algumas dificuldades, que têm sido apontadas, ao nível da tutela judicial efectiva[138].

2.6. Por último, é de referir que a «orientação» no sentido do privilegiamento na escolha dos co-contratantes das pessoas a exercer funções sob títulos jurídicos desadequados, como sejam os estágios patrocinados por programas do IEFP, os acordos de actividade ocupacional e os contratos de prestação de serviço, oferece reservas, na medida em que se podem converter em vias ínvias de acesso a um emprego na Administração (cfr. a este propósito, com as devidas adaptações, o acórdão n.º 53/88, do Tribunal Constitucional).

3. O que está em causa, neste e noutros processos, como já se sublinhou, é a forma como o Instituto de Solidariedade e Segurança Social recruta o seu pessoal em regime de contrato individual de trabalho, o que tem motivado inúmeras queixas.

Não obstante, V. Ex.a começa por questionar o enquadramento que é feito, no ofício que lhe foi dirigido, do regime do contrato individual de trabalho no seio do regime jurídico do emprego público, contido nos Decretos-Leis n.º 184/89, de 2 de Junho, e n.º 427/89, de 7 de Dezembro.

Como destacado, é um aspecto acessório (que não está em discussão) do presente processo. Tratou-se aí – n.ºs 1 e 2 do ponto II do ofício - de localizar o regime jurídico das relações de trabalho no Instituto de Solidariedade de Segurança Social no quadro

---

[138]. Dificuldades que se prendem com dualidade de jurisdição competente para conhecer os litígios que lhe são relativos: tribunais comuns para as acções relativas à validade, interpretação e execução do contrato; tribunais administrativos para os recursos dos actos administrativos praticados no procedimento administrativo pré-contratual; e bem assim com a articulação entre os meios processuais respectivos: impugnação, nos tribunais administrativos, de acto administrativo praticado no procedimento administrativo, necessidade subsequente de contestação, nos tribunais de trabalho, da nulidade do contrato resultante da anulação/declaração de nulidade daquele acto; ou discussão por terceiros ao contrato já celebrado (e em execução) da sua validade nos tribunais de trabalho por apelo à violação das normas jus-publicístas.

jurídico do emprego público. Ainda assim sobre o argumentado, importa ter presente o seguinte:

3.1. O Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, «estabelece princípios gerais em matéria de emprego público, ... » (artigo 1.º), desenvolvidos, quanto ao «regime de constituição, modificação e extinção da relação jurídica de emprego na Administração Pública» pelo Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro.

Esta relação jurídica pode ter um título jurídico-administrativo ou um título jurídico- privado. A generalidade das relações de trabalho na Administração Pública são do primeiro tipo. São constituídas por via da nomeação, a qual foi pensada para acautelar o exercício com carácter indeterminado de funções próprias e permanentes do serviço público. O contrato administrativo de provimento é também um vínculo jus-administrativista. Destina-se ao exercício transitório de funções próprias do serviço público em situações específicas claramente identificadas na lei (podendo servir ou não de antecâmara para a nomeação).

As relações de emprego na Administração com vínculo jurídico-privado são as tituladas por contrato individual de trabalho com termo ou sem termo. O primeiro destina-se a acautelar, por períodos determinados, a satisfação de necessidades excepcionais do serviço público; o contrato de trabalho sem termo coloca-se no espaço que vem sendo ocupado pela nomeação. A este foi, porém, atribuído um carácter residual no elenco de vínculos definidos nos diplomas referidos.

Em matéria de tipologia de vínculos da relação de emprego público existe um princípio de tipicidade e de taxatividade: não só o seu elenco é fechado como cada um deles só pode ser utilizado segundo os pressupostos e termos que a lei define.

A relação jurídica de emprego público não é necessariamente constituída por vínculos de direito administrativo.

3.2. Aqueles diplomas pretenderam regular tendencialmente todas as relações de trabalho na Administração

Pública. Esta directriz específica vinha da Lei do Orçamento para o ano de 1989 (Lei n.º 114/88, de 30 de Dezembro). O Governo estava devidamente habilitado e direccionado pela Assembleia da República pelas normas do artigo 15.º da Lei n.º 114/88, de 30 de Dezembro. O sentido da reforma foi fixar um quadro de referência do emprego na Administração Pública.

No artigo 15.º, a norma que é relevante, quanto aos vínculos do emprego público, é a da alínea c) do seu n.º 1. Pela mesma foi o Governo autorizado a legislar no sentido de

«c) Definir os princípios gerais da relação de emprego público simplificando e tipificando os diversos títulos de vínculo, identificando as situações que devam ser objecto de nomeação ou de vinculação precária, reforçando o princípio da exclusividade de funções, estabelecendo as formas de exercício transitório das mesmas, ...».

O Governo cumpriu este desiderato no Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho (Capítulos I, II e V), e no Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro.

3.3. O quadro de referência neles contido inclui os institutos públicos. Dispõe o artigo 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, que se aplica «aos serviços e organismos da Administração Pública, incluindo os institutos públicos nas modalidades de serviços personalizados do Estado e de fundos públicos »; e bem assim o artigo 2.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, em sede de execução daquele diploma.

Da recondução ao elenco de vínculos que apresentam, acima sumariados, os diplomas citados salvaguardaram regimes particulares de trabalho existentes, à data, no seio, designadamente, dos institutos públicos, fosse prevalecentemente o regime do contrato individual de trabalho ou regimes de direito administrativo específicos que se entendeu preservar no novo enquadramento.

O artigo 41.º, n.º 4, 1.ª parte, do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2.06, e o artigo 44.º, n.º 1, 1.ª parte referem-se, nessa exclusão, aos institutos públicos «abran*gidos* [então] pelo regime aplicável às

empresas públicas ou de contrato individual de trabalho ... e situações identificadas em lei como regime de direito público privativo». Ambas estas normas se inserem no capítulo das «Disposições finais e transitórias».

A racionalidade desta leitura é, hoje, confirmada por contraprova, se nos lembrarmos da realidade inventariada em matéria de institutos públicos pelo Grupo de Trabalho presidido por Vital Moreira e da condenação que aí se faz das composições «à la carte» apuradas.

Devemos ter também presente o que está escrito nas recentes «Linhas de Orientação para a Reforma da Administração Pública» apresentadas pelo XV Governo Constitucional («Administração Pública: Serviço + Qualidade»):

a) na página 10 lamenta-se que a introdução do regime do contrato individual de trabalho «não se [tenha feito] ... na base de qualquer enquadramento prévio. Assentou, antes, numa lógica casuística e aleatória»;

b) e a p. 11 pode ler-se constituir uma «orientação desta reforma (...) Enquadrar as situações existentes em que as duplicações de serviços – com regimes laborais distintos – proliferam».

A premência deste enquadramento seria hoje despicienda se fosse feita uma interpretação fiel dos preceitos do artigo 41.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, e artigo 44.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro.

4. Em suma, solicito novamente a atenção de V. Ex.ª no sentido da realização pelo instituto a que preside, de procedimentos devidamente publicitados e justos para o recrutamento dos trabalhadores a contratar em regime de contrato individual de trabalho.

R-2934/02
Assessor: Graça Fonseca

Entidade visada: Reitor da Universidade do Porto
Assunto: Concurso interno de acesso limitado para provimento de duas vagas de chefe de secção do quadro da Faculdade de Arquitectura da Universidade do Porto.

1. O Sr...., opositor ao concurso interno de acesso limitado para provimento de duas vagas de chefe de secção do quadro da Faculdade de Arquitectura da Universidade do Porto, apresentou uma reclamação na Provedoria de Justiça relativamente ao procedimento adoptado pelo júri do mesmo, o qual, terá violado princípios e normas jurídicas a que devia observância.

2. Da reclamação apresentada, verifica-se que, por despacho do Presidente do Conselho Directivo da Faculdade de Arquitectura do Porto, no uso de competência delegada pelo Reitor da Universidade do Porto, foi aberto concurso interno de acesso limitado para provimento de duas vagas de chefe de secção do quadro daquela Faculdade.

3. O aviso de abertura do concurso, supra identificado, definiu no respectivo n.º 7 que o método de selecção a utilizar era o da avaliação curricular, consagrando, entre os factores de ponderação e consideração obrigatória, a classificação de serviço.

4. Reunido o júri pela primeira vez em 31 de Outubro, de 2001, procedeu o mesmo à análise do aviso de abertura e aprovou por unanimidade, os parâmetros de avaliação e respectiva valoração.

5. Em 21 de Novembro de 2001, ocorreu a segunda reunião do júri para verificação da regularidade dos processos de candidatura, tendo este deliberado "solicitar à secção de pessoal o comprovativo do certificado de habilitações do candidato e que se

procedesse à afixação na Faculdade de Arquitectura da relação dos candidatos admitidos".

6. Em 28 de Janeiro de 2002, decorreu a terceira reunião do júri, constando da respectiva acta n.º 3 que "reuniu o júri do concurso ... para elaborar o projecto de classificação final e respectiva ordenação, da qual resultou o quadro anexo e que faz parte integrante da presente acta. Para o efeito, tendo-se constatado que os serviços de pessoal não entregaram em devido tempo as classificações de serviço, o júri deliberou suprir a sua falta nos termos do art.º 20 do Decreto-Regulamentar n.º 44-B/83, de 1 de Junho, procedendo à ponderação do respectivo currículo profissional dos candidatos na parte correspondente aos períodos não avaliados ou seja os anos 1998, 1999 e 2000. Para este fim foi utilizado o critério já fixado para a avaliação curricular e constante da acta n.º 1, omitindo o factor classificação de serviço» por razões evidentes".

7. Tendo o reclamante ficado posicionado em 3.º lugar na lista de classificação final, apresentou, em 19 de Fevereiro de 2002, uma reclamação ao presidente do júri de concurso. Na sua reclamação alega, nomeadamente, que: "não houve a necessária fundamentação das decisões tomadas" e que "está omitida a forma pela qual o júri chegou aos valores relativos à ponderação curricular profissional, em substituição da classificação de serviço".

8. Em 28 de Fevereiro de 2002, na sequência da reclamação apresentada, o júri reuniu e indeferiu a mesma, tendo mantido a classificação final e ordenação dos candidatos. Alega o júri, na acta n.º 4, que: "não foi omitida a forma pela qual o júri chega aos valores atribuídos na ponderação curricular (...) diz-se na acta n.º 3 que para este fim foi utilizado o critério já fixado para a avaliação curricular e constante da acta n.º 1".

9. Da deliberação de indeferimento, foi interposto recurso hierárquico necessário para o Reitor da Universidade do Porto, o qual por despacho de 24 de Maio de 2002, se pronunciou pelo indeferimento.

10. Da análise aos documentos juntos ao processo, afigura-se-nos que existem duas questões centrais sobre as quais há que reflectir: 1) a decisão do júri em suprir a falta das classificações de serviço por ponderação do currículo profissional dos candidatos; 2) a fundamentação das decisões do júri.

11. Quanto à primeira questão, desde logo de salientar que, nos termos do art.º 7.º do Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18 de Dezembro, o recrutamento para chefe de secção se faz entre assistentes administrativos especialistas e tesoureiros, com classificação de serviço não inferior a Bom. Ora, na medida em que o recrutamento pressupunha que os candidatos, para serem admitidos, tinham de possuir uma determinada notação, desde logo não se compreende por que razão a ausência deste pressuposto não foi mencionada na acta n.º 2, na qual o júri decidiu admitir os candidatos "cujas candidaturas se encontravam regulares". Parece-nos que, a decisão de suprir, ou não, a ausência das classificações de serviço deveria ter sido tomada logo nesta fase de admissão dos candidatos e fundamentada.

12. Aliás, no ofício enviado à Provedoria de Justiça pelo presidente do júri, em 25/10/2002, consta que "na reunião de 21 de Novembro, à qual corresponde a acta n.º 2, o júri tomou conhecimento da ausência das classificações de serviço dos candidatos, através de informação verbal do serviço de pessoal, por não estarem disponíveis e actualizadas as classificações desde 1998. O presidente do júri solicitou ao conselho directivo a apresentação dos documentos respectivos". Mal se compreende porque não ficaram estes factos exarados em acta.

13. Tendo sido admitidos os candidatos, o júri procedeu, na acta n.º 3 à aplicação dos critérios fixados na acta n.º 1, dos quais fazia parte a classificação de serviço. Aliás, fixava o aviso de abertura deste concurso, correctamente, que na avaliação curricular seria obrigatoriamente ponderada a classificação de serviço. Ora, naquela acta n.º 3 declara o Júri que "tendo-se constatado que os serviços não entregaram em devido tempo as classificações de serviço, o júri deliberou suprir a sua falta nos

termos do art.º 20.º do Decreto-Lei n.º 44-B/83, de 1 de Junho, procedendo à ponderação do currículo profissional (...). Para este fim, foi utilizado o critério já fixado para a avaliação curricular e constante da acta n.º 1".

14. Relativamente a esta questão, parece-nos que, ainda que das alíneas do n.º 1 do art. 20.º do Decreto-Lei 44-B/83 não figure uma situação que, em abstracto, corresponda ao caso concreto em análise, o facto é que, a não existir classificações de serviço, cuja ausência não é imputável aos candidatos, mas sim à inércia da Administração, não podem, nem devem, os mesmos, ser por isso prejudicados. Dificilmente se compreenderia de outra forma, pois que estar-se-ia a limitar as possibilidades de acesso e progressão na carreira, por factores inerentes ao próprio funcionamento burocrático da Administração.

15. Somos, portanto, do entendimento, que o júri procedeu correctamente, ao substituir a ponderação da classificação de serviço pela ponderação do currículo profissional, fundamentado na ausência daquela.

16. Relativamente à questão da fundamentação da deliberação de classificação final, parece-nos que o júri poderia, e deveria, ter procedido de modo diferente, expressando mais claramente as circunstâncias individuais na base das valoraçoes constantes do quadro anexo à acta n.º 3.

17. Entende a jurisprudência do STA que o acto de classificação só está devidamente fundamentado quando o júri indica, ainda que de forma sucinta, os factos considerados em relação a cada candidato para atribuir valores parciais em cada factor ou item. No acórdão do STA de 29/10/97, por exemplo, entendeu o Tribunal que "a fundamentação da deliberação classificativa final do júri não consiste apenas na enunciação das classificações atribuídas pelo júri a cada um dos concorrentes nas operações de selecção utilizadas e de que resultou a classificação final, mas também, e sobretudo, na enunciação, ainda que sucinta, mas tão desenvolvida quanto possível em termos de suficiência, clareza e congruência, das concretas circunstâncias

que individualizam a situação de cada candidato e que valorizam ou depreciam, por modo a que esse candidato possa ficar ciente das razões que influíram na sua valoração e na correspondente posição relativa que lhe foi fixada na lista classificativa".

18. O quadro anexo à acta n.º 3 nada enuncia relativamente aos dados concretos relativos a cada concorrente, sobre o quais foram aplicados os critérios definidos na acta n.º 1 e aos quais correspondem os valores descritos no quadro referido. Se, por, exemplo, quanto às habilitações é possível presumir que a candidata colocada em 1.º lugar possui o 9.º ano ou equivalente e a candidata colocada em 4.º lugar tem o 11.º ano ou equivalente, já no que respeita à experiência profissional, ao qual corresponde o mais elevado coeficiente de ponderação (4), a mera enunciação do valor constante no quadro referido não se afigura suficiente para que os candidatos compreendam a classificação que foi atribuída a cada um. Deveria o júri ter enunciado, por exemplo, qual a experiência profissional considerada com "interesse para o desenvolvimento das atribuições do cargo a preencher", pois só assim seria possível compreender a valoração realizada pelo júri, dando cumprimento a um elementar princípio de transparência na Administração Pública.

19. A prossecução deste princípio de transparência na Administração Pública é particularmente importante em situações em que, tal como aqui, estamos perante o exercício de uma actividade discricionária da Administração. Na realidade, a avaliação curricular dos candidatos a um concurso é uma actividade do júri, que se insere na sua margem de livre apreciação ou prerrogativa de avaliação, também apelidada de discricionariedade técnica, no domínio da qual a Administração age e decide sobre a aptidão e as qualidades pessoais (acórdão do STA de 11/12/96), pelo que se afigura particularmente importante que a Administração fundamente, suficiente e claramente, os actos praticados naquele domínio, de modo a que não subsista qualquer dúvida sobre a sua actuação.

20. Considerando tudo o exposto, impõe-se, sem prejuízo do arquivamento do processo na Provedoria de Justiça sobre o assunto, chamar a atenção de V.Ex.a, nos termos do art. 33.º do Estatuto do Provedor de Justiça, para a insuficiente enunciação das circunstâncias individuais e concretas de cada candidato, que, aplicados os critérios definidos na acta n.º 1, deram origem aos valores constantes do quadro anexo à acta n.º 3. Neste sentido, permito-me formular a V.Ex.a reparo no sentido de em futuras situações ser outra a actuação dos júris de concurso dessa instituição.

R-2983/02
Assessor: Fátima Almeida

Entidade visada: Secretário de Estado da Administração Educativa
Assunto: Federação Nacional de Ensino e Investigação e Outros. Fixação do calendário dos estabelecimentos de educação pré-escolar para o ano lectivo de 2002/2003.

1. Conforme foi dado oportuno conhecimento a V. Exa., organizou a Provedoria de Justiça os autos acima mencionados para apreciar a conformidade legal e constitucional das disposições constantes do Despacho n.º 19310/2002, da autoria de Sua Excelência o Ministro da Educação, publicado no Diário da República, 2ª Série, n.º 200, de 30/08/2002, com base em queixa que me foi dirigida pela Federação Nacional de Ensino e Investigação, a que ulteriormente foram agregadas, pela conexão de objecto e fundamentos, novas reclamações apresentadas quer por outras organizações sindicais, quer ainda por diversos funcionários a título individual.

2. A este respeito, cumpre informar V. Exa. de que, atendendo aos esclarecimentos oportunamente transmitidos por esse Ministério e realizada que foi a análise e enquadramento

jurídico das questões suscitadas, concluí pela inexistência de fundamento, no plano da legalidade ou da justiça, para dar prosseguimento à minha intervenção sobre a problemática reclamada, tendo, nesta conformidade, determinado o arquivamento do mesmo processo, nos termos constantes do ofício de elucidação enviado aos reclamantes.

3. Reconhecendo as preocupações sociais e o intuito normalizador subjacentes à emissão do invocado Despacho n.º 19310/2002, não posso, na oportunidade, deixar de salientar a V. Exa. que o raciocínio conclusivo alcançado, particularmente no que tange ao impacte desta regulamentação no exercício do direito às férias vencidas em 2003, assenta em pressupostos de verificação incerta, ou seja, num juízo de prognose sobre o interregno temporal disponível entre a data de cessação das actividades educativas no corrente ano lectivo e a data do reinício das mesmas actividades no próximo ano lectivo de 2003/2004, que se considera imperioso consolidar uma vez que esta última data ainda não se encontra formalmente fixada.

4. Nesta perspectiva, tenho por bem dirigir-me a V. Exa., expondo as conclusões alcançadas no processo em apreço e exortar a que no âmbito das decisões respeitantes à organização do ano lectivo de 2003/2004 e, em particular, na delimitação do calendário escolar dos estabelecimentos de educação pré-escolar, seja considerada a adopção de normas orientadoras compatíveis com a necessidade de salvaguardar o gozo integral do período máximo de férias vencido pelos educadores de infância em 2003, tendo em linha de conta os condicionalismos temporais que legalmente lhe estão associados, com especial incidência na fixação da data do reinício das actividades educativas no próximo ano lectivo.

R-3038/02; R-2308/03; R-3405/03
Assessor: Fátima Almeida

Entidade visada: Ministra da Ciência e do Ensino Superior
Assunto: Aplicação do artigo 54º do Estatuto da Carreira dos Educadores de Infância e dos Professores dos Ensinos Básico e Secundário. Despacho n.º 244/ME/96 (2ª Série), de 31 de Dezembro.

1. Tem este Órgão do Estado recebido, nos dois últimos anos, inúmeras reclamações formuladas por docentes do ensino não superior, nas quais se questiona a excessiva morosidade patenteada na apreciação dos requerimentos que os mesmos haviam apresentado para obtenção da bonificação de tempo de serviço docente prevista no artigo 54º do Estatuto da Carreira dos Educadores de Infância e dos Professores dos Ensinos Básico e Secundário (ECD), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 139-A/90, de 28/04, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 1/98, de 2/01.

2. A par disso, os mesmos peticionantes punham em causa a falta de actualização do Despacho n.º 244/ME/96 (2ª Série) de 31/12, que assegura o complemento regulamentar do referido preceito legal, em matéria de definição dos mestrados ou doutoramentos para o efeito relevantes, uma vez que o último despacho de revisão deste elenco remontaria a 1999.

3. Tendo em conta o propósito que move esta minha iniciativa, não é despiciendo começar por recordar que o artigo 54º do invocado ECD, na parte que interessa assinalar, estatui "*in fine*" que a aquisição, por docentes profissionalizados com licenciatura e integrados na carreira, de outras habilitações académicas de nível superior, conferentes dos graus de mestre e de doutor em Ciências da Educação ou ainda em domínio directamente relacionado com o respectivo grupo de docência,

confere direito à concessão de bonificação de tempo de serviço docente, para efeitos de progressão nos escalões da respectiva carreira – cfr. os n.ºs 1, 2 e 4.

4. A regulamentação do sobredito preceito legal tem assento no Despacho n.º 244/ME/96, publicado no Diário da República, 2ª Série, n.º 302, de 31/12, alterado sucessivamente pelos Despachos n.ºs 42/ME/97 (2ª Série), de 1/04, 8292/98 (2ª Série), de 18/05, e 16750/99 (2ª Série), de 27/08, em cujo âmbito se procedeu à identificação, por áreas de formação e grupos de docência, das habilitações académicas susceptíveis de operar o efeito relevante assinalado – cfr. o Anexo I do mesmo Despacho.

5. É bem claro, ao longo do articulado do Despacho n.º 244/ME/96, o carácter dinâmico deste requisito habilitacional, com expressão, quer na previsão da sua actualização anual (cfr. ponto 12), quer também na possibilidade de reconhecimento casuístico de outras qualificações científicas acrescidas. Neste último caso, para enquadrar a situação dos docentes portadores de mestrados ou doutoramentos que não são directamente subsumíveis na previsão do Anexo I do aludido Despacho, estão os respectivos pedidos de bonificação sujeitos a um plano específico de tramitação processual descrito no ponto 11 do mesmo despacho ministerial.

6. É neste contexto regulamentar que se situam os casos que me foram presentes.

7. É sabido que a apreciação dos requerimentos de bonificação do tempo de serviço em causa, cuja instrução está cometida à Direcção-Geral da Administração Educativa, carecia de prévia audição do grupo de trabalho criado ao abrigo do Despacho n.º 42/ME/97, o qual integra representantes de diversos serviços, à época inseridos na estrutura organizativa do Ministério da Educação – v.g. a Direcção-Geral do Ensino Superior. A este órgão colegial incumbia também assegurar o acompanhamento da execução do diploma normativo em questão, assim como a respectiva actualização anual – cfr. pontos 9 e 11 do Despacho n.º 244/ME/96.

8. Contudo e em qualquer das situações concretas que me foram submetidas, o problema em discussão reconduzia-se à omissão de pronúncia por parte do aludido grupo de trabalho, dentro do prazo procedimental geral fixado no artigo 99º, n.º 2, do Código de Procedimento Administrativo (CPA).

9. Da extensa actividade instrutória levada a cabo, ao longo do tempo, quer junto da Direcção-Geral da Administração Educativa, quer ainda junto da Direcção-Geral do Ensino Superior, em razão das responsabilidades de intervenção procedimental que lhes estão cometidas neste particular contexto, resultou confirmada a suspensão dos trabalhos do órgão consultivo instituído pelo Despacho n.º 42/ME/97, motivo também invocado para inviabilizar a sujeição dos mesmos requerimentos à entidade decisora competente.

10. A par disso, foi possível apurar a pendência de cerca de 240 processos da mesma natureza para análise do referido grupo de trabalho, originados em outros tantos pedidos de bonificação já recepcionados na Direcção-Geral da Administração Educativa, alguns dos quais sem desenvolvimento há mais de dois anos.

11. De acordo com o justificativo apresentado pela Direcção-Geral do Ensino Superior, que coordena o funcionamento deste grupo de trabalho, a paralisação da actividade deste órgão, assumidamente da iniciativa dos respectivos membros, decorreria da constatação de limitações técnicas e da própria reorganização das competências governamentais em matéria de educação e ensino superior, operada pela lei orgânica do XV Governo Constitucional (Decreto-Lei n.º 120/2002, de 3/05) com a emergência de novo departamento ministerial - o Ministério da Ciência e do Ensino Superior -, circunstância que interferia na relação hierárquico-institucional preexistente.

12. É do meu conhecimento que a problemática suscitada foi devidamente enquadrada e analisada, em termos genéricos, em nota elaborada no Gabinete do antecessor de Vossa Excelência, com data de 2/05/03, cujos contornos me dispenso aqui de enunciar, mas que sei ter sido ulteriormente submetida à

consideração de S. Exa o Secretário de Estado da Administração Educativa.

13. A despeito de uma eventual reformulação do regulamento de aplicação do citado artigo 54º do ECD, para que apontam as conclusões da nota supra mencionada, devo considerar, Senhora Ministra, que tal perspectiva não pode, por si só, dar causa à suspensão da actividade do grupo de trabalho a que se refere o n.º 9 do Despacho n.º 244/ME/96, revelando-se a actuação deste órgão assaz desconforme com os princípios legais da confiança, da justiça e da boa fé que orientam a actividade da Administração perante o cidadão (v. artigos 6º e 6º-A do CPA).

14. Na verdade, afigura-se evidente que as modificações de direito entretanto operadas no contexto da organização do sector da educação ou do ensino superior são irrelevantes para o efeito questionado, na medida em que não determinaram qualquer transferência das competências atribuídas ao referido grupo de trabalho para a esfera de actuação de outro serviço ou organismo, nem tão pouco o citado Despacho n.º 244/ME/96 foi alterado ou revogado, nos segmentos apontados, conforme aliás bem reconhece o autor da nota mencionada em 12.

15. Ou seja, há-de entender-se que enquanto não for providenciada a sua revogação expressa ou a publicação de regulamentação em sentido contrário, o regime constante do Despacho n.º 244/ME/96 mantém-se plenamente em vigor como instrumento regulador do funcionamento e composição do grupo de trabalho a que se refere o seu ponto 9, nada obstando, portanto, a que este órgão conheça dos pedidos de bonificação pendentes da sua apreciação na Direcção-Geral da Administração Educativa.

16. Por outro lado, também salientaria que a falta de emissão, no prazo estabelecido (artigo 99º do CPA), de parecer obrigatório deste grupo de trabalho não acarretava a suspensão do procedimento, como também não subtraía a Administração à obrigação de proferir decisão expressa sobre o pedido de bonificação que lhe foi dirigido, nos termos do artigo 109º do CPA.

17. Tanto assim que o órgão responsável pela instrução dos processos subjacentes estava, em qualquer caso, sujeito ao dever funcional de celeridade consignado no artigo 56º do CPA, tributário que é do princípio geral da desburocratização e da eficiência (artigo 10º do CPA), como também do princípio da decisão em tempo razoável (artigo 9º do mesmo Código), sendo-lhe exigido que providenciasse pelo seu rápido e eficaz andamento.

18. Considero, por isso, ilegítima e injustificada a solução adoptada pelo mesmo grupo de trabalho que se absteve de prosseguir a sua actividade e a consequente apreciação dos pedidos de bonificação em causa, decisão esta que configura renúncia, ainda que temporária, ao exercício das suas funções consultivas (v. os artigos 29º, n.º 1, e 30º, n.º 2, do CPA).

19. De resto, e não é demais relembrar, tal actuação faz incorrer os respectivos autores em eventual responsabilidade disciplinar e civil, esta última decorrente de eventuais prejuízos causados com o retardamento, por tempo indefinido, da decisão pretendida pelos respectivos interessados, os quais, deste modo, vêem preteridas as suas legítimas expectativas de reposicionamento na carreira em função da formação de nível superior obtida – v. o acórdão do STA, de 27/10/97 – Proc. 42960 e o Parecer do Conselho Consultivo da PGR de 14/01/88, publicado no Diário da República de 10/05/88.

20. Por tudo isto, e sem prejuízo do arquivamento dos processos analisados no âmbito deste Órgão do Estado, não posso deixar de transmitir a Vossa Excelência, Senhora Ministra, as considerações que a problemática abordada suscitou nestes serviços, lamentando o comportamento incorrecto adoptado pelo grupo de trabalho a que se refere o n.º 9 do Despacho n.º 244/ME/96, na redacção dada pelo Despacho n.º 42/ME/97.

21. Na expectativa de que a situação de impasse aqui denunciada se encontre já ultrapassada e se mostrem extraídas as adequadas consequências disciplinares de tal actuação, solicito, pois, a melhor atenção de Vossa Excelência no sentido de ser assegurada a efectiva retoma dos trabalhos daquele órgão

consultivo e o consequente prosseguimento dos processos administrativos que aguardam a respectiva apreciação junto da Direcção-Geral da Administração Educativa, caso o mesmo órgão ainda não o tenha feito, enquanto não for providenciada a revogação dos correspondentes despachos habilitantes.

RL-3524/02
Assessor: Graça Fonseca

Entidade visada: Secretário de Estado da Administração Educativa

Assunto: Cumprimento do disposto no Despacho n.º 10 319/99, publicado na II Série do Diário da República de 26 de Maio.

A educadora de infância do quadro único, titular do jardim-de-infância de Monte do Duque – Arneiro, agrupamento de escolas de Nisa, integrado na área de jurisdição do CAE do Alto Alentejo – Portalegre, tendo, nos últimos anos, desenvolvido a sua actividade profissional destacada no âmbito da educação pré-escolar itinerante no Pólo de Sarnadas de Ródão/Perais, no Concelho de Vila Velha de Ródão, apresentou na Provedoria de Justiça uma reclamação relativa à não autorização da sua proposta de continuação do destacamento para o Pólo acima identificado, para o ano lectivo de 2002/2003.

Aberto processo na Provedoria de Justiça, procedeu-se à sua instrução.

1. Da instrução do processo na Provedoria de Justiça

1.1. Alega a reclamante que não foi dado cumprimento ao ponto 8 do Despacho n.º 10 319/99, publicado na II Série do Diário da República, de 26 de Maio, nos termos do qual os candidatos ao desempenho de funções na modalidade de educação pré-escolar itinerante serão ordenados mediante análise curricular, que considere, por ordem de prioridade, a formação académica e a

qualificação profissional, a experiência profissional e a participação em projectos pedagógicos.

1.3. A ora reclamante apresentou, em 6 de Setembro de 2002, uma exposição sobre este assunto à Directora Regional de Educação do Centro, a qual respondeu em 17 de Setembro desse mesmo ano, a coberto do ofício n.º ... .

1.4. Informa aquele serviço "que o mecanismo de mobilidade em causa constitui um mecanismo jurídico que permite alguma margem de discricionariedade à Administração na sua actuação (...) e o facto de a reclamante ter estado destacada nos últimos 5 anos na educação pré-escolar itinerante não determina que tenha adquirido um direito ao lugar". Mais, informa que a proposta de destacamento, subscrita pela reclamante, "foi enviada para despacho superior com parecer desfavorável desta Direcção Regional, considerando os pareceres negativos da Câmara e dos encarregados de educação".

1.5. Questionada a entidade visada neste processo, vem a Direcção Regional de Educação do Centro informar a Provedoria de Justiça, a coberto do ofício de 8 de Janeiro de 2003 que "a colocação de docentes, em regime de destacamento, para exercer funções na modalidade de educação pré-escolar itinerante, não tem sido objecto de concurso (...). O destacamento, nestas situações, tem sido autorizado mediante proposta dos interessados e parecer favorável dos serviços. Aliás, da ficha de proposta de destacamento preenchida pelos interessados, nem sequer constam quaisquer dados referentes ao seu currículo profissional, pelo que seria impossível, a partir da mesma, fazer uma análise curricular dos vários docentes. No caso em apreço a proposta de colocação subscrita pela reclamante foi submetida a despacho de Sua Excelência o Secretário de Estado da Administração Educativa, com parecer desfavorável da Directora Regional Adjunta e foi com base nesse parecer desfavorável que não foi superiormente autorizado o destacamento pretendido". Junta, ao ofício, cópia da proposta de colocação por destacamento subscrita pela reclamante, na qual a Directora Regional Adjunta assina o

parecer dos serviços da Direcção Regional de Educação, nos seguintes termos: "Julgo ser de indeferir considerando o parecer negativo da Câmara e dos encarregados de educação, sendo de autorizar a proposta que se sobrepõe a esta".

1.6. Perante o teor da resposta da entidade visada, a Provedoria de Justiça solicitou, à mesma entidade, esclarecimentos adicionais relativamente ao cumprimento do disposto no Despacho n.º 10 319/99, publicado na II Série do Diário da República, de 26 de Maio.

1.7. É que o referido Despacho veio consagrar, ao abrigo do art. 15.º da Lei n.º 5/97, de 10 de Fevereiro, e do art.º 11.º do Decreto-Lei n.º 147/97, de 11 de Junho, as regras relativas à colocação de educadores de infância na modalidade de educação em causa. Determina este despacho que compete às Direcções Regionais de Educação a organização anual da rede de educação pré-escolar itinerante, cabendo-lhes ordenar os candidatos ao desempenho de funções na modalidade em análise, a qual deve ser feita nos termos do n.º 8 do referido Despacho.

1.8. O n.º 8 do mencionado despacho consagra que podem ser candidatos ao desempenho de funções na modalidade referida os educadores de infância com nomeação definitiva, os quais serão ordenados mediante análise curricular que considere, por ordem de prioridade a formação académica e a qualificação profissional, a experiência profissional em modalidades alternativas da educação pré-escolar e, finalmente, a participação em projectos pedagógicos inovadores.

1.9. Ora, na medida em que a Direcção Regional de Educação do Centro havia informado a Provedoria de Justiça que, face à ficha preenchida pelos candidatos, não é possível fazer uma análise curricular dos docentes que se candidatam a exercer funções na educação pré-escolar itinerante, foram solicitados esclarecimentos sobre quais os critérios e os métodos de ordenação utilizados pelos serviços, em cumprimento do ponto n.º 8 do despacho acima identificado.

1.10. Em resposta ao solicitado, vem a Direcção Regional de Educação do Centro, a coberto do ofício de 14 de Março de 2003, informar que "à data em que a educação itinerante foi consagrada pela Lei n.º 5/97, de 10 de Fevereiro e pelo Decreto-Lei n.º 147/97, de 11 de Julho, não havia quaisquer regras definidas para ordenar os potenciais interessados no desempenho de funções na referida modalidade e, nessa medida, o destacamento era proposto pelo CAE, em articulação com o município, e submetido a despacho superior. Tal prática acabou por se institucionalizar, continuando os destacamentos a ser feitos com base nos mesmos pressupostos (proposta dos interessados e parecer favorável dos serviços do Ministério da Educação e das câmaras municipais), mesmo após a publicação do referido Despacho n.º 10 319/99".

2. Conclusão do processo e proposta de resolução da questão

2.1. Concluída a instrução do processo, é de concluir que a Direcção Regional de Educação do Centro não está a cumprir com o disposto no quadro normativo vigente, em matéria de ordenação de candidatos e destacamento para o desempenho de funções na Educação pré-escolar itinerante.

2.2. Do que foi alegado pela Direcção Regional de Educação do Centro há a salientar, para o que para aqui mais releva, três aspectos: afirma aquele serviço que, no caso em apreço, estamos perante um mecanismo de mobilidade, que constitui um mecanismo jurídico que permite alguma margem de discricionariedade à Administração; que a colocação de docentes nesta modalidade não tem sido objecto de concurso; que se institucionalizou uma prática de ordenação dos potenciais candidatos assente no preenchimento da ficha pelos interessados e nos pareceres dos serviços do Ministério da Educação e dos encarregados de educação.

2.3.Ora, desde logo, é de salientar que, ao contrário do que afirma a Direcção Regional do Centro, os critérios para ordenar os potenciais candidatos ao desempenho de funções no ensino pré-

escolar itinerante não se encontram situados no âmbito do poder discricionário da Administração, pelo contrário, estão definidos no ponto 8 do Despacho n.º 10 319/99. Assim, a Administração está, pelo menos, vinculada a realizar uma análise curricular dos candidatos, mediante uma avaliação dos critérios ali definidos.

2.4.E o facto de a lei nada dispor sobre a obrigatoriedade de realização de concursos em nada prejudica esta conclusão.

2.5.É que os princípios da transparência, da isenção e da imparcialidade devem pautar todos os procedimentos administrativos, independentemente de revestirem, ou não, a forma concursal. A objectividade dos actos de ordenação e selecção visa, em qualquer caso, assegurar o cumprimento daqueles princípios, enunciados no n.º 2 do art.º 266.º da Constituição da República Portuguesa. O respeito por regras objectivas e princípios não é consentâneo com qualquer procedimento que, objectivamente, possa permitir a manipulação dos resultados de um determinado procedimento, bastando figurar a esse respeito uma lesão meramente potencial (acórdão do STA, de 27 de Março de 2003).

2.6.Admitimos, aliás, que a necessidade de assegurar a efectivação plena do princípio da transparência da actividade administrativa, com o inerente acentuar das garantias de imparcialidade e da defesa dos direitos dos administrados, terá sido uma das preocupações do legislador ao regular, no despacho já mencionado, as condições de ordenação e destacamento de educadores de infância, para desempenharem funções no âmbito da educação pré-escolar itinerante.

2.7.É que a ausência de regulamentação dos métodos e critérios de ordenação de candidatos, naquele domínio, introduzia um potencial de arbitrariedade, que dificilmente, se coadunaria com os princípios da transparência e imparcialidade, que devem reger todos os procedimentos administrativos. A ideia de uma administração democrática, aberta e transparente domina a nossa ordem jurídica e não se compadece com procedimentos que impedem, na prática, que os candidatos tenham acesso, em claras

condições de igualdade e em condições de fácil controlo, a todas as operações do procedimento administrativo.

2.8. Assim, a partir do momento em que foi publicado, e entrou em vigor, o Despacho n.º 10 319/99, de 26 de Maio, a Administração Educativa estava vinculada a ordenar os candidatos ao desempenho de funções na educação pré-escolar itinerante, com base nos termos aí fixados.

2.9. De facto, neste tipo de procedimentos, em que estão em causa actos de ordenação e selecção de interessados a um desempenho de funções de natureza pública, a Administração exerce, fundamentalmente, um poder vinculado, já que terá de obedecer a critérios legais previamente estabelecidos. E no domínio do exercício da actividade vinculada, é entendimento pacífico do Supremo Tribunal Administrativo e do Tribunal Constitucional que não faz sentido o apelo a outros princípios que não seja o da legalidade ou da juridicidade. Assim, no exercício de poderes vinculados, o princípio da igualdade reconduz-se a uma questão de mera ilegalidade, estando a Administração vinculada à lei, não podendo deixar de cumpri-la, ainda que a ache discriminatória ou injusta. Agindo a Administração vinculadamente, impõe-se-lhe que decida de harmonia com as normas prescritas e atinentes pelo que a aferição do seu comportamento, neste caso, circunscreve-se a saber se cumpriu, ou não, a lei (acórdão do STA, de 19 de Fevereiro de 2003).

2.10. E no caso em apreço, a Administração não tem cumprido a lei. Alega a Direcção Regional de Educação do Centro que a prática seguida se formou numa altura em que os critérios não estavam definidos, tendo-se institucionalizado ao longo dos anos. Porém, esta fundamentação não colhe pois, reconhecerá V.Ex.a, que partir do momento em que essa prática se tornou ilegal, por desconforme ao disposto no Despacho n.º 10 319/99, deveria a Administração ter cessado a prática que vinha do passado. Num Estado de Direito Democrático, a Administração está, naturalmente, obrigada a cumprir a lei, não sendo admissível

que fundamente o seu não cumprimento com base numa prática *contra legem*, apenas porque a mesma se institucionalizou.

2.11. Assim, mal se compreende que, decorridos mais de 4 anos sobre a aprovação do Despacho n.º 10 319/99, não tenha sido alterada uma prática que viola manifestamente a lei e que, em concreto, pode constituir um desvio sério aos princípios da transparência, isenção e imparcialidade do procedimento administrativo.

2.12. É que, segundo afirma a Direcção Regional de Educação do Centro, os candidatos ao desempenho de funções no ensino pré-escolar itinerante são escolhidos com base na proposta dos interessados e parecer favorável dos serviços do Ministério da Educação e das câmaras municipais.

2.13. Assim, não se vislumbra qualquer espécie de acto de natureza objectiva que norteie a escolha dos candidatos ao desempenho daquelas funções, apenas actos de natureza subjectiva, como são os pareceres das entidades referidas. Ora, terá sido precisamente para conferir maior objectividade a este procedimento que o despacho referido veio consagrar os critérios a considerar na análise curricular, sem prejuízo de se prever que os municípios e os conselhos locais de educação devem ser ouvidos.

2.14. Considerando tudo o exposto, impõe-se, sem prejuízo do arquivamento do processo na Provedoria de Justiça, chamar a atenção de V.Ex.a, nos termos do art. 33.º do Estatuto do Provedor de Justiça, para a necessidade de criar condições conducentes à alteração de uma prática da Administração Educativa, que consubstancia uma clara violação da lei, com manifesto prejuízo dos princípios da transparência, isenção e imparcialidade que deve presidir a toda a actividade da Administração.

2.15. Neste sentido, permito-me formular a V.Ex.a reparo no sentido de assegurar que, no próximo ano lectivo, o destacamento de educadores de infância para desempenhar funções na educação pré-escolar itinerante se efective em cumprimento do disposto na lei vigente.

Agradeço, desde já, a atenção de V.Ex.a para este assunto e a comunicação das providências que decida vir a adoptar no sentido exposto.

R–3693/02
Assessor: Maria Namorado

Entidade Visada: Faculdade de Arquitectura. Universidade Técnica de Lisboa

Assunto: Concurso para admissão de assistente estagiário para leccionar a disciplina de Estruturas, nas licenciaturas de Arquitectura e Arquitectura de Interiores.

Cumpre-nos informar que se encontra concluída a instrução do processo à margem referenciado, pelo que se junta cópia do despacho de arquivamento para conhecimento.

Os factos que deram azo à Reclamação apresentada neste Órgão do Estado, a saber, o concurso de acesso e provimento no lugar de assistente estagiário para leccionar a disciplina de estruturas nas licenciaturas de arquitectura e arquitectura de interiores, encontra-se há muito encerrado, tendo decorrido todos os prazos para impugnação do mesmo.

No entanto, não se pode deixar de fazer reparo no sentido de que todo o processo de formalização do concurso bem como o subsequente processo decisório sofreram de graves vícios e atropelos às normas legais vigentes sobre concursos públicos, nomeadamente, falta de definição de critérios prévios ao conhecimento de candidatos, admissão de candidatos que não possuíam os requisitos a que a própria Escola se autovinculara (formação em Estruturas) e determinação dos factores de ponderação sem existência de qualquer suporte que permita conhecer da sua fundamentação.

Pelo que sugiro que, em situações futuras se atenda aos critérios legais instituídos para a condução deste tipo de procedimentos.

R-183/03
Assessor: Graça Fonseca

Entidade visada: Director-Geral de Viação
Assunto: Procedimento disciplinar. Faltas injustificadas. Comparência a junta médica da Caixa Geral de Aposentações.

O Sr. ... apresentou uma reclamação na Provedoria de Justiça, na qual alega a irregularidade dos processos disciplinares instaurados pela Direcção-Geral de Viação, da qual resultou grave prejuízo.

Da reclamação apresentada e respectivos documentos, verifica-se que, em 22 de Março de 2002, a Direcção-Geral de Viação instaurou processo disciplinar ao ora reclamante por, alegadamente, ter faltado à junta médica marcada para o dia 26 de Junho de 2001. Foi apresentada defesa e comprovado que essa falta havia, em tempo, sido justificada. Perante os documentos apresentados, a Administração reconheceu que a instauração daquele processo disciplinar se baseou em informações incorrectas prestadas pela Caixa Geral de Aposentações. Assim, no relatório do instrutor deste processo disciplinar, datado de 21 de Novembro de 2002, pode ler-se que "o presente processo merece despacho de arquivamento, por não se provarem os factos de que o arguido vinha acusado e que, como fica demonstrado, se devem a errada informação prestada pela Caixa Geral de Aposentações".

Porém, apesar de reconhecer os lapsos cometidos pela Caixa Geral de Aposentações no âmbito daquele processo, o instrutor, no referido relatório, propõe a abertura de novo processo disciplinar, por "existirem indícios de que o arguido terá

faltado injustificadamente à segunda junta médica, marcada para dia 28 de Dezembro de 2001". A proposta mereceu despacho de concordância.

Tal como procedera no anterior processo disciplinar, o ora reclamante enviou, na apresentação da defesa a este processo disciplinar, documentos que comprovavam a justificação, atempada, da sua falta à junta médica marcada para o dia 28 de Dezembro de 2001 e a respectiva recepção pela Caixa Geral de Aposentações.

De salientar que, no decurso deste tempo, o ora reclamante deixou de auferir qualquer remuneração. Assim, em 6 de Novembro de 2002, foi o mesmo notificado do despacho do Senhor Director-Geral de Viação, de 20 de Junho de 2002, para proceder à reposição das remunerações indevidamente recebidas desde Junho de 2001. O ora reclamante contestou este despacho e nunca terá procedido à reposição mas, segundo alega, deixou de auferir qualquer remuneração a partir de Junho de 2002.

No decurso da instrução do processo na Provedoria de Justiça foram solicitados esclarecimentos à Direcção-Geral de Viação. Por ofício datado de 6 de Março de 2003, veio esta entidade reconhecer que "parece haver discrepância entre o dito pela Caixa Geral de Aposentações e as cópias dos documentos juntos pela mandatária do reclamante pelo que se impõe diligenciar pela junção de prova bastante de que foi requerida a justificação da falta à junta médica agendada para 28.12.01, de que foi recepcionada e de que foi deferido o requerimento de justificação de falta".

Ora, por ofício de 17 de Abril de 2003, a Caixa Geral de Aposentações reconhece que "embora a justificação da falta à junta médica marcada para 2001.12.28 não conste do processo, admite-se que tal facto tenha resultado de extravio (...) pelo que se considera justificada essa falta (...)".

Face a esta comunicação, solicitou a Provedoria de Justiça novos esclarecimentos à entidade visada sobre o andamento do processo disciplinar.

Por ofício de 12 de Junho, veio a Direcção-Geral de Viação informar que "face à comunicação da Caixa Geral de Aposentações, e por despacho de 13 de Maio de 2003, foi determinado que o processo disciplinar fosse remetido à instrutora para os efeitos tidos por convenientes e revogado o despacho de 20 de Junho de 2002, na parte em que determinou que as faltas dadas a partir de 28 de Dezembro de 2001 fossem consideradas como injustificadas, com a consequente obrigatoriedade do funcionário repor todas as remunerações indevidamente recebidas. Assim, e atendendo a que o despacho revogatório foi proferido em 13 de Maio de 2003, só agora se encontra a ser regularizada a situação remuneratória do funcionário. O procedimento disciplinar aguarda decisão posterior".

Face ao teor deste ofício, parece-nos que a situação que esteve na origem da reclamação apresentada na Provedoria de Justiça estará ultrapassada ou em vias de ser, em breve, ultrapassada. Porém, não deixa de merecer censura, a falta de cuidado que pautou a actuação da Administração em toda esta situação.

Assim, a Direcção-Geral de Viação instaurou um processo disciplinar a um funcionário seu por, alegadamente, ter faltado a uma junta médica marcada para 26 de Junho de 2001. Porém, o funcionário havia justificado, em tempo, a falta. Aliás, estranha-se o facto de a Caixa Geral de Aposentações e a Direcção-Geral de Viação não terem detectado a justificação da falta à junta médica, pois em 29 de Novembro de 2001 a Caixa Geral de Aposentações notifica o Chefe do Serviço de Pessoal da Direcção-Geral de Viação da marcação de nova junta médica para o dia 28 de Dezembro de 2001.

A Caixa Geral de Aposentações veio, no decurso daquele processo disciplinar, afirmar que, afinal, a falta que não estava justificada não era a de 26 de Junho de 2001 mas a de 28 de Novembro de 2001. Perante isto, a Direcção-Geral de Viação instaurou novo processo disciplinar. Mas, afinal, também esta

falta havia sido justificada, tal como veio a ser comprovado. Nesta sucessão de "lapsos" da Administração, está o ora reclamante sem auferir qualquer remuneração há um ano.

Não compete a este Órgão de Estado pronunciar-se sobre eventual responsabilidade do Estado em situações desta natureza, mas insere-se no âmbito das competências do Provedor de Justiça chamar a atenção dos serviços competentes para a necessidade de melhorar o funcionamento dos serviços, de modo a que situações como a do ora reclamante não se repitam no futuro.

Assim, sem prejuízo do arquivamento deste processo, nos termos da alínea b) do art.º 31.º do Estatuto do Provedor de Justiça, entende este Órgão de Estado dever chamar a atenção da Direcção-Geral de Viação para a necessidade de avaliar as razões que levaram a esta situação e proceder de modo a que, no futuro, tal não venha a repetir-se.

R-816/03
Assessor: J. Castelo Branco

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Alcácer do Sal

Assunto: Acções de formação. Escolha de funcionários ou agentes para frequência das referidas acções. Publicidade. Princípio da igualdade. Igualdade de oportunidades. Princípio da imparcialidade. Leitor cobrador de consumos. Departamento de Obras Municipais/Serviços Urbanos (DOMSU).

Considerando o conteúdo do ofício subscrito por V. Exa. recebido neste Órgão do Estado em 04 de Julho de 2003, cujo envio se agradece, há que notar o facto de nele se afirmar expressamente, na parte final, que *"esta formação não constituirá elemento de discriminação para efeitos de promoção ou carreiras"*

manifestando-se, também, um desígnio de *"empenhamento em melhorar a publicitação das acções (...)"*.

A consideração subsequente, formulada no mesmo ofício, no sentido de que "no tocante à acção de formação em causa não foi violada qualquer norma legal ou regulamentar aplicável, nem se nos afigura invocável qualquer tipo de discriminação", bem como a afirmação destacada em primeiro lugar, no parágrafo anterior, merecem alguns comentários.

A questão essencial no presente processo, não se traduz em saber se houve, ou não, discriminação, ou quebra do dever de imparcialidade na escolha *concretamente* efectuada pelo Chefe do Departamento (DOMSU), mas sim na falta de publicidade dada à acção de formação e na impossibilidade de saber, por absoluta falta de indicação de critérios e de intervenção dos outros dois funcionários potencialmente interessados, se a escolha efectuada foi feita no respeito por parâmetros de igualdade exigidos por lei, ou baseada em critérios subjectivos que são, como se disse, muito susceptíveis de permitir a parcialidade e, consequentemente, a desigualdade.

Efectivamente, o procedimento adoptado com a falta de comunicação a um universo de três funcionários do serviço de leitura e cobrança de consumos, potenciais interessados na acção de formação possuidora de características inovatórias *("iniciativa experimental de leitura informática de contadores de água de uma pequena localidade*", segundo o vosso ofício de 12 de Março de 2003) é, por incompreensível, gerador de dúvidas sobre a sua motivação.

Essas dúvidas mais se adensam se considerarmos que a escolha para a formação nessa área, com características inovatórias e de actualização tecnológica, recaiu sobre o funcionário com menos antiguidade e menores habilitações, relativamente às suas colegas preteridas.

Estes factos não carecem de alegação e prova, porque são conhecidos do serviço e notórios. Como escrevem Santos Botelho, Pires Esteves e Cândido de Pinho, em anotação ao artigo 6.º do

CPA (cfr. Código de Procedimento Administrativo, Livraria Almedina, Coimbra, 1996, 3ª ed., pag. 85, notas 4. e 5.) "O princípio da imparcialidade (...) decorre do princípio da igualdade" e constitui "outro dos princípios fundamentais que a Administração deve acatar e que *igualmente constitui um limite interno à discricionariedade*".

Este limite interno à discricionariedade adquire importância particular naquelas áreas em que, por ausência de regulamentação procedimental específica e detalhada, maior é a tendência para a aplicação e invocação de critérios subjectivos, como foi feito, aliás, quanto à "subjectividade da escolha", no primeiro ofício acima referido e subscrito por V. Exa.

Mas é evidente que a regulamentação existe, *inter alia* nos artigos 5,º e 6.º do CPA, que transpõem para a lei ordinária comandos constitucionais, pelo que não se podem qualificar como legais procedimentos administrativos que permitam a mera dúvida sobre a actuação da Administração relativamente a qualquer dos princípios a que as normas indicadas se referem.

Como se diz no acórdão do Tribunal Central Administrativo, datado de 18-10-2001, proferido no Proc.º 2212/98, de que foi relator o Conselheiro Cândido de Pinho, "I - A imparcialidade constitui um limite interno à actividade discricionária da Administração. II- O princípio da imparcialidade visa alcançar uma actuação isenta, objectiva, neutral, independente, sem favoritismos, nem privilégios, sem perseguições e, em suma, sem a representação de factores de ponderação diferentes daqueles que formam o núcleo do interesse juridicamente protegido. (...)".

O que está em causa relativamente à aplicação destes princípios é *"a lesão meramente potencial do interesse do particular"* [139], ou *in casu*, dos funcionários.

---

[139] Cfr. Acórdão do TCA, de 21-10-99, proferido no Proc.º 2717/99 (Rel. Desembargador A. S. Pedro).

Efectivamente, "1. O princípio da justiça e imparcialidade da actividade administrativa, quando aplicado ao procedimento administrativo, (art.ºs 266º. 2 da CRP; 6º do CPA e art. 5º, n.º 1. al. d) do Decreto-Lei n.º 498/88, de 30/12) é um princípio autónomo, cuja violação gera um vício de procedimento por este não oferecer as garantias de justiça e imparcialidade impostas por lei. *Este vício de procedimento torna inválido o acto final, mesmo que se demonstre que esta decisão (o acto administrativo) foi imparcialmente proferido, uma vez que o elemento constitutivo do respectivo ilícito, neste vício de procedimento, é a lesão meramente potencial do interesse do particular. (...).*" [140]

Analisado o processo e os elementos que foi possível carrear para o mesmo, releva o empenho manifestado na publicitação das acções,[141] de molde a evitar potenciais lesões futuras, colocando os procedimentos em conformidade com a lei não se tornando possível saber se houve decisão imparcialmente proferida.

Assim, ao abrigo da alínea b), segmento final, do artigo 31.º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, determinei, nesta data, o arquivamento do processo, sem prejuízo, não obstante, da formulação do reparo que se deixa exposto, ao abrigo do estabelecido no artigo 33.º do mesmo diploma legal.

---

[140] Sumário do Acórdão referido na nota 1. Itálico nosso.

[141] Dizer-se, por outro lado, como é feito no ofício de 01-07-2003, que "esta formação não constituirá elemento de discriminação para efeito de promoção ou carreiras" é completamente irrelevante, por se tratar de matéria que não está na disponibilidade de quem o afirma e porque o curso ficará, de qualquer forma a constar do *curriculum* do funcionário escolhido; assim, há a reter desta afirmação, apenas um reforço da já constante do ofício de 12-03-2003, no sentido de que não se pretende, ou não se tem em vista, que a frequência do curso sirva como elemento de promoção ou definição de qualquer privilégio a atribuir ao referido funcionário.

R-1256/03
Assessor: Ana Neves

Entidade visada: Comandante-Geral da Guarda Nacional Republicana
Assunto: Despachos n.ºs 63/2002 e 64/2002. Colocações por imposição. Reclamação. Efeito suspensivo.

1. Vinte e nove militares da Guarda Nacional Republicana solicitaram a intervenção do Provedor de Justiça por alegadamente ter sido desatendido o efeito suspensivo associado às reclamações por si deduzidas dos despachos n.ºs 63 e 64 exarados por V. Ex.a em 15 de Novembro de 2002 e bem assim por invocada falta de fundamento legal dos mesmos.

2. Analisada o teor da queixa apresentada, os documentos que a instruíram e bem assim os esclarecimentos e documentos disponibilizados por V. Ex.a, remetidos a coberto de ofícios do Gabinete do Senhor Ministro da Administração Interna, verifica-se:

a) Em 12 de Novembro de 2002, foram proferidos, pelo Comandante da Brigada de Trânsito, despachos individualizados de proposta de «transferência» relativamente a 143 militares da GNR;

b) Os citados despachos fundamentam a «transferência» no deficiente desempenho de tais militares, designadamente, invoca-se o apego à rotina, a evidência de "uma certa inadaptação à função de técnico especialista de trânsito", a adopção de "comportamento pouco cortês e pouco correcto para com os cidadãos automobilistas", "níveis de produtividade muito baixos", "fraca qualidade" do serviço e dificuldades de relacionamento interpessoal, que, nalguns casos, se traduz em atritos que não atingem "contudo o limiar da alçada disciplinar";

c) Em 15 de Novembro, V. Ex.a proferiu os Despachos n.ºs 63/2002 e 64/2002.

Pelos mesmos determinou que os militares neles identificados, com períodos de permanência na Brigada de Trânsito superiores a oito ou a três ou mais anos e menos de oito anos, fossem transferidos da Brigada de Trânsito para localidade diversa daquela onde "vinham prestando serviço";

d) Tais despachos apelam, na sua fundamentação, ao tempo de permanência na Brigada de Trânsito e subsumem a situação, sem qualquer outra concretização - à excepção, no caso do segundo, de que "não há interesse para o serviço" na respectiva permanência - aos artigos 57.º e 59.º, n.º 1, do Estatuto dos Militares da Guarda Nacional Republicana (Decreto-Lei n.º 265/98, de 31 de Julho);

e) Foram transmitidos via fax para as diversas unidades da Brigada de Trânsito.

f) Segundo indicação contida nos textos dos respectivos faxes, aqueles despachos eram "para execução imediata", com a consequente passagem de "guia de marcha para apresentação na unidade de destino aos militares", os quais deveriam entregar quer "todo o material da BT que lhes está distribuído"quer "a credencial BT";

g) Os Despachos de 12 de Novembro de 2002 (supra alínea b)) não foram notificados aos interessados contemporaneamente com os Despachos n.ºs 63/2002 e 64/2002;

h) Proferiu V. Ex.a ainda o Despacho n.º 29-A/2002-OG, de 15 de Novembro de 2002, pelo qual determinou a colocação do Soldado de Cavalaria n.º ..., "a prestar serviço na Brigada de Transito" na Brigada Territorial n.º 3, "na medida do possível e das vagas existentes ... para a Subunidade mais próxima do local onde [então] ... presta[va] serviço". Esta «transferência» foi explicada como tendo por base "comportamentos e conhecimentos técnico-profissionais inadequados face à missão atribuída, os quais não sejam considerados como ilícitos disciplinares e/ou criminais" e faz apelo ao artigo 59.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 265/98;

i) Segundo gravação de entrevista à estação de televisão TVI, junta à queixa apresentada, o Senhor Comandante-Geral da GNR, questionado sobre se as «transferências» em causa, em concreto tinham a ver "com estes casos de corrupção e limpeza", noticiados pelos meios de comunicação, respondeu que "têm alguma coisa a ver com isso, senão não teria sido feito agora nem nestas circunstâncias" e bem assim solicitado a esclarecer por que razão a «transferência» se dirigia não a todos os militares da GNR a exercer funções na Brigada de Trânsito há mais de oito anos, respondeu que a transferência era motivada "se calhar [por] alguma perda de aptidão", "de aptidão para levarem a efeito determinado tipo de serviços, mais nada", referindo também que "se fosse de confiança não iam mudar de Brigada para o Dispositivo Territorial da Guarda";

j) Dos Despachos n.ºs 63/2002 e 64/2002 foram deduzidas reclamações por alguns dos militares visados;

k) Nos respectivos requerimentos de reclamação é destacado o seu efeito suspensivo daqueles despachos e é requerido o regresso imediato à anterior unidade territorial;

l) Em 2 de Janeiro de 2003, foi dirigido ao Senhor Ministro da Administração Interna requerimento especificamente nesse sentido;

m) Informou V. Ex.a, em 3 de Junho de 2003 (via Gabinete do Ministro da Administração Interna), não ter sido reconhecida eficácia suspensiva à apresentação das reclamações por "o autor do acto (Ex.mo GCG) [ter] entend[ido] que tal suspensão causaria um grave prejuízo ao interesse público" e que a não ter sido arredado o efeito suspensivo das reclamações como o foi, "toda a comunidade poderia vir a ser prejudicada" (*cfr.* respectivos pontos 3 a 7);

n) Por Despacho de 13 de Fevereiro de 2003, V. Ex.a decidiu as citadas reclamações. Sustentou que a fundamentação dos Despachos n.ºs 63/2002 e 64/2002 é a contida nos mesmos e bem assim a constante dos "Despachos do Ex.mo Comandante da Brigada de Trânsito" (alíneas a) e b) supra) e que nele não estão

em causa "comportamentos susceptíveis de desencadear procedimentos disciplinares, mas tão somente apontam para o desinteresse demonstrado pelos militares em adquirir novos conhecimentos, fraca qualidade do trabalho desenvolvido, carência de bases essenciais para o desempenho da função de adaptação à legislação técnica, resistência à mudança, dificuldade demonstrada em ultrapassar a rotina, baixos níveis de produtividade, fraca dedicação ao serviço e motivação praticamente inexistente". Invoca ainda que a escala prevista no artigo 59.º do Decreto-Lei n.º 265/93, de 31 de Julho, é consubstanciada pela "relação de militares apresentada pelo Ex.mo Comandante da Brigada de Trânsito", sendo o "desempenho demonstrado pelos militares ... o critério que presidiu à elaboração da mesma".

Em face do exposto, impõe-se analisar o duplo aspecto da queixa acima referenciada.

3. O artigo 163.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo atribui à reclamação de acto administrativo de que não caiba recurso contencioso efeito suspensivo. Admite, porém, que o autor do acto afaste tal efeito quando "considere que a sua não execução imediata causa grave prejuízo ao interesse público".

Os actos relativos às colocações por imposição em análise não fazem referência à paralisação do efeito suspensivo das reclamações deduzidas. Não há, por outro lado, notícia de que tenha sobrevindo acto fundamentado dirigido a suster tal efeito por daí advir "grave prejuízo ao interesse público".

O ofício de 3 de Junho, que dirigiu a Sua Excelência o Ministro da Administração Interna, confirma a não suspensão dos referidos actos e informa que "tal suspensão causaria um grave prejuízo ao interesse público (...) uma vez que se tal não acontecesse toda a comunidade poderia vir a ser prejudicada" (pontos 3 e 7). Para além do carácter rarefeito desta fundamentação face aos respectivos requisitos legais (artigo 125.º do Código do Procedimento Administrativo), a invocação da excepção ao efeito suspensivo não é contextualizada temporal e

formalmente (*v. g.*, identificação do acto que se opôs de forma identificável e concreta - *maxime*, expôs os pertinentes fundamentos de facto - ao efeito suspensivo).

Não está, pois, demonstrado nem a intercorrência de decisão dirigida à paralisação do efeito suspensivo nem que estivessem reunidas as condições para a mesma.

Tal «omissão», na medida em que preclude – sem fundamentação – o efeito suspensivo associado à impugnação, afecta a validade do respectivo acto, segundo alguns, mesmo com o desvalor da nulidade (Esteves de Oliveira e outros, Código do Procedimento Administrativo Comentado, pp. 590 e 764).

4. A colocação de militares, de harmonia com o disposto na lei, pode ser de quatro tipos: por escolha, oferecimento, imposição de serviço ou motivo disciplinar.

As três primeiras correspondem a «colocações funcionais», no sentido em que procuram o ajustamento dos militares aos cargos ou funções (artigos 55.º e 56.º do Decreto-Lei n.º 265/93, de 31 de Julho).

A colocação por imposição processa-se ou "por escala" – na qual "são inscritos os militares que satisfaçam os requisitos técnicos e profissionais exigidos para o exercício de determinados cargos ou funções" (n.º 2 do artigo 57.º do Decreto-Lei n.º 265/93) e tem em vista exercício de determinado cargo, função própria do posto" - "ou por motivos cautelares" (n.º 1 do citado artigo 57.º do Decreto-Lei n.º 265/93).

Concretizam as "NEP/GNR – 1.14, Normas de colocação dos militares do QP/GNR e das FA em comissão de serviço", aprovadas por despacho de 18 de Maio de 1999, do Comandante-Geral da GNR, que a primeira tem por finalidade "[p]rover vagas de uma forma equilibrada em todas as Unidades e Órgãos da Guarda" e "[s]atisfazer condições de promoção" (ponto 7, alíneas a) a e)).

A colocação por imposição relativa a "motivos cautelares" (parte final do n.º 1 do artigo 57.º em referência), pode "ter lugar a todo o momento, mediante proposta devidamente fundamentada

do Comandante de Unidade ou por iniciativa e decisão fundamentada do Comandante-Geral, quando entre Unidades" e tem por finalidade "subtrair ao meio local os militares cuja permanência acarreta prejuízo para os próprios e/ou para o serviço ou a imagem da Guarda" ("NEP/GNR – 1.14", ponto 7, alíneas a) e e)).

Esta colocação não se confunde com a "transferência preventiva" prevista no artigo 88.º, n.º 1, alínea c), e n.º 4 do artigo 89.º da Lei n.º 145/99, de 1 de Setembro (que aprova o "Regulamento de Disciplina da Guarda Nacional Republicana"). A "transferência preventiva" é uma medida provisória aplicável a arguido em processo disciplinar, "pela entidade que tiver mandado instaurar o processo", nos casos em que a sua presença "na área onde os factos estão a ser investigados seja prejudicial às diligências instrutórias ou incompatível com o decoro, a disciplina ou a boa ordem do serviço" (artigo 89.º n.º 4, do citado Regulamento).

A colocação "por motivos cautelares" do artigo 57.º do Decreto-Lei n.º 265/93, de 31 de Julho, reporta-se à mudança de local e ou posto de trabalho do militar em situações nas quais a salvaguarda do adequado funcionamento do serviço justifica a prevenção da sua eventual perturbação ou aconselha, de forma prudente, para assegurar, a recolocação funcional dos respectivos profissionais.

O artigo 59.º do Decreto-Lei n.º 265/93, de 31 de Julho, sob a epígrafe «Normas de colocação», estabelece que a "colocação nas unidades especiais, em princípio, não deve ser inferior a três anos nem superior a oito anos" (n.º 1) e remete a definição de demais regras de colocação para despacho do comandante-geral (n.º 2).

4.1. Os Despachos n.ºs 63/2002 e 64/2002, determinativos das colocações por imposição, apelam, por um lado, ao tempo de permanência dos militares na Brigada de Trânsito e o segundo, por outro lado, ao facto de não haver "interesse para o serviço em os manter". Qualificam-nas como uma colocação por imposição (artigo 57.º do Decreto-Lei n.º 265/93, de 31 de Julho) e como

correspondentes à aplicação da norma de colocação do n.º 1 do artigo 59.º do Decreto-Lei n.º 265/93, de 31 de Julho.

A fundamentação de tais despachos revela-se insuficiente e não é isenta de contradições.

A invocação do n.º 1 do artigo 57.º importava a demonstração de uma de duas situações:

a) que as colocações se efectuavam por escala e que havia, não uma situação de desajustamento funcional a corrigir, mas antes a procura do melhor "aproveitamento da capacidade profissional" dos militares abrangidos, no pressuposto do preenchimentos pelos militares dos "requisitos técnicos e profissionais exigidos para o exercício de determinados cargos ou funções" (artigo 57.º, n.º 2, e artigo 53.º, alínea c), do Decreto-Lei n.º 265/93, de 31 de Julho);

b) que as colocações tinham motivações cautelares.

Ora, como visto, nenhuma das duas alternativas é como tal nomeada e justificada.

Por outro lado, a norma do n.º 1 do artigo 59.º do Decreto-Lei n.º 265/93, de 31 de Julho, segundo a qual, em princípio, a colocação nas unidades especiais não deve ser inferior a três anos nem superior a oito anos, não é uma norma que «se baste a si própria», no que toca à possibilidade de justificar uma dada colocação. Teria que ser acompanhada, no caso, da demonstração de um dos fundamentos do n.º 1 do artigo 57.º do Decreto-Lei n.º 265/93 (cfr. todo o Capítulo V do Título I do diploma, em particular os artigos 53.º, 54.º e 59.º).

Dir-se-á que a insuficiente fundamentação é suprível pelos Despachos de proposta de transferência do Senhor Comandante da Brigada de Trânsito, de 12 de Novembro de 2002, que elencam razões de «desajustamento funcional» dos militares transferidos ao trabalho na Brigada de Trânsito. O argumento não procede porque:

a) o teor desses despachos não é tomado ou invocado em momento relevante pelos despachos do Comandante-Geral da Guarda Nacional Republicana;

b) não servem a densificação da colocação por escala, porque esta pressupõe a graduação de mérito ou o "aproveitamento da capacidade profissional" e aqueles apelam à falta de capacidade profissional dos militares transferidos. Com efeito, de acordo com o n.º 2 do artigo 57.º estabelece que nela(s) apenas são inscritos os militares que "*satisfaçam* os requisitos técnicos e profissionais *exigidos*" (sublinhado nosso), o que não se verifica com a "relação de militares apresentada pelo Ex.mo Cmdt. da BT", que discriminadamente diz que não os preenchem.

4.2. Acresce referir que o ofício de V. Exa., de 3 de Junho, aponta uma nova justificação relativamente à invocada nos Despachos n.ºs 63/2002 e 64/2002, a de que tais colocações se prendem com "grandes dificuldades relacionadas com acentuadas carências de pessoal nas Unidades Territoriais" que têm "vindo a dificultar o normal desenvolvimento da missão confiada à GNR" (ponto 5).

As declarações televisivas objecto de transcrição no processo deixam entrever que as colocações resultaram de "motivos cautelares", que se prenderão com a pública notícia da constituição objectiva (factual) como arguido de um número significativo de militares da Brigada de Trânsito em processos crimes por factos praticados no exercício das suas funções e por causa desse exercício e, por outro lado, com a eventual necessidade de procurar recuperar ou evitar a perda de confiança ou crédito do público na acção da Brigada de Trânsito. Isto não significa que suficientemente se indicie que tais colocações tiveram motivações disciplinares. Com efeito, as circunstâncias que presidiram à tomada das decisões em análise não tinham que ter necessariamente um reverso disciplinar, ora porque não existisse materialidade bastante que justificasse a instauração de procedimentos disciplinares, ora porque não se impunha qualquer juízo nesse sentido, desde logo, por falta de conhecimento dos factos indiciados nos referidos processos-crime.

E, não obstante, poderia ter justificação a tomada de medidas de reorganização dos recursos humanos da Brigada de

Trânsito que acautelassem o desempenho credível e a consequente confiança, atenta o grau e o carácter difuso de afectação que para os mesmos decorria dos referidos processos e do relato público (via meios de comunicação) de alegadas situações concretas.

5. Tudo ponderado, conclui-se que, quer os despachos de colocação por imposição, quer a alegada oposição ao efeito suspensivo das reclamações deduzidas carecem de fundamentação suficiente e adequada, sendo que os pressupostos para uma "colocação por escala" não estavam reunidos.

Nesta medida, impõe-se fazer uma chamada de atenção à forma como foram promovidas as referidas colocações por imposição.

R-1368/03
Assessor: Ana Neves

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Soure
Assunto: Reclassificação de funcionários em cargos e categorias de chefia.

I

1. Por despachos de 15 de Fevereiro de 2001 (publicados no DR., III Série, n.º 78, de 2 de Abril de 2001, pp. 7211 e 7212), V. Ex.a reclassificou, fundando-se no artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 497/99, de 19 de Novembro, os seguintes funcionários da Câmara Municipal a que preside:

a) o chefe de secção Sr. A., no cargo de chefe da Repartição Financeira;

b) a assistente administrativa principal Sra. B no cargo de chefe da Secção de Protocolos e Relações Públicas;

c) o assistente administrativo Sr. C como chefe da Secção de Aprovisionamentos;

d) o motorista de transportes colectivos Sr. D como encarregado de movimento (chefe de tráfego);

e) o condutor de máquinas pesadas e veículos Sr. E como encarregado do grupo de pessoal operário qualificado;

f) o encarregado Sr. F como encarregado geral do grupo de operário qualificado; e

g) o mecânico Sr. G como encarregado de parques de máquinas e viaturas automóveis do grupo de pessoal auxiliar.

2. Solicitado a concretizar, relativamente a cada um destes funcionários, o preenchimento das condições de que o citado artigo 15.º faz depender a reclassificação e a esclarecer o facto de ter ocorrido em «cargos e categorias de chefia», nas quais o n.º 1 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 497/99, de 19 de Novembro, veda a reclassificação, V. Exa. remeteu cópia dos correspondentes despachos e bem como parecer jurídico que sustenta a sua não aplicação à reclassificação obrigatória.

3. Analisados os documentos remetidos, apura-se:

a) O despacho de reclassificação do chefe de secção Sr. A não faz qualquer menção às condições de cuja reunião cumulativa está dependente. Não contém mais do que a indicação genérica de que vinha «a assegurar, na directa dependência do Senhor Presidente da Câmara Municipal e do Director de Departamento de Administração Geral e Finanças, Senhor ..., os serviços relacionados e integrados na Repartição Financeira» (§ 1 do despacho);

b) Do despacho que reclassificou a Sra. B como chefe da Secção de Protocolos e Relações Públicas resulta que tem a categoria de assistente administrativa principal e que desempenhava, «há mais de um ano, as funções de coordenação no serviço de Protocolos e Relações Públicas», directamente dependente do Presidente da Câmara. Decorre também que esta secção não existia à data, pois aí se diz que estava apenas ainda «inserida no novo Quadro *p*roposto para alteração da estrutura dos Serviços Municipais da Câmara Municipal de Soure» (§ 3 – sublinhado nosso; o mesmo não figura no organigrama da Câmara

Municipal de Soure, de acordo com o Regulamento publicado por aviso no Diário da República, II Série, n.º 145, de 25 de Junho de 1996, 3.º Suplemento, pp. 8468 – 170, 8468-174 e 8468-187);

c) Sr. C, com a categoria de assistente administrativo, foi reclassificado como chefe da Secção de Aprovisionamento. Exercia, de acordo com o § 2 do despacho de reclassificação, «funções com responsabilidade de chefia na Secção de Aprovisionamento desde 26.05.98»;

d) Sr. D provido na categoria de motorista de transportes colectivos foi reclassificado na categoria de encarregado de movimento (chefe de tráfego);

Segundo o despacho respectivo vinha desempenhado «funções de supervisão e controlo do pessoal do Serviço de Transporte e Máquinas, inclusive, no seu relacionamento com a manutenção das viaturas e o supervisionamento das diversas máquinas e viaturas do município, atendendo à sua afectação às diversas actividades e serviços desenvolvidos pela câmara municipal, nomeadamente no que se relaciona aos transportes escolares, à utilização das máquinas e viaturas, em suma, em tudo o que se relaciona com a coordenação e utilização das máquinas e viaturas do parque móvel» (§ 3);

e) Quanto ao funcionário Sr. E, condutor de máquinas pesadas e veículos especiais, diz o despacho que «passou a acumular há mais de dois anos, por exigência de serviço, as funções inerentes à categoria de que é titular com as funções de Encarregado de Pessoal Operário Qualificado dos Serviços Externos, por ser o que reúne melhor perfil para as funções que se pretende assegurar». Aduz-se ser levada em linha de conta «a sua postura de colaboração com os serviços, norteado sempre por uma vontade expontânea de bem servir, a qual tem contribuído, de forma significativa, para a melhoria de aspectos fundamentais da nossa crescente actividade, ajudando a responder com eficácia às maiores exigências e complexidades com que actualmente nos confrontamos» (§ 4);

f) O mesmo é alegado relativamente ao encarregado Sr.F, reclassificado como encarregado geral do grupo de pessoal operário. É feito apelo «às necessidades prementes dos serviços» e destacado que desenvolvia «a título operativo, há mais de um ano, em parceria com os Senhores X e Z, as funções de Encarregado Geral» (§§ 4 a 6);

g) O mecânico (grupo de pessoal operário) Sr. G vinha exercendo, «há mais de um ano, em parceria com o Senhor J, as funções de Encarregado de Parques de Máquinas e Viaturas Automóveis».

4. Do exposto, extrai-se que:

a) O exercício de funções em alegado desajustamento funcional não é delimitado temporalmente, no seu início, salvo quanto à situação do funcionário C (cfr. alíneas do ponto 3 que antecede);

b) esse exercício não é caracterizado, mas apenas de forma genérica e vaga invocado;

c) a reclassificação de Sra. B fez-se para secção formalmente não existente (alínea b) do ponto 3, supra)[142];

d) foram reclassificados funcionários que não se incluem nas áreas de recrutamento para os respectivos cargos e categorias (quanto às alíneas b) e c) do ponto 3, *cfr.* artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 412-A/98, de 30 de Dezembro; em relação à alínea d), o artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 247/87, de 17 de Junho; à alínea e), cfr. o artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 404-A/89, de 18 de Dezembro; e quanto à alínea g), cf*r.* artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18 de Dezembro);

---

[142].Esta reclassificação convoca os parâmetros do artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 466/79, de 7 de Dezembro, que estabelece depender a criação do lugar de chefe de secção da existência de «unidade orgânica com área de actuação devidamente definida» e pressupor a «directa dependência hierárquico-funcional» de, pelo menos 4 funcionários da carreira de assistente administrativo (o preceito do artigo 15.º não ficou prejudicado pelo Decreto-Lei n.º 247/87, de 17 de Junho, *maxime,* pelo artigo 65.º, alínea a), deste diploma, nem pelo Decreto-Lei n.º 412-A/98, de 30 de Dezembro, designadamente, pelo artigo 25.º, alínea c)).

e) as reclassificações dos funcionários B, C, D e G redundaram em promoções *per saltum*, destacando-se, em particular, o caso do funcionário ... que da base da carreira (assistente administrativo) foi promovido ao cargo de topo da mesma[143];

f) o exercício em acumulação, pelo funcionário E, de funções fora da carreira de inserção face as que lhe são próprias não é caracterizado (na sua expressão quantitativa e qualitativa);

g) o preenchimento dos requisitos habilitacionais e profissionais não está demonstrado;

h) as situações concretas revelam igualmente uma menor atenção às regras que disciplinam o exercício de funções em regime de substituição (seja no tocante à sequência pela qual deve ordenar-se, seja no que se refere aos prazos de duração e à necessidade de provimento regular dos respectivos cargos - artigo 28.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 466/79, de 7 de Dezembro, na redacção que àquele artigo foi dado pelo Decreto-Lei n.º 406/82, de 27 de Setembro, e artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 514/99, de 24 de Novembro).

5. Os despachos em referência convocam o artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 497/99, de 19 de Novembro, conjugado com os artigos 1.º, 2.º e 6.º do Decreto-Lei n.º 218/2000, de 9 de Setembro, como fundamento jurídico. Vejamos.

O artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 497/99, de 19 de Novembro, estabelece que os serviços e organismos abrangidos no seu âmbito de aplicação procederão, no prazo de 180 dias a contar da data da sua entrada em vigor, à reclassificação obrigatória dos funcionários que vinham exercendo «funções correspondentes a carreira distinta daquela em que estão integrados» conquanto preenchessem, de forma cumulativa, quatro condições, a saber: exercessem funções de carreira diversa há mais de um ano,

---

[143].E teve um acréscimo salarial que variou entre o intervalo de mais 140 e mais 90 pontos indiciários, em função do posicionamento remuneratório que tivesse na categoria de assistente administrativo (cfr. a escala salarial desta e a do chefe de secção).

possuíssem os requisitos habilitacionais e os requisitos profissionais exigidos pela lei para o provimento na nova carreira, as funções que vinham desempenhando correspondessem a necessidades permanentes do serviço e existisse disponibilidade orçamental para a reclassificação.

O Decreto-Lei n.º 218/2000, de 9 de Setembro, aplica à Administração Local o Decreto- Lei n.º 497/99, em concretização do seu artigo 2.º, n.º 3 (artigo 1.º). O artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 218/2000 elenca as situações que podem dar lugar à reclassificação, as quais seguem de perto as indicadas no artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 497/99.

O artigo 6.º do mesmo diploma determina que o prazo de 180 dias, previsto no artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 497/99, se conta a partir da data da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 218/2000, de 9 de Setembro.

6. Em face da proibição do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 497/99, de 18 de Novembro, a Câmara a que V. Ex.a preside solicitou parecer jurídico sobre o «alcance do conceito de chefia constante do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 497/99» e sobre «o momento a partir do qual se deve considerar aplicável a proibição enunciada pelo referido artigo 5.º».

Concluiu o parecer solicitado (de Paulo Veiga e Moura, pp. 12 e 13) que, de entre as categorias relativamente às quais equacionava, então, a autarquia a reclassificação (cfr. ponto 1 supra), somente «a categoria de encarregado de parques de máquinas e viaturas automóveis não é qualificada pelo legislador como sendo de chefia, pelo que relativamente a essa reclassificação não se coloca a questão da violação do art.º 5.º do DL 497/99, não padecendo, nessa medida, de qualquer nulidade».

Mais concluiu que a proibição do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 497/99, de 19 de Novembro, só é aplicável às reclassificações posteriores ao termo do prazo previsto para a reclassificação obrigatória. A afirmação desta conclusão assenta na apresentação das seguintes premissas.

O diploma organiza-se sistematicamente em quatro capítulos, os três primeiros destinados à «reclassificação e reconversão profissionais em geral» e «voltados para o futuro» e o último capítulo, constituído por três (na verdade quatro) preceitos, o qual pretende «resolver situações já constituídas à data da entrada em vigor do diploma e que se caracterizam pelo exercício de funções não correspondentes à categoria detida pelo funcionário» (pp. 5 e 6). O «*capítulo IV* – invoca – é *todo* voltado para regularizar situações constituídas no passado», pelo que sempre que «ocorra tal desajustamento, ainda que seja para categorias de chefia», haverá lugar para a reclassificação (pp. 6, 12 e 13 – sublinhado nosso).

II

1. Como vimos (pontos 3 e 4 supra), as condições e requisitos previstos na lei, relativamente à reclassificação dos funcionários acima identificados (ponto 1), ou não estão preenchidos, ou não estão demonstrados.

2. Sem prejuízo, precedentemente tais as reclassificações estão vedadas pela lei, porque estão em causa «cargos e categorias de chefia» e porque da proibição legal de reclassificação nestes não está isenta a reclassificação obrigatória (sem que proceda a interpretação constante do parecer que as suportam).

2.1. O artigo 5.º dirige-se aos «cargos de chefia» e às «categorias de chefia».

Os cargos de chefe de repartição e de chefe de secção são cargos (não integrados em carreira) de chefia administrativa. O encarregado geral e o encarregado são cargos de chefia do pessoal operário e do pessoal auxiliar, integrantes, à data dos despachos de reclassificação, de uma carreira, constituindo uma sua categoria. Estas qualificações decorrem de forma clara da lei.

O anexo ao Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18 de Dezembro, apresenta expressamente o chefe de secção como cargo de chefia do grupo de pessoal administrativo, qualificação que está também

demonstrada no Parecer n.º 131/1994, do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República (*www.pgr.pt*, N.º convencional PGR00000649). O anexo I ao Decreto-Lei n.º 466/79, de 7 de Dezembro, elenca o chefe de repartição no grupo de «pessoal dirigente e de chefia», assim como o quadro de pessoal da Câmara Municipal de Soure, inserto na parte final do regulamento de «Reestruturação orgânica dos serviços municipais e alteração do quadro de pessoal» citado, p. 8468-(187). Com efeito, o chefe de repartição «organiza, *chefia* e coordena um conjunto de actividades instrumentais de carácter administrativo» (*cfr.* o ponto 2 do Despacho n.º 10 688/99, publicado no DR., II Série, n.º 126, de 31 de Maio de 1999, p. 8029 - sublinhado nosso).

No que se refere ao encarregado geral e ao encarregado do grupo de pessoal operário, o artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18 de Dezembro (aplicável *ex vi* artigo 1.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 412-A/98) qualifica-os como «chefia do pessoal operário», para além de estabelecer «regras de densidade», limitando a sua criação. Cfr. o preceito que, pela sua clareza, se transcreve.

«Artigo 16.º

(Lugares de chefia do pessoal operário)

1- O número de lugares correspondentes às *categorias de chefia do pessoal operário* fica condicionado às seguintes regras de densidade:

a) Só poderá ser criado um lugar de *encarregado geral* quando se verifique a necessidade de coordenar, pelo menos, três encarregados do respectivo sector de actividade;

b) Só poderá ser criado um lugar de *encarregado* quando se verifique a necessidade de dirigir e controlar pelo menos 20 profissionais das carreiras de operário qualificado e semiqualificado.

(...)» - sublinhados nossos.

Com o Decreto-Lei n.º 149/2002, de 21 de Maio, tais cargos[144] deixaram de estar inseridos em carreira: de categorias de chefia passaram a ser «cargos de chefia operária *não integrados em carreira*» (§ 1 do preâmbulo - itálico nosso – e artigo 1.º: «O presente Decreto-Lei extingue os cargos de encarregado e de encarregado geral da carreira de operário qualificado e cria os cargos de chefia do pessoal operário»).

Aos encarregado geral e encarregado «compete exercer funções de direcção, organização, coordenação e controlo do pessoal operário altamente qualificado e qualificado, nos serviços e organismos abrangidos pelo âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18 de Dezembro, alterado pela Lei n.º 49/99, de 11 de Junho» (artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 149/2002, de 21 de Maio).

O encarregado é também categoria de chefia do grupo de pessoal auxiliar, seja o encarregado de parques de máquinas, o encarregado de parques de viaturas automóveis ou de transportes ou o encarregado de movimento (chefe de tráfego). A análise dos Anexos III e III-A do Decreto-Lei n.º 412-A/98, de 30 de Dezembro (pp. 7304-(6) e 7304-(9)), revela-o. Atente-se que o encarregado de movimentos (chefe de tráfego) figura nas respectivas escalas salariais, ora, no grupo de pessoal de chefia, ora no grupo de pessoal auxiliar (respectivamente, Anexo III e Anexo III-A). Quer a este quer ao encarregado de parques de máquinas, de parques de viaturas automóveis cabem funções de supervisão, coordenação, controlo e a responsabilidade pela gestão nas respectivas áreas de actividade. Concretamente o primeiro «supervisiona e controla o pessoal do sector de transportes e máquinas, que inclui a oficina de mecânica de leituras; é responsável pela afectação dos funcionários que supervisiona às diversas máquinas e viaturas do município; coordena os

---

[144].A noção de «cargo» em si reporta-se a um conjunto delimitado de funções (Marcello Caetano, Manual de Direito Administrativo, Coimbra, 1980, pp. 652, 653 e 759), por categoria, carreira ou independentemente destas.

transportes dos alunos,...; providencia a requisição do material necessário ...; providencia em manter em condições de operacionalidade o parque de máquinas e viaturas ...». E ao segundo cabe coordenar a gestão do parque de máquinas e viaturas automóveis, supervisionar e orientar a actividade dos funcionários afectos à área dos transportes, «é responsável pelo cumprimento do regulamento interno e pelos bens e equipamentos adstritos à sua área» e «pode assegurar a gestão corrente do pessoal» (comparar as descrições dos conteúdos funcionais - ponto 1. a) do Desp. 29-A/92, publicado no DR., II Série, n.º 285, de 11 de Dezembro, p. 11 701, e ponto e)1) do Desp. 1/90, DR., II Série, n.º 23, de 27 de Janeiro de 1990, p. 903).

Aproveita ainda à qualificação desta categoria como de chefia a indicação constante do artigo 17.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 191-C/79, de 25 de Junho, que dispõe que «Às *funções de chefia do pessoal auxiliar* de cada organismo e serviço *corresponderá a categoria de encarregado do pessoal auxiliar*, ...» (sublinhado nosso). A consideração desta norma do citado artigo 17.º impõe-se por força do artigo 41.º do Decreto-Lei n.º 466/79, que estabelece que, salvo na medida em que disponha de modo especial (o que não faz, neste aspecto), «prevalecerá o disposto nos Decretos-Leis n.º 191-C/79, de 25 de Junho, e 191-F/79, de 26 de Junho». Esta norma do artigo 41.º não foi revogada de forma expressa, nem pelo Decreto-Lei n.º 247/87, de 17 de Junho, nem pelo Decreto-Lei n.º 412-A/98, de 30 de Dezembro, e, principalmente, no aspecto extractado não foi prejudicado pelos normativos subsequentes atinentes às carreiras, seja na «administração central»[145], seja na «administração local»[146].

---

[145] O artigo 44.º do Decreto-Lei n.º 248/85, de 15 de Julho revogou o Decreto-Lei n.º 191-C/79, de 25 de Junho, sendo, no entanto, ele próprio revogado pelo artigo 36.º, alínea b) do Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18 de Dezembro.

[146].O Decreto-Lei n.º 247/87, de 17 de Junho, revogou o Decreto-Lei n.º 466/79, de 7 de Dezembro, na «parte relativa a carreiras» (artigo 65.º, alínea a)), o que não contende com a qualificação da categoria de encarregado como de chefia do pessoal auxiliar constante do citado artigo 17.º, n.º 2. O Decreto-Lei n.º 412-A/98,

- Em suma, o chefe de repartição, o chefe de secção, o encarregado geral e o encarregado do grupo de pessoal operário e o encarregado do grupo de pessoal auxiliar, segundo se expõe, subsumem-se ao pressuposto «cargos e categorias de chefia", da norma do artigo 5.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 497/99.

2.2. A interpretação pretendida do n.º 1 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 497/99, na economia do diploma, como não aplicável à reclassificação obrigatória é desprovida de fundamento. Precise-se:

a) O Decreto-Lei n.º 497/99 organiza-se em quatro capítulos. O primeiro contém as «Disposições gerais» do diploma (artigos 1.º a 6.º), o segundo estabelece o «Regime da reclassificação e da reconversão profissionais», o terceiro versa sobre a «Reabilitação profissional» e o último tem como epígrafe «Disposições finais».

Este último é constituído por quatro artigos, a saber, o artigo 15.º com a epígrafe «Situações funcionalmente desajustadas», o artigo 16.º sobre os «Encargos» relativos à reconversão e reclassificação, o artigo 17.º sobre a relação de «Prevalência» face aos regimes especiais e o artigo 18.º sob o título «Revogação».

As «Disposições gerais» são, no Decreto-Lei n.º 497/99, de 19 de Dezembro, as normas que definem o «objecto» do diploma (artigo 1.º), o seu «âmbito» (artigo 2.º), os seus conceitos-chave de reclassificação e reconversão (artigo 3.º), as «condições de aplicação» (artigo 4.º), os «limites à reclassificação e reconversão profissionais» (artigo 5.º) e o «procedimento» (artigo 6.º).

a) 1) As disposições gerais de um diploma, salvo indicação em contrário, regem, parametrizam, enquanto tais, como é sabido, as demais normas do mesmo.

---

de 30 de Dezembro, revogou alguns preceitos do Decreto-Lei n.º 247/87, de 17 de Junho, que não aquele artigo 65.º, e o artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 466/79, de 7 de Dezembro, sem, mais uma vez, afectar a vigência do aspecto destacado no artigo 17.º, n.º 2.

A consideração do concreto conteúdo das mesmas no Decreto-Lei n.º 497/99 confirma a sua necessária aplicação à reclassificação obrigatória. Com efeito, esta inclui-se no objecto e âmbito do diploma (artigos 1.º e 2.º), preenche o conceito de reclassificação do n.º 1 do artigo 3.º, n.º 1, subsume-se à condição de desajustamento funcional prevista na alínea e) do artigo 4.º (n.º 1 do artigo 15.º), não é, naturalmente, automática, mas procedimentalmente mediatizada (artigo 6.º) e não está eximida dos limites estabelecidos no artigo 5.º.

A consciência da submissão às disposições gerais está, aliás, espelhada nos despachos de reclassificação em análise, que invocam o artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 218/2000, de 9 de Setembro, que mais não é do que homólogo da disposição geral do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 497/99.

a) 2) Por outro lado, também não é correcta a afirmação do parecer citado de que o *todo* (determinante usado pelo autor do parecer) o Capítulo IV é «voltado para regularizar as situações constituídas no passado» (p. 6). Que não é correcta resulta à "vista desarmada" dos seus artigos 16.º, 17.º e 18.º (três dos quatro artigos desse Capítulo IV). Estes são parâmetros de todo o Decreto-Lei n.º 497/99, de 19 de Novembro. É que o primeiro trata dos encargos relativos à reconversão e reclassificação; o segundo articula o respectivo regime jurídico com os regimes especiais existentes (O «*disposto no presente diploma* não prejudica a aplicação de regimes especiais fixados na lei»); e o terceiro é a norma revogatória do diploma.

- Não há, pois, qualquer cisão entre a reclassificação dos três primeiros capítulos e a reclassificação obrigatória inserta no quarto capítulo que decorra da organização sistemática do Decreto-Lei n.º 497/99.

b) A cisão invocada também não existe quanto ao motivo justificativo da reclassificação. O artigo 15.º do Capítulo IV não se distingue por a reclassificação ser aí motivada por situação de desajustamento funcional. Ambas, a reclassificação obrigatória e a não obrigatória ou facultativa, podem ocorrer com esse fun-

damento – conferir esta identidade pelo confronto da alínea e) do artigo 4.º e do n.º 1 do artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 497/99.

b) 1) Ao invés do arguido no citado parecer, o artigo 15.º não constituiu um instrumento destinado a "resolver" todas as situações de desajustamento funcional.

Desde logo, porque quis o legislador deixar de fora as situações funcionalmente desajustadas reconduzíveis à reconversão; e também não prescindiu da fixação de requisitos e condições à reclassificação obrigatória, de cujo criterioso preenchimento ficou dependente.

Depois, porque as reclassificações não são mudanças de carreira em massa. Nem tão pouco existem em função do interesse dos funcionários em serem promovidos ou «na alteração do nível de vencimentos» (Ac. STA de 26 de Fevereiro de 1998, R. n.º 43314, Ap. ao Diário da República, II Série, de 17 de Dezembro de 2001, Vol. II, pp. 1471 a 1474). Não se podem fazer descurando o interesse do serviço.

As reclassificações são "exclusivamente um meio, a ser aplicado a título excepcional aos casos inequivocamente merecedores desse tratamento especial, sem pôr em causa as regras gerais e comuns de mobilidade dos funcionários públicos" (Tribunal de Contas, no acórdão proferido nos autos de reclamação n.º 99/96, acórdãos do Tribunal de Contas, in Colectânea 1995/1996, Lisboa, 1996, p. 318).

b) 2) A justificação da proibição da reclassificação em «cargos e categorias de chefia» por apelo à interferência de critérios impertinentes (*v.g.* político-partidários, invocados no citado parecer - p. 9) também procede relativamente às reclassificações obrigatórias, das quais não estão imunes por natureza.

b) 3) Excluir da proibição os funcionários que, à data da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 497/99, de 19 de Novembro, ou do Decreto-Lei n.º 218/2000, de 9 de Setembro, estivessem em situação de desajustamento funcional, limitando-a aos que permaneceram nessa situação depois de esgotado o prazo para a

reclassificação obrigatória ou viessem a estar nessa situação de disfunção peca ainda porque promove uma aplicação desigualitária infundada do diploma, privilegiando os primeiros.

c) Por último, não podem os órgãos administrativos competentes perder de vista que a afectação (formalizada ou não), pelos dirigentes, de um funcionário ao exercício de funções fora da sua carreira deve revestir carácter transitório e ser motivada por necessidades objectivas de serviço, não programáveis, e não susceptíveis de serem acauteladas oportunamente pelos meios adequados. Com efeito, o funcionário deve, em princípio, exercer as funções próprias do conteúdo funcional (suficientemente amplo) da carreira em que está inserido, à qual corresponde uma determinada remuneração (artigos 3.º, n.º 4, e 4.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 248/85, de 15 de Julho, e artigo 17.º, n.ºs 1 e 2, e artigos 26.º, n.º 2, e 27.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho).

- Em conclusão: as reclassificações efectuadas nos cargos e categorias acima identificados não estão isentas da proibição do artigo 5.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 497/99, de 19 de Novembro, pelo que os correspondentes despachos violaram a lei.

3. O acesso aos cargos e categorias de chefia por parte dos funcionários identificados (ponto 1) só poderia ocorrer mediante concurso (cfr., *v. g.*, artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho, e artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 238/99, de 25 de Junho, artigo 26.º, n.ºs 1 e 2, e artigo 27.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho).

As nomeações sem concurso, quando este era devido e não podia ser legalmente dispensado, fere de nulidade os respectivos actos administrativos (artigo 133.º, n.º 2, alínea f), do CPA e acórdão n.º 33/Mar.31-1.ª S/PL/TC, do Tribunal de Contas, in DR., II Série, n.º 98, de 28 de Abril de 1998, pp. 5621 e segs., *maxime*, p. 5625). Na medida em que tal se verificou, os referidos despachos estão feridos de nulidade. Estão-no igualmente à luz do artigo 63.º do Decreto-Lei n.º 247/87, de 17 de Junho, por violação das «regras sobre reclassificação profissional».

Os actos nulos não produzem quaisquer efeitos jurídicos. A nulidade é declarável a todo o tempo por qualquer órgão administrativo ou por qualquer tribunal, assim como invocável por qualquer interessado (artigo 134.º do CPA).

4. Nestes termos, apurada a nulidade dos actos administrativos de reclassificação nos termos que ficam expostos, não pode deixar de merecer reparo que seja desatendida a necessidade de reposição da legalidade violada.

R-2025/03
Assessor: Fátima Almeida

Entidade visada: Presidente do Conselho de Administração do Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia

Assunto: Duração do estágio para ingresso nas carreiras de informática. Aplicação do Decreto-Lei n.º 97/2001, de 26/03.

1. Reportando-nos ao teor das reclamações apresentadas na Provedoria de Justiça por alguns funcionários desse centro hospitalar, atinentes ao assunto acima referenciado, cumpre informar que, em face dos esclarecimentos transmitidos por V. Exa a coberto do vosso ofício de 26/06/03, bem como da análise e enquadramento jurídico-legal realizados, foi determinado o arquivamento do correspondente processo, conforme ofício de elucidação cuja fotocópia se anexa para conhecimento.

2. Sem embargo desta decisão, não pode este Órgão do Estado deixar de transmitir a V. Exa alguns comentários e considerações que a problemática em discussão suscitou, os quais se consideram merecedores de adequada ponderação por esses serviços em vista da experiência administrativa a observar para futuro na referida matéria.

3. Com efeito, importará salientar que a análise dos factos denunciados e confirmados por V. Exa aponta, de forma

inequívoca, para o prolongamento injustificado da duração do estágio frequentado pelos reclamantes e, em especial, a excessiva morosidade na condução do respectivo processo de avaliação e classificação final, situação esta que é demonstrativa do incumprimento dos preceitos legais integrantes do regime de estágio aplicável, uma vez que a nomeação dos estagiários aprovados só veio a ter lugar decorridos que foram cerca de dois anos sobre o início desta aprendizagem.

4. Em primeiro lugar, impõe-se salientar que a condução do procedimento administrativo de estágio não estava na total disponibilidade do respectivo órgão instrutor, atento o princípio de subordinação da Administração à lei e ao direito que norteia a actividade administrativa em geral (artigo 3º do Código de Procedimento Administrativo). Na realidade, a estipulação expressa do prazo para a conclusão do estágio (artigo 10º, n.º 1, alínea a) do Decreto-Lei n.º 97/2000, de 26/03), quer ainda do prazo para a nomeação sequente dos estagiários aprovados (artigo 6º, n.º 7 do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7/12), representa a expressão lógica de um dever cometido à entidade administrativa competente no sentido de providenciar pelo rápido e eficaz andamento do processo em causa, praticando os actos aí previstos dentro de curto espaço de tempo, o que constitui também corolário do princípio da celeridade plasmado nos artigos 10º e 57º do CPA.

5. No caso presente, o júri do estágio não conformou a sua actuação com a celeridade adequada à justa e oportuna decisão deste processo, carecendo, a nosso ver, de razoabilidade justificar a dilação verificada, como V. Exa o fez, com a falta de ligação funcional dos membros do júri de estágio a esses serviços, já que esta característica não os eximia da responsabilidade pela adequada condução do processo de classificação destes estagiários. Tanto assim que, em qualquer caso, a lei assegurava a prevalência das tarefas próprias deste júri sobre todas as outras que lhe estivessem cometidas fora do contexto dessa instituição hospitalar (cfr. artigo 17º do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11/07, aplicável neste

segmento por força do artigo 5º, n.º 3, alínea d) do Decreto-Lei n.º 265/88, de 28/07).

6. Apesar de a actuação irregular descrita não comportar a invalidade dos actos administrativos consequentes, admite-se que outros efeitos jurídicos poderiam decorrer da inobservância do dever de celeridade a que o referido júri estava sujeito, tornando-a passível de responsabilidade disciplinar – vd. ainda o sobredito artigo 17º do Decreto-Lei n.º 204/98.

7. Nestes termos e sem prejuízo do arquivamento do processo supra referenciado, entende a Provedoria de Justiça dever dirigir a V. Exa uma chamada de atenção relativamente à conduta aqui denunciada, esperando que para futuro situações idênticas ou semelhantes às aqui descritas venham a merecer especial atenção desses serviços.

R-2220/03
Assessor: Ana Neves

Entidade visada: Presidente da Comissão Provisória da Escola Básica 2,3 de Fermentelos.

Assunto: Situação laboral de trabalhadoras da Escola Básica 2 e 3 ciclos de Fermentelos.

I

1. Foi apresentada queixa neste Órgão do Estado, relativamente à Escola Básica 2 e 3 ciclos de Fermentelos, por alegadas ilegalidade e falta de transparência do procedimento de contratação como assistente administrativo de A, da «deslocação» da trabalhadora Srª...., da Escola Básica 2,3 de Aguada de Cima, na Escola Básica 2,3 de Fermentelos, onde trabalha como assistente administrativa, sendo a Chefe dos Serviços de Administração Escolar, sua mãe, que procede à sua classificação

de serviço e a quem tratará de forma privilegiada "em detrimento de outros funcionários".

2. Analisado o processo instrutor respeitante aos aspecto objecto da queixa, destaca-se o que segue.

II

Relativamente ao procedimento de recrutamento e selecção, apura-se:

1. Em 26 de Abril de 2002, a Escola Básica 2,3 de Fermentelos anunciou no Jornal "Público" a abertura de "concurso para um contrato administrativo de provimento" a celebrar para o exercício de funções de assistente administrativo.

De acordo com o anúncio, a "acta dos critérios de selecção e respectiva composição do júri" encontrava-se "afixada no átrio principal da Escola Básica 2,3 Ciclos de Fermentelos", sendo que seria dada "preferência a candidatos habilitados com cursos académicos e profissionais ... inclu[issem] Contabilidade e Informática no *Curriculum*".

1.1. Idêntico anúncio foi publicado no Diário de Aveiro (Diário de Aveiro, n.º 5135, de 26-04-2002).

1.2. Em 26 de Abril de 2002, reuniu-se o júri do concurso – constituído em 10 de Abril de 2002, por despacho do Presidente do Conselho Executivo da Escola, e composto por 5 elementos (a saber: o Prof. (...), a Prof.ª (...), a Chefe dos Serviços de Administração Escolar (...), (...) e (...).

1.3. Nessa reunião, o júri definiu "os critérios de selecção".

1.4. Considerou três factores de avaliação: as habilitações académicas, a experiência profissional e a formação profissional. No primeiro factor, levou em linha de conta a titularidade de "Curso superior cujo *Curriculum* inclua Contabilidade e Informática", "Cursos Profissionais com Contabilidade e Informática" e o "11.º/12.º Ano ou Frequência de Curso Superior que inclua no *Curriculum* Contabilidade e Informática". Avaliou-os, em função da nota de curso (intervalo de 10 a 20),

respectivamente, de 30 a 40 pontos, de 19 a 29 pontos, e de 8 a 18 valores (fls. 3 e 4 da acta).

Quanto à experiência profissional, ponderou o tempo de serviço prestado "em estabelecimento de ensino oficial", "ao Estado em qualquer Ministério (serviço administrativo)", "em estabelecimento de ensino particular (serviço administrativo)", "no Exercício de funções contabilísticas, informáticas e directivas em qualquer empresa privada" e "em escritório de empresas privadas". Pontuou essa experiência, de forma gradativa ao número de anos (de 1 a 8 ou mais), respectivamente, de 33 a 40 pontos, de 25 a 32 pontos, de 17 a 24 pontos, de 9 a 16 pontos e de 1 a 8 pontos". Estabeleceu ainda que no caso de experiências cumuladas, seria apenas considerado o "tipo de tempo de serviço ...que lhe for mais favorável" (pp. 5 a 8 da acta).

No que à formação profissional diz respeito, ponderou os itens "estágio/especialização em contabilidade", a "formação profissional qualificada para as funções a concurso", com, respectivamente, 9 e 6 pontos, a "formação profissional creditada", de um a três ou mais créditos, de 1 a 3 pontos, e a "formação profissional não creditada", com menos e três ou mais acções, respectivamente, com 1 e 2 pontos (pp. 8 e 9 da acta).

O júri definiu ainda que utilizaria o método entrevista se, "depois do apuramento das avaliações curriculares", viesse a concluir "ser ... necessário", caso em que procederia à "entrevista aos primeiros classificados até ao máximo de sete (7)", com a atribuição de pontuação de "0 a 100% a adicionar à percentagem obtida na avaliação curricular (até ao máximo de 200 pontos percentuais) – p. 10 da acta."

1.5. Reuniu-se o júri em 10 de Maio de 2002, "para a avaliação do *curriculum vitae* de cada opositor" (cfr. acta com o título de "Acta de Reunião do Júri do Concurso para assistente administrativo com C.A.P. – Avaliação Curricular").

1.6. A acta é constituída apenas por quatro parágrafos, sendo que o primeiro e o quatro são de abertura e encerramento. No segundo parágrafo da acta lê-se que o júri concluiu que

"apenas três dos concorrentes reuniram as condições descritas na respectiva acta de critérios, afixada de acordo com as normas vigentes. Um quarto concorrente fazia constar do seu *curriculum* todas as condições exigidas na acta de critérios oportunamente elaborada e afixada, mas, embora já alertada, ainda não fez prova documental. O júri decidiu aceitar como verdadeiras as declarações da concorrente em causa mas, da respectiva lista de admitidos ao concurso, a afixar oportunamente, constará que terá que fazer tal prova".

O terceiro parágrafo, informa que "outra lista será elaborada com os candidatos excluídos".

Duas listas com a data de 13 de Maio de 2003 foram elaboradas. Uma contém a "lista de candidatos admitidos": A, B, C e D, com, respectivamente, 47, 44, 44 e 43 pontos. A outra lista elenca o nome de 19 candidatos excluídos, fundando a exclusão no facto de "não reunirem as condições exigidas na acta de critérios".

1.7. Sobre a acta de 10 de Maio encontra-se oposta a menção de "homologo" e a data de "10/05/2002", sem assinatura.

1.8. O júri reuniu-se em 13 de Maio de 2002, "para decidir sobre a necessidade ou não de realizar a entrevista a que se refere a respectiva acta de critérios".

De acordo com a respectiva acta, o júri:

a) deliberou "em considerar que não seria necessário fazer entrevista, considerando que apenas os quatro candidatos admitidos reúnem as condições impostas pela acta de critérios, no tocante à avaliação curricular e a concorrente que ficou em primeiro lugar está, em termos de pontuação, com uma distância significativa dos restantes" (§ 2 da acta);

b) Invoca o júri que "aquando da reunião inicial que definiu a acta de critérios, .. foi unânime em decidir que o grande interesse para a escola seria uma pessoa academicamente habilitada com curso superior e com experiência que facilmente iniciasse o POC Educação e que se responsabilizasse também pelo CIBE, auxiliando em todas as dúvidas as colegas menos habilitadas face às dificuldades que a lei que regula estas áreas

não ser de fácil interpretação e aplicação principalmente para quem não tem formação nas mesmas áreas" (§ 3 da acta);

c) O júri deliberou preterir os "candidatos com cursos superiores do ISCA e ISCIA", alegando a sua fácil empregabilidade no mercado e o temor que daí adviesse situação de acumulação de funções;

d) A deliberação, afirmada no segundo parágrafo da acta, de não realizar entrevista profissional de selecção foi afastada no parágrafo sexto da acta, com o fundamento de que à candidata C "não agradou a hipótese de ficar na lista dos excluídos" – *sic* -, exclusão que se ficava a dever a não entrega atempada de dois documentos e considerando que a candidata "se sentia psicologicamente afectada com a ideia de parecer que teria prestado informações menos verdadeiras quanto ao seu *curriculum*" – *sic*, "manifestação" que terá sido "apresentada de forma tão sentida pela candidata que foi impossível – na expressão do júri – passar despercebida a qualquer membro do júri, motivo que levou o mesmo júri a considerar aceite esta petição mas, para que tal seja possível terá que ser marcada a entrevista aos quatro concorrentes admitidos" (§ 6);

e) O júri deliberou, não obstante, "que a entrega dos documentos por parte da candidata C não alterar[ia] a posição dos candidatos na lista de admitidos porquanto foram consideradas as habilitações e experiência profissional descritas no modelo de concurso e que já ...[que faria] a entrevista só ser[ia] alterada a respectiva posição dos candidatos se se verific[asse] um motivo forte que o justifi[casse]." (§ 7 da acta).

1.9. Em 16 de Maio de 2002, reuniu-se novamente o júri "para decidir sobre a lista definitiva dos candidatos, face à opinião que teria deixado a entrevista feita a três dos candidatos que compareceram" (§ 1).

Deliberou o júri, nessa data , que "porque a candidata C não entregou os documentos em falta e porque a candidata B manifestou discordância com algumas das perguntas que foram

colocadas, chegando a classificá-las de 'Muito Pessoais', a lista ... [era] alterada como segue:

1.º A, 2.º D; 3.º B".

1.10. "Tudo quanto dizia respeito às entrevistas desapareceu e ainda não foi localizado. Contudo, um exemplar (rascunho) foi-nos recentemente entregue pela agente D. A", "como lhe tendo sido entregue pela Chefe dos Serviços Administração Escolar, acima identificada (alínea b) do of. de 30 de Julho de 2003, cit. e declaração de 24 de Julho de 2003, do júri do concurso).

1.11. Este rascunho corresponde a uma ficha preenchida de entrevista profissional de selecção, cuja letra pode ser comparada com as fichas de classificação de serviço relativas aos anos de 2001 e 2002 preenchidas pela acima identificada Chefe dos Serviços de Administração Escolar (cfr. fichas e ponto infra).

1.11. A Escola Básica 2,3 de Fermentelos – na pessoa do Presidente do Conselho Executivo (...) – celebrou com A em 23 de Maio de 2002 contrato administrativo de provimento para o exercício de funções de assistente administrativo.

2. Resulta do exposto que:

a) o júri do concurso não predefiniu os critérios de apreciação e avaliação da entrevista profissional de selecção, nem o factor que determinaria a necessidade ou não da sua realização;

b) não foi atribuído, na primeira acta, carácter eliminatório à avaliação curricular;

c) as entrevistas foram realizadas depois da homologação (embora não assinada) da lista resultante da aplicação do método avaliação curricular;

d) o motivo invocado para a realização da entrevista foi o de dar à C a oportunidade de apresentar documentos que não apresentara até ao termo do prazo de entrega das candidaturas (cfr. §§ 5 e 6, da acta de 13-03-2001);

e) a entrevista é realizada com a predeterminação de princípio de que não seriam alterados os resultados da avaliação (cfr. § 7 da acta de 13-03-2001: "e que já que se fará a entrevista

só será alterada a respectiva posição dos candidatos se se verificar um motivo muito forte que o justifique").

f) o momento da admissão ou exclusão ao procedimento de recrutamento não foi separado do momento da selecção, utilizando-se esta, não para ordenar os candidatos segundo os critérios definidos, mas como factor de exclusão; os candidatos foram excluídos com base nos critérios de selecção;

g) não foram demonstrados ou fundamentados – por referência aos processos de candidatura – os resultados obtidos pelos candidatos admitidos à entrevista.

3. O recurso ao contrato administrativo de provimento para acautelar o exercício de funções de assistente administrativo, ajudante de cozinha, auxiliar de acção educativa e guarda nocturno nos estabelecimentos de educação e ensino não superior na directa dependência do Ministro da Educação tem previsão específica no Decreto-Lei n.º 344/99, de 26 de Agosto (artigo 1.º).

Trata-se de uma possibilidade que se esgotou em 1 de Setembro de 2002. Com efeito, foi legalmente circunscrita ao período de três anos contados a partir de 1 de Setembro de 1999 (artigo 1.º, n.º 1, e artigo 5.º).

Tais contratos são celebrados por um ano, tácita e sucessivamente renováveis até um limite máximo de cinco anos", findo os quais caducam (artigo 2.º). A não renovação, quando possível, deverá ser fundamentada (artigo 124.º, n.º 1, alínea a), do Código do Procedimento Administrativo) e requer a observância de pré-aviso com a antecedência mínima de 60 dias (artigo 30.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro).

O recrutamento e selecção dos particulares contratantes deve obedecer ao disposto no artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro.

3.1. De acordo com o artigo 17.º, n.º 2, alínea a), do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7.12, o anúncio público da vontade de contratar por parte da Administração deve obrigatoriamente indicar o tipo de contrato a celebrar, a remuneração, o serviço a

que se destina, a categoria ou funções a exercer, os requisitos exigidos e aqueles que constituam condição de preferência.

No processo de recrutamento, distinguem-se os requisitos de admissão e os critérios de selecção (artigo 17.º, n.º 2, alíneas a) e c), do Decreto-Lei n.º 427/89).

Os primeiros são aqueles sem os quais a actividade a exercer não pode ser capazmente assegurada, como são, por exemplo, os requisitos da idade, das habilitações, da robustez física (cfr. artigo 29.º do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11.07).

Os critérios de selecção são critérios de mérito, de seriação ordenada dos candidatos, através de operações de apreciação, avaliação e classificação. Após a verificação dos «requisitos capacitários», e admitidos ou excluídos os candidatos, segue-se a avaliação e graduação dos candidatos admitidos numa escala de ordem face a critérios previamente definidos ao conhecimento dos mesmos e dos seus processos de candidatura.

A tarefa de admissão e exclusão dos candidatos ao procedimento concursal não foi, no entanto, separada no processo de recrutamento em causa.

O júri reuniu-se em 10 de Maio e considerou a candidatura de apenas 4 candidatos, que classificou e graduou e excluiu dezanove (19) candidatos "por não reunirem as condições exigidas nas actas de critérios", isto é, excluiu-os, não com base na falta de qualquer «requisito capacitário» para o exercício de quaisquer funções públicas (artigo 29.º do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11.07), mas, com base nos critérios de selecção, demonstração que ademais não é feita na acta de 10 de Maio de 2002.

3.2. Se o júri pretendia triar, a partir da avaliação curricular, os candidatos a submeter à entrevista, deveria estabelecer previamente o seu carácter eliminatório (com base em certa avaliação negativa, definida e resultante da aplicação de critérios explicitados) e deveria tê-lo anunciado na oferta pública de contratação (*mutatis mutandis*, *vide*, artigo 27.º, n.º 1, alínea f), do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11.07), o que não fez.

3.3. Quer a aplicação dos critérios de selecção determinantes da não passagem à fase seguinte (entrevista profissional de selecção) e determinantes de certa graduação deveriam ter sido dados a conhecer aos candidatos, a primeira, desde logo, em sede de audiência dos interessados, a preceder necessariamente uma decisão que afecte a esfera jurídica dos particulares (artigos 100.º e segs. do CPA).

3.4. A realização da entrevista foi decidida, não por qualquer critério objectivo, mas antes para permitir a junção de dois documentos à candidata – junção que só poderia ter ocorrido até ao termo do prazo da entrega das candidaturas, até porque elementos avaliativos houve, invocados por candidatos nos respectivos currículos, que não foram considerados na avaliação curricular precisamente por falta de junção de documento comprovativo (cfr. análise do processo de candidatura de B) – e para atender a alegada «reacção psicológica negativa da candidata» - o que, manifestamente, não constitui critério juridicamente justificativo para aplicar ou não determinado método de selecção.

Em segundo lugar, previamente à respectiva aplicação deliberou que, em princípio, não será a mesma susceptível de conduzir à alteração dos resultados da avaliação curricular.

4. O procedimento de recrutamento e selecção, como qualquer procedimento administrativo, é composto por actos e fases funcionalmente ligados entre si, sequenciais no tempo e ordenados ao resultado da escolha do trabalhador mais adequado para o exercício de determinadas funções. É uma garantia essencial de uma decisão ponderada, verdadeira e justa, assim como de transparência, acerto e imparcialidade da actuação administrativa.

O princípio da igualdade de oportunidades e condições constitui um princípio basilar de qualquer procedimento de recrutamento e selecção para um emprego público, seja de natureza administrativa ou privada o vínculo de trabalho a constituir (artigo 5.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de

Julho, e artigo 47.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa).

A predeterminação inteira dos parâmetros avaliativos, a respectiva estabilidade e respeito e a sua correcta aplicação são instrumentos fundamentais da fidedignidade procedimental e do respeito, no caso, do direito subjectivo fundamental à igualdade no acesso a um emprego público (artigos citados, artigo 266.º, n.º 2, da Constituição, e artigo 5.º, n.º 2, alíneas b) e c), do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho).

Do supra exposto, resulta, pois, que não foram respeitados quer os termos e a tramitação do procedimento concursal devido como não foram acautelados os parâmetros substantivos ora referidos.

III

No que se refere à situação jurídica funcional de ...,

1. Destacam-se, os seguintes factos:

a) Em 9 de Outubro de 1997, celebrou com "(...), na qualidade de Presidente do Conselho Directivo um contrato de trabalho a termo certo de prestação de serviço não docente, ao abrigo do disposto nos Decretos-Leis n.ºs 184/89, de 2 de Junho, e 427/89, de 7 de Dezembro, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 407/91, de 17 de Outubro e Lei n.º 19/92, de 13 de Agosto";

b) Foi contratada para o exercício de funções de "escriturária-dactilografa" (cláusula e) do contrato);

c) O motivo concreto justificativo do recurso a esta contratação não é indicado no clausulado do contrato;

d) O contrato foi celebrado pelo período de um ano. Concretamente teve início em 9 de Outubro de 1997 e cessaria em 31 de Agosto de 1998 (cláusula a) do contrato);

e) O local de trabalho fixado é o da Escola C+S de Aguada de Cima (cláusula g) do contrato);

f) Por Despacho do Director Regional de Educação do Centro, publicado no Apêndice ao DR., II Série, n.º 234, de 10-10-1998, pp. 18 e 19, foi autorizada a renovação do correspondente contrato de trabalho a termo certo;

g) Em 1 de Setembro de 1999, (...), como Presidente do Conselho Executivo da Escola EB 2,3 de Aguada de Cima celebrou com ..., contrato administrativo de provimento, "nos termos do disposto no artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 344/99, de 26 de Agosto, para exercer as funções de assistente administrativo";

h) O local de trabalho, de acordo com a cláusula quarta do contrato celebrado seria "a Escola EB 2,3 de Aguada de Cima";

i) Em 9 de Setembro de 1999, pelo ofício n.º ..., o Presidente do Conselho Executivo da Escola EB 2,3 de Aguada de Cima, (...), informou o Presidente da Comissão Executiva Instaladora da Escola Básica do 2,3 ciclos de Fermentelos, que aquele Conselho autorizava " a Srª.... – assistente administrativo – contratada a termo certo a exercer funções nesse Estabelecimento de Ensino [2,3 de Fermentelos] por mais um ano";

j) O contrato reportou os seus efeitos a 1 de Setembro de 1999 (cláusula 3.º do contrato);

k) De contratada a termo, "passou automaticamente a contrato administrativo de provimento" (ofício do Senhor Presidente do Conselho Executivo da Escola Básica 2,3 de Fermentelos, de 2 de Julho de 2003, § 4 da alínea a));

l) Em 2 de Maio de 2000, a Srª ..., requereu ao Coordenador do Centro da Área Educativa de Aveiro a "transferência definitiva para a Escola onde está a exercer a sua actividade";

m) A Srª. ... é paga pela Escola de Aguada de Cima (ofício do Senhor Presidente do Conselho Executivo da Escola Básica 2,3 de Fermentelos, n.º ..., de 2 de Julho de 2003, § 4 da alínea a)).

2. O contrato de trabalho a termo certo destina-se a assegurar o exercício de funções com carácter excepcional e, por isso, tem necessariamente uma duração determinada. O contrato

celebrado tem assim que indicar, de forma concreta, o motivo justificativo da respectiva celebração (artigo 14.º, n.º 2, parte final, do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, e artigo 41.º, n.º 1, alínea b), do Regime Jurídico do Contrato Individual de Trabalho), o qual tem de ser subsumível nalgumas das causas justificativas indicadas no artigo 17.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 427/89. O motivo da celebração determina a duração do contrato (cfr. artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 427/89). Considerando a versão legislativa em vigor aquando da celebração do contrato celebrado com a Srª. ..., verifica-se que, na melhor das hipóteses, a duração daquele contrato nunca poderia exceder um ano. Aplicando-se o desvalor regra dos contratos de direito privado, conclui-se que o respectivo contrato é nulo, na parte em que não omitiu o motivo justificativo da sua celebração. E na medida em que caducou em 9 de Outubro de 1997 não poderia a respectiva trabalhadora ter continuado no exercício de funções. A relação de trabalho que indevidamente se manteve é juridicamente inexistente (é uma relação de trabalho fáctica).

O contrato administrativo de provimento celebrado com X, celebrado em 1 de Setembro de 1999, na medida em que não tenha sido precedido do procedimento selectivo a que se refere o artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 344/99, de 26 de Agosto, está ferido igualmente de nulidade (artigo 185.º, n.º 1, e artigo 133.º, n.º 2, alíneas d) e f), do Código do Procedimento Administrativo), com todas as consequências que lhe são inerentes.

3. Noutro plano, observa-se que X, tendo sido contratada pela Escola de Aguada de Cima por duas vezes – em 9 de Outubro de 1997 e em 1 de Setembro de 1998 –, não exerceu funções na respectiva escola senão pelo período de alguns meses – entre 9 de Outubro de 1997 e 19 de Julho de 1998. Foi, inclusive, sublinha-se, contratada em regime de contrato administrativo de provimento, pela Escola de Aguada de Cima, quando não exercia funções na mesma há mais de um ano e assim que contratada foi imediatamente autorizada, oito dias depois, pelo respectivo

Presidente do Conselho Directivo, a exercer funções na Escola Básica 2,3 de Fermentelos.

3.1. As figuras de mobilidade previstas no Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, aplicáveis aos funcionários públicos, não são susceptíveis de titular a «deslocação» em causa (cfr., em particular, os n.ºs 2 e 3 do artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 427/89).

A contratação de um trabalhador por uma entidade pública pressupõe a necessidade do mesmo para o exercício de certas funções, num quadro de planeamento de efectivos (artigos 12.º e 13.º do Decreto-Lei n.º 41/84, de 3 de Fevereiro). A não verificação dessa necessidade – e consequente prossecução de interesse (ainda que público) alheio à entidade contratante - torna ilegítima essa contratação.

A autorização de qualquer despesa pressupõe a sua conformidade legal, a "inscrição orçamental, correspondente cabimento e adequação classificação da despesa" e a economia, eficiência e eficácia da despesa, isto é, "a obtenção do rendimento com o mínimo de dispêndio, tendo em conta a utilidade e prioridade da despesa e o acréscimo de produtividade daí decorrente" (artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 155/92, de 28 de Julho).

Ainda que o exercício de funções da Srª. ... da Escola de Aguada de Cima na Escola de Fermentelos (desde 19-08-1998) fosse possível ao abrigo de uma qualquer figura de mobilidade, ela denota défices de controlo orçamental e de racional gestão de recursos humanos por parte do órgão máximo de gestão da Escola de Aguada de Cima (para além de por parte dos órgãos com poderes de direcção e ou controlo sobre a Escola) e bem assim a inobservância manifesta dos requisitos da economicidade, eficiência e eficácia de uma qualquer despesa pública.

III

Invocada inobservância do dever de isenção e do princípio da imparcialidade por parte da Chefe dos Serviços de

Administração Escolar na Escola Básica 2,3 de Fermentelos, (...), em relação à Srª. ... que, nessa escola, trabalha nas condições descritas.

1. Apuram-se, com relevância para a matéria em apreço, os seguintes factos:

a) a Chefe dos Serviços de Administração Escolar, (...) é mãe de... (cfr. ponto três, al. b) do ofício de 30 de Julho de 2003, do Presidente da Comissão Provisória, Escola 2,3 de Fermentelos, Agrupamento Vertical de Fermentelos);

b) Nas classificações de serviço relativas aos períodos de 1 de Maio de 2001 a 30 de Abril de 2002, e de 1 de Maio de 2002 a 30 de Abril de 2003, foi notada pela mãe em, respectivamente, 14 de Junho de 2002 e 12 de Julho de 2003 (cfr. ponto três, als. a e b) do ofício cit. e respectivas fichas de notação);

c) Os espaços reservados à notada foram preenchidos pela notadora. Não obstante a atribuição da menção de "Muito Bom", esse preenchimento é justificado pela dificuldade dos notados, entre os quais a Srª. ... de "exprimirem as tarefas que consideram relevantes" (cfr. ponto três, al. a e b) do ofício cit.);

d) Ambas as fichas de notação foram homologadas pelo Presidente do Conselho Executivo da Escola Básica 2,3 de Fermentelos.

2. Os órgãos (designadamente, aqueles que exercem cargos de direcção) e agentes administrativos (*lato sensu*) devem actuar no exercício das suas funções em conformidade com o princípio da imparcialidade (artigo 266.º, n.º 2, da Constituição).

Os funcionários e agentes devem "actuar no sentido de criar no público confiança na acção administrativa, em especial no que à imparcialidade diz respeito" (artigo 3.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 24/84, de 16 de Janeiro). O dever de isenção, em particular, obriga a "não retirar vantagens directas ou indirectas, pecuniárias ou outras, das funções que exerce, actuando com independência em relação aos interesses e pressões particulares de qualquer índole, na perspectiva do respeito pela igualdade dos cidadãos (artigo 3.º, n.º 4, alínea a) e n.º 5, do Decreto-Lei n.º 24/84). Assim

o postula o princípio da prossecução do interesse público (artigo 4.º do CPA) e o princípio da dedicação exclusiva ao interesse público a que estão subordinados os trabalhadores da Administração Pública (artigo 269.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa).

Porque há, por um lado, que "garantir a objectividade e utilidade" da actuação administrativa, à luz da melhor prossecução do interesse público, e, por outro lado, há que "assegurar a [respectiva] imparcialidade e a transparência" (Esteves de Oliveira e outros, Código do Procedimento Administrativo Comentado, Coimbra, 1997, p. 247), a alínea a) do n.º 1 do artigo 44.º do Código do Procedimento Administrativo impede que um qualquer agente da Administração possa intervir em procedimento administrativo no qual é interessado um descendente. Essa intervenção, para além de poder relevar em sede disciplinar, importa a invalidade da respectiva decisão, no caso da classificação de serviço atribuída no procedimento de notação profissional (artigo 51.º do Código do Procedimento Administrativo).

V.1. A matéria da queixa apresentada motivou, após a realização do Processo de Averiguações n.º ..., a instauração de procedimentos disciplinares por despacho da Senhora Inspectora-Geral da Educação, de 17 de Setembro de 2003, à Chefe de Serviços de Administração Escolar (...), ao Presidente do Conselho Executivo da Escola Básica 2,3 de Fermentelos, (...), à agente administrativa A. Por aquele despacho, determinou ainda que o Senhor Presidente do Conselho Directivo providencie pelo regresso da Srª. ... à Escola Básica 2,3 de Aguada de Cima e pela repetição do processo de avaliação do respectivo desempenho profissional, sem intervenção da identificada Chefe dos Serviços de Administração Escolar.

3. Sem prejuízo, não pode deixar de se chamar a atenção do Conselho Directivo da Escola Básica 2,3 de Fermentelos para o que fica exposto e formular consequente censura.

R-3267/03
Assessor: Ana Neves

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Carrazeda de Ansiães

Assunto: Concurso de ingresso para o provimento de vinte lugares de auxiliar de serviços gerais.

1. Em 20 de Dezembro de 2002, na sequência do despacho de V. Exa. de 21 de Novembro, teve lugar a abertura do "concurso externo geral de ingresso para provimento de 20 lugares de auxiliar de serviços gerais da carreira e categoria de auxiliar de serviços gerais" (DR., III Série, n.º 294, de 20 de Dezembro de 2002, pp. 27 481 e 27 482).

Relativamente a este concurso, foi dirigida queixa ao Provedor de Justiça que põe em causa a legalidade de alguns aspectos do respectivo procedimento concursal.

2. Analisada a queixa apresentada e os documentos e esclarecimentos prestados por V. Exa., apura-se o que segue:

a) O concurso destina-se ao provimento de 20 lugares da categoria e carreira de auxiliar de serviços gerais (parágrafo 1.º do aviso de abertura);

b) O conteúdo funcional correspondente é o "constante do Despacho n.º 4/SEALOT/88, publicado no Diário da República, 2.º série, n.º 80, de 6 de Abril de 1989" (ponto 6 do aviso de abertura do concurso);

c) Compreende:

i) "a limpeza e conservação das instalações";

ii) o auxílio à "execução de cargas e descargas";

iii) a realização de "tarefas de arrumação e distribuição";

iv) a colaboração em "trabalhos auxiliares de montagem, desmontagem e conservação de equipamentos"; e a

v) execução de "outras tarefas simples, não especificadas, de carácter manual e exigindo principalmente esforço físico e conhecimentos práticos".

d) A exigência habilitacional situa-se ao nível da escolaridade obrigatória: 9 anos de escolaridade, 6 anos ou a 4.ª classe, em função da data de nascimento (ponto 6 do aviso de abertura do concurso e Mapa I anexo ao Decreto-Lei n.º 248/85, de 15 de Julho, e artigos 12.º e 13.º do Decreto-Lei n.º 538/79, de 31 de Dezembro);

e) O aviso de abertura do concurso estabeleceu como métodos de selecção do concurso a realização de "prova prática e escrita de conhecimentos" e de entrevista profissional de selecção;

i) A prova escrita incidiria sobre a temática dos "direitos e deveres da função pública" e sobre o "Decreto-Lei n.º 24/84, de 16 de Janeiro";

Quanto à prova prática, foi definido que os candidatos "desempenhar[iam] tarefas que se incluam no âmbito do conteúdo funcional da categoria" (ponto 9.1 do aviso de abertura);

A "prova prática e escrita de conhecimentos" teria "a duração máxima de três horas, classificada de 0 a 20 valores, com carácter eliminatório cuja classificação seja inferior a 9,5 valores" (§ último do ponto 9 do aviso de abertura);

ii) Foram fixados como critérios de avaliação da entrevista profissional de selecção o "interesse e motivação profissionais", o "sentido de organização e capacidade de inovação", a "capacidade de relacionamento" e o "conhecimento dos problemas e tarefas inerentes às funções a exercer", cada critério pontuável de 0 a 5 valores (alínea 2) do ponto 9 do aviso de abertura);

f) O aviso de abertura não fixou a fórmula classificativa;

g) O número de lugares a preencher por pessoas com deficiência não consta do mesmo;

h) Não contém a indicação de que a sua definição constava (então) de acta nem sobre a possibilidade de (a mesma) ser solicitada pelos candidatos;

i) No âmbito da instrução do processo da Provedoria de Justiça, solicitámos a V. Exa. o envio de cópia certificada das actas do concurso (ofício de 16 de Setembro). Foi solicitado especificamente em momento subsequente a primeira acta ("acta n.º 1");

j) A acta recebida como correspondendo à acta n.º 1 está datada de 27 de Fevereiro de 2003 . Diz respeito à admissão e exclusão dos candidatos cujas listas aprova;

k) Em 16 de Abril de 2003, V. Exa. proferiu despacho onde refere circularem "cópias das provas de conhecimento", verificar que "transitaram pelo fax da Câmara Municipal de Macedo de Cavaleiros", determinando - por lhe parecer não "ter sido acautelada a exigida confidencialidade das perguntas" – "ao técnico superior Dr. ... [que informasse] quanto às consequências supervenientes" (cfr. despacho);

l) Em 16 de Setembro (N/ofício n.º ...) e em 30 de Outubro (N/ofício n.º ...) insistiu-se pelo envio de cópia certificada de despacho que terá determinado a repetição das provas de conhecimentos;

m) Em 12 de Novembro, informou V. Exa., no ofício, ter proferido despacho no dia 23 de Abril de 2002 com o seguinte teor: "Vista a presente informação e atento o recomendado no n.º 9 das conclusões anulo a prova de conhecimentos gerais do concurso em apreço e determino a elaboração de nova prova em conformidade com o regime legal aplicável";

n) Não há notícia de publicitação do referido despacho;

o) Foi repetida a prova escrita de conhecimentos;

p) Não foi realizada prova prática de conhecimentos;

q) A sua não realização foi fundamentada na "grande simplicidade" do conteúdo funcional dos auxiliares dos serviços gerais e no facto de ter sido feita opção por "uma prova de conhecimentos gerais, na qual – alega-se - se formularam questões com incidência prática" (§ 5 do V/ofício de 12.11.03);

r) Da análise desta prova, verifica-se que importa o conhecimento transversal das normas do Decreto-Lei n.º 24/84, de

16 de Janeiro. Mais do que aos direitos e deveres do funcionário público, implica a compreensão de conhecimentos técnico-jurídicos como os de, por exemplo, prescrição, desvalor da observância dos prazos instrutórios do procedimento disciplinar, competência disciplinar (para instaurar procedimento/para punir), meios impugnatórios, causas dirimentes e circunstâncias atenuantes de responsabilidade, trâmites procedimentais, (...);

s) Em 21 de Maio de 2003, reuniu-se o júri do concurso para "proceder à elaboração da lista de classificação dos candidatos admitidos" (§ primeiro da acta);

t) Reuniu-se em 26 de Junho de 2003, "a fim de proceder à entrevista profissional de selecção dos candidatos admitidos" (idem);

u) Analisada esta última, verifica-se que os candidatos foram pontuados no intervalo de 0 a 5 valores relativamente a cada um dos critérios de avaliação fixados no ponto 9.2 do aviso de abertura. As pontuações parciais e total obtidas no método não foram acompanhadas de qualquer fundamentação concreta relativa ao desempenho dos candidatos no método. Apenas os patamares valorativos – que não a sua aplicação - são sustentados em expressões-tipo e abstractas, com diferenciações do tipo "alguma", "excelente", "razoável", "bastante";

v) Esta acta (26-06-2003) apresenta a fórmula avaliativa, em que $CF = {}^{PEC + EPS}/2$;

w) Foi ainda, nessa data, elaborada a respectiva lista de classificação final;

x) Em 30 de Julho, o júri, "dado que da audiência prévia não surgiram alegações", aprovou a lista de classificação final;

y) Esta lista foi homologada em 31 de Julho de 2003 por despacho sem indicação do órgão seu autor e com assinatura ilegível.

A partir do descrito, considerem-se os seguintes aspectos.

3. O aviso de abertura de um concurso constitui o "quadro global de referências em que o processo de recrutamento e selecção vai decorrer". Os elementos essenciais desse quadro de

referências cuja publicitação é indispensável são os indicados nas alíneas do n.º 1 do artigo 27.º do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho (acórdão do Tribunal de Contas, Autos de Reclamação n.º 86/91, Anuário da Administração Pública, 1991, Ano IX, Ministério das Finanças, DGAP, pp. 473 e 475). Entre eles figura o sistema de classificação final, incluindo a respectiva fórmula classificativa e bem assim a indicação de que os "critérios de apreciação e ponderação" constam das actas do júri do concurso, as quais podem ser solicitadas, em qualquer momento, pelos candidatos (artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 204/98) – cfr. a alínea g) do n.º 1 do artigo 27.º do Decreto-Lei n.º 204/98, quanto a indicação do número de lugares a preencher por pessoas com deficiência, o artigo 4.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 29/2001, de 3 de Fevereiro). O sistema de classificação na sua arquitectura e a fórmula classificativa (*v.g.*, a ponderação entre os métodos) constituem uma escolha e decisão (nos limites da lei) da Administração, no caso, do órgão que autorizou a abertura do concurso. A sua inserção no aviso de abertura do concurso assegura um grau mínimo de predeterminabilidade segura do processo de recrutamento e selecção. São, pois, um factor essencial de igualdade e imparcialidade (garantia do seu não afeiçoamento ao conhecimento dos candidatos e respectivos currículos) e bem assim de "certeza, legalidade e transparência" (acórdão citado).

Por esta razão e por exigência de «concorrência leal e justa», garantia do princípio da igualdade, esse quadro de referência, uma vez definido, deve, em princípio, manter-se estável e ser respeitado pelo júri do concurso. Ora, o aviso de abertura do concurso previu a "realização de prova prática e escrita de conhecimentos" e o júri apenas realizou prova escrita de conhecimentos, alterando o disposto naquele aviso. Fê-lo com fundamento em "dificuldades na avaliação dos concorrentes" derivadas da "grande simplicidade" das funções do auxiliar de serviços gerais. Se é vedado ao júri alterar referência contida no aviso de abertura, por outro lado, não procede o fundamento da

alteração, porque a prova escrita aplicada se revela desajustada a esse mesmo conteúdo funcional (à sua "grande simplicidade").

4. O conteúdo da prova realizada versou sobre o Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração Central, Regional e Local e, neste, em termos – cfr. ponto 2, al. r) supra - que implica o conhecimento jurídico de conceitos nele empregues e a interpretação das suas normas.

Senão vejamos, a título de exemplo: no grupo III, a afirmação avaliada como certa (pontuação de 3 valores) é aquela que diz que "A não audição de testemunhas apresentadas pelo arguido nem sempre conduz à nulidade do processo". Ora, o jurista deve saber que a não audição de testemunhas apresentadas pela defesa, em regra, projecta-se sobre a validade da decisão punitiva e que, apenas, em termos estritos, pode ser admitida hipótese contrária, o que pressupõe não só o conhecimento/compreensão das normas dos artigos 42.º, 55.º, n.º 4, 61.º, n.ºs 3, 4 e 5 do artigo 61.º do Estatuto Disciplinar, como do trabalho doutrinário e jurisprudencial de interpretação das mesmas. Deste exemplo apresentado – e outros são colhíveis na prova escrita de conhecimentos – resulta de forma manifesta a desadequação do conteúdo da prova para seleccionar funcionários para a carreira de auxiliar de serviços gerais, a quem cabe, recorde-se, efectuar tarefas de *limpeza*, de *arrumação*, em geral, "tarefas de carácter manual e exigindo principalmente *esforço físico* e *conhecimentos práticos*" (alínea l) do ponto 1 do Despacho n.º 4/88 cit. – sublinhados nossos).

Acresce que se trata de um concurso externo de ingresso, cujos potenciais candidatos são exteriores à Administração (não funcionário/agentes).

A prova não cumpre a finalidade de seleccionar pessoas para o exercício das tarefas do auxiliar de serviços gerais (artigo 20.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 204/98), nem permite concluir sequer pelo conhecimento dos deveres gerais do funcionário público em geral (artigo 3.º do Estatuto Disciplinar), nem triar a

correcção de comportamentos por apelo a uma concreta ética profissional (artigo 21.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 204/98).

Este desajustamento é ainda contrário:

a) à norma do n.º 2 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 204/98, de 1 de Julho, que determina a utilização, na selecção, de "métodos e técnicas adequados que *permitam* avaliar e classificar os candidatos segundo as aptidões e *capacidades* indispensáveis para o exercício das tarefas e responsabilidades de determinada função";

b) à alínea c) do n.º 2 do artigo 5.º do mesmo diploma, na medida em que a objectividade dos métodos e critérios se prende, em parte, com a pertinência ou *conexão* com o conteúdo funcional correspondente aos lugares a prover;

c) e ao artigo 18.º do mesmo diploma, que obriga a que a definição dos métodos de selecção e do respectivo *conteúdo* seja feita "em função do *complexo* de tarefas e responsabilidades inerentes ao respectivo conteúdo funcional e ao conjunto de requisitos de natureza física, psicológica, *habilitacional* ou *profissional* exigível para o seu exercício" (sublinhados nossos).

A idoneidade e razoabilidade dos meios empregues pela Administração constituem imperativos do princípio da proporcionalidade, "limite interno da discricionariedade administrativa" (artigo 5.º, n.º 2, e Esteves de Oliveira e outros, Código do Procedimento Administrativo Comentado, Coimbra, 1997, 2.ª edição, p. 103), projectando-se, por isso, a sua não atendibilidade, sobre a validade da decisão final do procedimento .

5. A acta que o júri do concurso identifica como a acta n.º 1 tem a data de 27 de Fevereiro de 2003 – elaborada, em 20-12-2002, cerca de dois meses após a abertura do concurso, e documenta a fase de admissão e exclusão os candidatos. Por outro lado, a fórmula classificativa aparece indicada na acta de 26 de Junho de 2003, que, de acordo com o seu parágrafo primeiro, regista reunião do júri destinada a "proceder à entrevista profissional de selecção".

Destes elementos, infere-se que tal fórmula terá sido estabelecida já depois de esgotado o prazo de entrega das candidaturas. A fixação dos critérios de avaliação e selecção deve preceder o conhecimento dos candidatos e/ou processos de candidatura. Assim é por razões de justiça e de objectividade e de garantia da observância do princípio da imparcialidade (ver o acórdão do Pleno do STA, 1.ª Secção de 20/1/98, acórdãos Doutrinais do Supremo Tribunal Administrativo, n.º 419, p. 1265), sendo que, quanto a este, é "elemento constitutivo do respectivo ilícito a [respectiva] lesão meramente potencial" (ver acórdão do STA de 24 de Setembro de 1996, BMJ, n.º 459, 1996, pp. 333 e segs.).

6. Quanto à entrevista profissional de selecção, a fundamentação das respectivas classificações, como exposto acima – ponto 2, alínea u), supra – não permite aos candidatos perceber o porquê das pontuações parcelares atribuídas nem o porquê da diferenciação assente estritamente em variações adjectivas do tipo "nada", "alguma", "excelente", "razoável", "bastante". Como se escreve no acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 25 de Março de 1999 "enferma de insuficiente fundamentação, equivalente para efeitos invalidantes à falta de fundamentação [artigo 125.º do CPA], a deliberação do júri relativa à classificação das entrevistas dos candidatos ... quando da respectiva acta e mapa anexo constem *apenas* os objectivos visados com essa prova; as perguntas ... feitas; os factores de ponderação (de 1 a 5) atribuídos a cada uma dessas perguntas; que os valores atribuídos a cada candidato resultaram da avaliação feita pelo júri em função das respostas dadas às perguntas, ou «questões»; a valoração/classificação final e individual dos candidatos na prova; *não constando*, porém, da acta e mapa anexo:

qualquer dos *elementos objectivos* que terão *influído*, valorizando ou depreciando, na avaliação;

ou quais os elementos positivos ou negativos *das respostas* que *determinaram* a respectiva pontuação a cada pergunta ou «questão»;

ou qual o critério geral de apreciação e avaliação das respostas dos candidatos;

ou quais as linhas gerais de orientação seguidas ou aplicadas para *a emissão do individualizado juízo valorativo* traduzido em pontuações diferentes;

ou quais as *razões* que influíram na valoração e na correspondente pontuação dos candidatos para cada questão" (sublinhados nossos).

Do confronto da fundamentação do júri com o artigo 125.º do CPA e com o extracto do acórdão acima identificado, conclui-se pelo carácter manifestamente insuficiente da fundamentação das classificações atribuídas aos candidatos no método entrevista profissional de selecção.

7. Por último, destaca-se a necessidade de ter sido dada adequada publicitação ao despacho pelo qual anulou a primeira prova de conhecimentos, incluindo os respectivos fundamentos, na medida em que contende com os interesses dos candidatos a quem aproveitassem os respectivos resultados e de modo a ser passível de controlo, desde logo quanto à objectividade e suficiência dos motivos justificativos, os quais devem ser apresentados de forma expressa e acessível aos seus destinatários (de modo a não gerar "dúvidas", a que alude a queixa apresentada neste órgão do Estado) - n.º 3 do artigo 268.º da Constituição e artigo 66.º, alíneas b) e c), e artigo 68.º do CPA.

8. Em face de quanto fica exposto, impõe-se chamar a atenção de V. Exa. para a desconformidade à lei dos actos procedimentais que ficam referidos e para o efeito invalidante que projecta sobre o acto homologatório da lista de classificação.

R-3339/03
Assessor: Fátima Almeida

Entidade visada: Presidente da Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional do Centro

Assunto: Concurso interno misto para preenchimento de quinze vagas de assistente administrativo principal, da carreira de assistente administrativo, aberto pelo aviso n.º 7209/2002, publicado no DR , II Série , n.º 125, de 31/05.

1. Relativamente ao assunto versado no processo com o número e título supra referenciados, cumpre-me informar V. Exa de que em face dos esclarecimentos aduzidos na vossa comunicação de 30/10/03 e atento o enquadramento normativo pertinente se determinou o arquivamento do mesmo, conforme o teor do ofício de elucidação dirigido aos interessados, cuja fotocópia se anexa.

2. Sem embargo das conclusões assumidas no referido processo, impõe-se dirigir a V. Exa algumas considerações relativamente ao modo como a intervenção dos serviços que actualmente dirige se conformou no procedimento concursal apreciado.

3. Na verdade, o aludido concurso estava sujeito às regras específicas constantes da Resolução do Conselho de Ministros n.º 97/2002, publicada no DR-Iª Série –B, n.º 115, de 18/05/2002, diploma que no seu ponto 3º condicionava a prolação do acto homologatório dos concursos internos de acesso, entre outros, ao cumprimento prévio de uma formalidade essencial de cariz financeiro, impondo que fosse assegurada a prévia confirmação da cobertura orçamental adequada.

4. Tal significava que a homologação da lista classificativa estava subordinada à prévia verificação de um indicador da possibilidade de assunção dos encargos emergentes, a obter junto da delegação correspondente da DGO, e que constituía pressuposto essencial, e não mera condição suspensiva, que relevava na formação do acto homologatório subsequente, sem o qual este último não poderia operar quaisquer efeitos jurídicos.

5. E compreende-se que assim seja quando o dever de boa administração (administrativa e financeira) recomendava especiais cautelas na condução do procedimento administrativo

subjacente, evitando-se que sem a confirmação de tais garantias ou disponibilidades sejam acalentadas pelos candidatos opositores ao concurso expectativas relativamente ao eventual provimento nas vagas concursadas.

6. Não obstante o programa normativo aplicável, este não foi o encadeamento processual seguido no caso vertente, uma vez que a lista classificativa final do concurso foi objecto de homologação e ulterior notificação aos interessados, para os efeitos previstos no artigo 40º do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11/07, sem a precedência da informação financeira necessária, sendo certo que as diligências internas tendentes à sua obtenção apenas vieram a ter lugar após a prática daqueles actos.

7. Tal actuação configura manifesto incumprimento ou inobservância das disposições normativas invocadas, sendo, por isso, ilegal.

8. Apesar de se ter concluído pela ineficácia jurídica do acto homologatório indevidamente praticado, cumpre salientar que a conduta descrita é passível de justificar o apuramento de responsabilidade disciplinar, sem prejuízo de outras consequências jurídicas que porventura venham a ser assacadas pela via judicial adequada, em caso de eventual reacção contenciosa dos interessados.

9. Nestes termos, e sem prejuízo do arquivamento do processo em apreço, não pode deixar de se impor uma chamada de atenção relativamente à actuação administrativa adoptada pelos serviços que V.Exa actualmente dirige, e que no caso vertente se considera desconforme com as disposições normativas a que se achavam vinculados, esperando que situações como as aqui denunciadas não voltem a repetir-se para futuro.

R-4596/03
Assessor: Ana Neves

Entidade visada: Coordenação Regional do Norte Sindicato Nacional e Democrático dos Professores
Assunto: Exercício de actividade sindical. Direito de reunião.

1. Solicitaram V. Ex.as a intervenção do Provedor de Justiça alegando que o exercício do direito de actividade sindical está a ser violado pelo Agrupamento de Escolas de Jovim e Foz de Sousa – 344310, em Gondomar. Fundamentam esta alegação no entendimento, não acolhido por aquele Agrupamento e pela Direcção Regional de Educação do Norte, de que as reuniões sindicais dentro das horas de serviço podem ter lugar fora dos locais de trabalho. Juntaram V. Ex.as à queixa parecer daquela Direcção Regional de Educação do Norte que vos foi remetido pela Senhora Presidente da Comissão Executiva Instaladora do citado Agrupamento, na sequência de vosso fax sobre "o encerramento das escolas e jardins-de-infância devido à participação de Professores/Educadores de Infância em reuniões sindicais" (cfr. o doc. 1, que nos foi enviado).

2. Analisada a queixa apresentada e o parecer enviado e bem assim as disposições jurídicas aplicáveis, destacam-se os seguintes aspectos:

a) A liberdade sindical compreende, por um lado, o direito de associação sindical e, pelo outro, o direito de exercer actividade sindical (artigo 55.º, n.ºs 1 e 2, respectivamente, alíneas a) a c) e e), da CRP);

b) Aos trabalhadores da Administração Pública é assegurada a liberdade sindical, "nos termos constitucionalmente reconhecidos" (artigo 55.º da CRP e artigo 4.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 84/99, de 19 de Março) e legalmente concretizados, actualmente, no Decreto-Lei n.º 84/99;

c) Em correspondência com aquelas duas dimensões da liberdade sindical, o Capítulo III do Decreto-Lei n.º 84/99 disciplina a "Organização sindical" e o Capítulo IV o "Exercício da actividade sindical" (os outros três capítulos, respectivamente I, II e V, delimitam o "Objecto e âmbito" do diploma, reafirmam os "Direitos e garantias fundamentais" na matéria e contêm as "disposições finais e transitórias");

d) A situação que é trazida por V. Ex.a à nossa apreciação diz respeito ao exercício da actividade sindical, em especial, ao exercício do direito de reunião. O Capítulo IV do Decreto-Lei n.º 84/99 trata, respectivamente, da actividade dos corpos gerentes das associações sindicais e dos delegados sindicais (n.º 1 do artigo 10.º e Secções I e II), dos processos eleitorais (n.º 2 do artigo 10.º e Secção III) e da actividade sindical exercida "dentro das instalações" (n.º 3 do artigo 10.º e Secção IV);

e) Os preceitos da Secção IV, como sintetiza a respectiva epígrafe – "Actividade sindical nos serviços" - disciplinam a actividade sindical nos locais de trabalho (artigos 27.º e segs.);

f) A actividade sindical dentro das instalações pode ocorrer "fora das horas de serviço" e "durante as horas de serviço" (artigos 28.º e 29.º do Decreto-Lei n.º 84/99). Os princípios que pautam o exercício dessa actividade são o princípio da salvaguarda do interesse público e do "normal funcionamento do serviço" e o da garantia do "direito de exercer a actividade sindical nas instalações dos serviços" (artigo 27.º do Decreto-Lei n.º 84/99 e artigos 266.º, n.º 1, e 269.º, n.º 1, da CRP);

g) A reunião fora dos locais de trabalho e *fora das horas de serviço* não carece de especial regulação, porque está na disponibilidade dos associados ou membros das associações sindicais; prende-se com a sua "liberdade de organização e regulamentação interna" (alínea c) do n.º 2, do artigo 55.º da CRP). Diferentemente, o exercício de actividade sindical *nos locais de trabalho*. É deste que trata, especificamente, a alínea d) do n.º 2 do artigo 55.º da CRP e é este que é objecto dos cuidados do legislador constituinte e do legislador ordinário (como explicam

Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, Coimbra, 1993, p. 302, VII);

h) "O direito de exercício de actividade sindical *na empresa*" é garantido pela alínea d) do n.º 2 do artigo 55.º da CRP (sublinhado nosso), sendo o direito de reunião uma entre outras das suas manifestações. A Constituição não indica, para além daquela garantia, um concreto modelo ou regime jurídico para o exercício de reunião. Ora o legislador, tendo reafirmado o direito de exercer a actividade sindical nas instalações dos serviços (artigo 27.º, n.º 1, e artigo 10.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 84/99, de 19 de Março), concretizou que os trabalhadores "gozam do direito de reunião nos locais de trabalho, fora das horas de serviço" e estabeleceu que os trabalhadores "poderão convocar reuniões dentro do horário normal de funcionamento dos serviços" conquanto estejam verificados "motivos excepcionais" (artigo 29º, n.º 1);

i) Os artigos 25.º a 28.º do Decreto-Lei n.º 215-B/75, de 30 de Abril, que regulava o exercício da liberdade sindical por parte dos trabalhadores em geral, e para o qual remete o n.º 3 do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 84/99, e bem assim os artigos 468.º e 497.º do Código do Trabalho (que revogou aquele diploma, dispondo, agora, sobre a matéria – artigo 21.º, n.º 2, al. a), da Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto) mostram que as reuniões sindicais dentro das horas de serviço são de realização nos locais de trabalho;

j) Igualmente as circulares mantidas em vigor pelo artigo 36.º depõem no mesmo sentido. Veja-se, em particular, a Circular de 7 de Abril de 1978, em cujo ponto 5 esclarece: "Os funcionários e agentes do Estado e das demais entidades públicas e as suas associações sindicais poderão exercer actividade sindical *nos serviços* nos seguintes termos:

a) As reuniões nos locais de trabalho *realizar-se-ão fora das horas de serviço*, ...;

b) Poderão realizar-se com *carácter de excepcionalidade* e desde que convocadas pelas comissões sindicais de delegados,

reuniões *dentro do horário normal* até ao máximo de 15 horas por ano, ...";

k) Os trabalhadores, é sabido, devem "comparecer regular e continuamente ao serviço" (cfr. quanto ao dever de assiduidade dos funcionários e agentes o artigo 3.º, n.ºs 4, alínea g) e n.º 11, do Decreto-Lei n.º 24/84, de 16 de Janeiro);

l) As ausências ao serviço são justificadas quando forem fundamentadas num dos motivos elencados no artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 100/99, de 31 de Março, e "desde que observado o respectivo condicionalismo legal" (cfr. artigo 21.º citado);

m) Entre eles não figura a ausência do serviço para reuniões sindicais dentro das horas de trabalho;

n) O Decreto-Lei n.º 84/99, de 19 de Março, estabelece serem justificadas as "faltas dadas pelos trabalhadores membros dos corpos gerentes ["membros das comissões directivas, ou equiparadas"] para o exercício das suas funções" nos termos e até um determinado limite de crédito de horas de acordo com os créditos de horas legalmente previstos (artigos 12.º a 18.º); bem assim prevê a ausência legítima em certos termos dos delegados sindicais (artigos 19.º a 21.º) e dispensas ao serviço para o efeito de participação nos processos eleitorais (artigos 22.º a 26.º);

o) Mas o Decreto-Lei n.º 84/89 não contém previsão de que constitua falta ou dispensa justificada a ausência para reuniões sindicais que se realizem "durante as horas de serviço" *fora do mesmo*;

p) Podendo e, devendo, realizarem-se nos locais de trabalho – em espaço adequado que o empregador está obrigado a providenciar -, e devendo, aí, ter lugar, em princípio, fora das horas do serviço, não pode no exercício do respectivo direito ser descurado o interesse público e, em particular, o adequado funcionamento do serviço (n.º 2 do artigo 27.º do Decreto-Lei n.º 84/99);

q) O "encerramento das escolas e jardins-de-infância devido à participação de Professores/Educadores de Infância" (a que se alude no telefax junto), ao impedir o seu funcionamento,

compromete "a realização do interesse público" e obsta ao normal funcionamento do serviço" (n.º 2 do artigo 27.º do Decreto-Lei n.º 84/99, de 19 de Março);

r) Em Estado de Direito, não há direitos absolutos. O exercício dos direitos fundamentais pode ser restringido e ou deve ser condicionado – e é de condicionamento que se trata no caso, e não de qualquer restrição - para assegurar o exercício de outros direitos ou salvaguardar outros bens ou interesses constitucionalmente protegidos (artigo 2.º, artigo 9.º, alíneas b), d) e f), 18.º n.º 2, 55.º, 73.º, 266.º e 269.º n.º 1, todos da CRP);

3. Em conclusão:

a) a Constituição garante o direito de actividade sindical nos locais de trabalho (alínea d) do n.º 2 do artigo 55.º);

b) Este direito compreende o direito de reunião sindical nos locais de trabalho;

c) A Constituição (e a lei) não impõe nem garante a realização de reuniões sindicais nas horas de serviço fora dos locais de trabalho;

d) O legislador concretizou o direito de reunião nos locais de trabalho, definindo, em articulação com a salvaguarda de um adequado funcionamento do serviço, que deve, em princípio, ser exercido fora das horas de serviço;

e) O direito de reunião sindical pode em casos excepcionais ter lugar nos locais de trabalho durante as horas de serviço;

f) O exercício do direito de actividade sindical, salvo nos temos estabelecidos na lei, não desobriga ao cumprimento dos deveres de assiduidade e de pontualidade.

4. Em face do exposto, pelas razões indicadas, entendemos não se justificar a intervenção do Provedor de Justiça relativamente à situação objecto da queixa que apresentaram. Nestes termos, foi arquivado o respectivo processo.

2.5.

Assuntos judiciários; defesa nacional; segurança interna e trânsito; registos e notariado

Provedor-Adjunto de Justiça:
Conselheiro Macedo de Almeida

Coordenador:
José Miguel Pereira dos Santos

Assessores:
Pilar Amado
Rita Roquette
Teresa Aragão Morais

2.5.1. Introdução

Nota Preliminar

Tal como se previa na introdução ao relatório de 2002, a pendência da área aumentou em 2003. Esse aumento foi, contudo, muito superior ao esperado, pois, para além da maior demora na resolução dos processos relacionados com os pedidos de nacionalidade de reclamantes oriundos de Angola e do antigo Estado da Índia ali mencionada, houve um acréscimo substancial no número de queixas distribuídas à área: mais de 780 em 2003 contra cerca de 540 em 2002. A percentagem, relativamente ao conjunto das queixas a que foi dado seguimento pela Provedoria, subiu, também, cerca de três pontos percentuais.

Administração da Justiça

Tradicionalmente, o maior número de processos da área era constituído por queixas relacionadas com atrasos na tramitação de processos judiciais. Nos últimos tempos, o primado passou para os pedidos de aceleração de processos relativos à concessão de nacionalidade portuguesa. Actualmente, os atrasos judiciais constituem cerca de 19% dos processos da área. Destes, 68% respeitam a processos da jurisdição cível (10% dos quais referentes a processos de falência); cerca de 5,3% são processos da jurisdição penal; 6% da jurisdição administrativa e fiscal e 17,3% dizem respeito a processos a aguardar tomadas de posição por parte do Ministério Público.

São, na quase totalidade, processos pendentes nos tribunais de 1ª instância já que, presentemente, são quase inexistentes as queixas sobre atrasos em processos pendentes nos

tribunais superiores. E as poucas que aparecem têm-se revelado sem fundamento.

Ainda no âmbito deste tema, foram considerados os atrasos (4) em pagamentos da responsabilidade do Instituto de Gestão Financeira e Patrimonial da Justiça. Representam pouco mais de 2,5% do conjunto dos atrasos atrás mencionados.

Em consequência dos contactos mantidos com aquele Instituto, detectámos que, por força de normas internas então em vigor, o funcionamento deste organismo se estruturava da seguinte forma: os elementos necessários ao processamento dos pagamentos eram enviados pelos tribunais até ao dia 5 de cada mês. Os pagamentos eram autorizados no mês seguinte e concretizavam-se, na melhor das hipóteses, no mês ainda a seguir. Ou seja, o recebimento pelo interessado do montante que lhe era devido nunca demorava menos de três meses. Questionados, o Ministério da Justiça e o Instituto (processo R-1491/03), sobre as razões que determinavam tal dilação (que nos parecia excessiva), o sistema foi alterado, passando a emissão dos cheques a ser feita até ao final do mês em que são recebidos os ficheiros enviados pelos tribunais.

De salientar, ainda, que a reacção, algo desagradada, com que o Instituto de Gestão Financeira e Patrimonial da Justiça recebia, inicialmente, as solicitações da Provedoria de Justiça se transformou numa relação muito cordial e colaborante.

Actuação policial

Continua a existir uma grande estabilidade quanto ao número de queixas em que é posta em causa a actuação das forças policiais: pouco mais de 60. No conjunto da área, estas queixas representaram, em 2003, cerca de 8,5%.

Em termos relativos, a posição da Polícia de Segurança Pública continua a agravar-se: em 2001 as queixas repartiam-se, em partes iguais, entre a Polícia de Segurança Pública e a Guarda Nacional Republicana; em 2002 é mencionado um agravamento,

ainda que ligeiro, das queixas em que é posta em causa a Polícia de Segurança Pública e, no ano de 2003, representam praticamente o dobro daquelas em que é visada a Guarda Nacional Republicana.

As contestações relacionadas com autuações de trânsito constituem pouco menos de um terço do total.

Deram entrada seis queixas qualificadas como "violência policial": em três, eram postos em causa elementos da Polícia de Segurança Pública e, em duas, elementos da Guarda Nacional Republicana. A sexta queixa referia a actuação da Polícia Municipal do Porto que procederia à detenção arbitrária e sistemática de cidadãos supostamente arrumadores de automóveis. Não se logrou fazer prova de que tal acusação correspondesse à verdade, pelo que solicitámos ao reclamante que concretizasse a denúncia apresentada.

Dos três casos respeitantes à Polícia de Segurança Pública, dois foram arquivados por falta de provas e o terceiro ainda se encontra pendente.

Um dos processos relativo à Guarda Nacional Republicana também está pendente e no outro foram punidos dois elementos daquela Guarda.

Como intervenção paradigmática nesta matéria, gostaria de assinalar um caso em que, tendo o tribunal referido na sua decisão, expressamente, que se a autoridade policial verificara que o veículo não era propriedade do executado, não deveria ter procedido à sua apreensão, a Polícia de Segurança Pública pretendia que fosse o dono do veículo a deslocar-se à esquadra a fim de recuperar os respectivos documentos. O acompanhamento da situação pela Provedoria de Justiça, ainda que instando o reclamante a dirigir-se, em primeiro lugar, à própria Polícia de Segurança Pública, não terá sido indiferente ao bom desfecho deste caso: a Polícia de Segurança Pública enviou, pelo correio, os documentos que estavam na sua posse (R-1708/03).

Trânsito

Além das queixas incluídas no item anterior (cerca de 20), houve outras 32 relacionadas com esta matéria mas em processos pendentes na Direcção-Geral de Viação (16); EMEL – Empresa Pública Municipal de Estacionamentos de Lisboa, E.M. (8); Governos Civis (5) e Polícias Municipais da Amadora, Braga e Lisboa (1 por cada).

Nacionalidade/Vistos

Como atrás se mencionou, os processos relativos a atrasos nos pedidos de nacionalidade portuguesa passaram a constituir a maior fatia desta área. No ano de 2003, em que atingiram mais de 40% do total da área, houve uma subida em flecha deste tipo de queixas (quase todas provenientes de cidadãos indianos) levando a que, se exceptuarmos os processos herdados pela área 2 do extinto Defensor do Contribuinte, fosse esta a área a quem foi distribuído maior número de processos.

A morosidade habitual na sua instrução tenderá a acentuar-se, já que as falsificações e os casos de usurpação de identidade detectados nos pedidos feitos por naturais do antigo Estado da Índia determinaram uma fiscalização mais rigorosa dos requisitos legais e dos documentos apresentados pelos interessados. A situação tornou-se de tal modo grave, que o próprio Ministério dos Negócios Estrangeiros comunicou à Provedoria de Justiça a criação de um grupo de trabalho destinado a encontrar meios de prova do nascimento em território sob soberania portuguesa que não passem pelos documentos arquivados em conservatórias indianas.

Relacionadas com demoras em processos de aquisição de nacionalidade portuguesa, por naturalização, foram apresentadas três queixas. Um dos pedidos, apresentado no Serviço de Estrangeiros e Fronteiras em Abril de 2002, foi concluído favoravelmente. Os outros dois continuam pendentes.

Com a imigração oriunda dos países do Leste da Europa, aumentaram as queixas por demoras na emissão dos vários tipos de visto. Em 2003 foram abertos 10 processos (no interesse de 23 pessoas). Onze situações foram resolvidas antes do final do ano.

Registos e Notariado

Nesta rubrica, considerámos apenas os processos não incluídos no item "Nacionalidade". Representam cerca de 2,5% do total da área. Respeitam, em regra, a discordâncias quanto a decisões de conservatórias e cartórios notariais ou à forma como são atendidos os reclamantes.

A colaboração da Direcção-Geral dos Registos e do Notariado, a quem transmitimos as queixas recebidas, tem sido excelente.

Há, no entanto, duas matérias que se vêm arrastando, há vários anos, sem solução à vista.

Uma prende-se com o facto de, hoje em dia, os vendedores de veículos automóveis continuarem a não poder promover o registo a favor dos compradores. Trata-se de uma questão causadora de óbvios incómodos (basta pensar nas infracções às regras de trânsito e no cometimento de crimes em que é usado um veículo, posteriormente à sua venda, mas que continua registado em nome do anterior proprietário).

Pelo menos desde 1995 que o Ministério da Justiça vem prometendo a publicação de legislação destinada a resolver este problema sem que, até à data, tal tenha acontecido. Assinale-se que, inclusivamente, pelo Despacho Conjunto nº 275/2000, publicado no Diário da República, II série, de 9 de Março de 2000, foi constituído um grupo de trabalho para o efeito (P-13/94).

O segundo caso respeita à imposição legal que determina que, fora da localidade sede da conservatória competente, a documentação referente a registo de automóveis seja feita na conservatória do registo predial da área de residência do requerente.

A Provedoria de Justiça defendeu que toda e qualquer conservatória pudesse funcionar como conservatória intermediária.

A Direcção-Geral dos Registos e do Notariado anunciou, em Setembro de 2001, estarem em fase adiantada os trabalhos conducentes à elaboração de um projecto de diploma nesse sentido. Em Setembro de 2003, informou aguardar uma decisão política quanto à oportunidade dessa iniciativa legislativa (R-4756/00).

Consulados

Para além dos casos incluídos na rubrica "Nacionalidade/Vistos", há que referir as queixas relativas à actuação (demoras ou mau atendimento) dos consulados de Portugal no estrangeiro. Foram cinco, sendo também cinco os consulados visados. Não houve, portanto, reclamações sistemáticas contra um consulado em particular (tirando os casos especiais de Goa e Londres, considerados na rubrica nacionalidades, por estarem relacionados com a avalanche de pedidos de nacionalidade portuguesa feitos por cidadãos indianos). Além disso, excluindo uma situação que se resolveu ainda no decurso de 2003, todas aquelas queixas foram consideradas infundadas.

Área 5 – Queixas apresentadas em 2003, por assuntos

Assuntos	Percentagem
1. ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA	**29,32%**
1.1. ATRASO NA JUSTIÇA	65,50%
Procs. cíveis	(68,00%)
Procs. crime	(5,33%)
Procs. administrativos e fiscais	(6,00%)
Ministério Público	(17,33%)
Tribunais superiores	(0,67%)

Assuntos	Percentagem
Instituto de Gestão Financeira e Patrimonial da Justiça	(2,67%)
1.2. OUTROS (discordância de decisões judiciais; actuação de magistrados e funcionários judiciais, etc.)	34,50%
2. NACIONALIDADE/VISTOS: Atrasos na concessão	**44,55%**
Nacionalidade (CRC e SEF)	(97,12%)
Vistos (SEF e Consulados)	(2,88%)
3. TRÂNSITO	**8,70%**
3.1. CONTRA-ORDENAÇÕES (RODOVIÁRIAS)	76,47%
Forças policiais	(38,46%)
Governos Civis	(9,62%)
Direcção-Geral de Viação/Direcções Regionais	(30,77%)
EMEL	(15,39%)
Polícia Municipal	(5,76%)
3.2. CARTA E ESCOLAS DE CONDUÇÃO	23,53%
4. SEGURANÇA INTERNA	**6,01%**
4.1. ACTUAÇÃO POLICIAL	87,23%
Polícia de Segurança Pública	(65,85%)
Guarda Nacional Republicana	(34,15%)
4.2. VIOLÊNCIA POLICIAL	12,77%
Polícia de Segurança Pública	(50,00%)
Guarda Nacional Republicana	(33,33%)
Polícia Municipal	(16,67%)
5. REGISTOS E NOTARIADO	**2,68%**
6. CONSULADOS DE PORTUGAL NO ESTRANGEIRO	**0,64%**
7. OUTROS	**8,10%**

2.5.2. Processos anotados

R-2051/00
Assessor: Maria do Pilar Amado

Assunto: Concessão de pensão de preço de sangue.

Objecto: Reclamação pelo facto de, não tendo sido esclarecida, em termos médico-legais, a causa da morte de um ex-soldado, não ter sido possível relacioná-la com a prestação do serviço militar, pelo que foi indeferido, por Sua Excelência o Secretário de Estado da Defesa Nacional, o pedido de concessão de pensão de preço de sangue.

Decisão: O processo foi arquivado, após a pretensão da reclamante ter sido satisfeita, tendo-lhe sido atribuída, na qualidade de viúva de um ex-soldado, a pensão de preço de sangue.

Síntese:

O nosso processo já havia sido anotado no Relatório à Assembleia da República do ano de 2001 (fls. 486 e 487), aguardando a reanálise do processo existente no Ministério da Defesa Nacional, o qual fora reaberto após a intervenção do Provedor de Justiça.

A morte do ex-soldado acabou por ser considerada como ocorrida nas circunstâncias previstas no artigo 2º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 466/99, de 6 de Dezembro, e revogado o indeferimento supra mencionado.

A Caixa Geral de Aposentações, a quem cabe a decisão final sobre o direito à pensão e o seu montante, atribuiu, em Agosto de 2003, uma pensão de preço de sangue à cônjuge sobreviva do ex-soldado.

R-2738/00
Assessor: Teresa Aragão Morais

Assunto: Obtenção de nacionalidade portuguesa.

Objecto: Queixa apresentada na Provedoria de Justiça relativa à obtenção de nacionalidade portuguesa por filha de pais portugueses, solteiros, cuja filiação não foi estabelecida durante a sua menoridade.

Decisão: O processo foi arquivado após concessão de nacionalidade portuguesa, por naturalização, à reclamante.

Síntese:

Na sequência da queixa apresentada pela reclamante, em 21 de Junho de 2000, a Provedoria de Justiça apurou, junto da Conservatória dos Registos Centrais, que a reclamante só poderia obter nacionalidade portuguesa originária se conseguisse comprovar o parentesco entre si e os seus pais (solteiros à data do seu nascimento), através de um documento em que aqueles a reconhecessem como filha, durante a sua menoridade – art. 14º da Lei n.º 37/81, de 3 de Outubro (Lei da Nacionalidade).

Como a reclamante não tinha possibilidade de satisfazer esse requisito legal, a Provedoria de Justiça aconselhou-a a pedir a devolução da documentação que apresentara na Conservatória dos Registos Centrais para posterior entrega no Serviço de Estrangeiros e Fronteiras juntamente com um pedido de naturalização.

O Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, em 27 de Novembro de 2001, informa que, não fazendo a reclamante prova de ser estrangeira e sendo filha de pais portugueses, só poderia obter autorização de residência (necessária para se iniciar o pedido de naturalização) se apresentasse naqueles serviços uma declaração, passada pela Conservatória dos Registos Centrais, em

como não estava em condições de adquirir nacionalidade portuguesa originária.

Nesse mesmo dia, a Provedoria de Justiça solicitou a referida declaração à Conservatória dos Registos Centrais que a passou de imediato. A declaração foi logo entregue no Serviços de Estrangeiros e Fronteiras.

O Serviço de Estrangeiros e Fronteiras indeferiu o pedido da reclamante, com fundamento na falta de preenchimento dos requisitos exigidos pelas alíneas b) e f) do n.º 1 do art. 6º da atrás mencionada Lei da Nacionalidade. Sempre assistida pela Provedoria de Justiça, a reclamante contestou, fundamentadamente, esse indeferimento e obteve ganho de causa.

Em 5 de Março de 2003, era publicada no Diário da República, a concessão de nacionalidade portuguesa, por naturalização, à reclamante.

R-4673/01
Assessor: Maria do Pilar Amado

Assunto: Alteração temporária da postura municipal de trânsito por edital camarário. atribuições das câmaras municipais em matéria viária.

Objecto: Contra-ordenação de trânsito por violação de um edital que alterou temporariamente a postura municipal de trânsito.

Decisão: O processo foi arquivado, após a pretensão da reclamante ter sido satisfeita, através de meios informais, tendo sido determinada a devolução à arguida da quantia paga à câmara municipal.

Síntese:

A reclamante, arguida em processo de contra-ordenação, apresentou queixa na Provedoria de Justiça por considerar ter sido indevidamente autuada e o seu veículo indevidamente rebocado.

Após análise do processo, verificou-se que a arguida foi autuada e o seu veículo rebocado com base em edital de uma câmara municipal.

Não obstante a competência das câmaras municipais relativamente ao estacionamento de veículos nas ruas e demais lugares públicos, um edital não pode regular matéria de infracção rodoviária prevista e punida na legislação geral. As infracções rodoviárias seguem a tramitação processual prevista no Código da Estrada, sendo as entidades com competência para decidir nesses processos o Governo Civil ou a Delegação de Viação do distrito onde foi cometida a infracção.

Na verdade, "...se o Código da Estrada ou legislação complementar contiver já previsão de uma contra-ordenação e respectiva coima, não pode surtir eficácia uma postura ou regulamento municipal que venha a dispor também sobre a matéria, quer a sanção seja menor quer mais elevada. A ser válida, mesmo que repetida "*expressis verbis*", acarretaria consequências, pelo menos, na competência para o seu julgamento, o que não pode admitir-se com base na hierarquia das normas" (cfr. parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º 25/94).

Foram, por isso, realizadas diligências junto da Direcção-Geral de Viação, na sequência das quais foi elaborada uma informação dirigida ao senhor Director-Geral das Autarquias Locais onde se solicitava "os bons ofícios [...] no sentido das câmaras municipais serem informadas de que as infracções ao estacionamento de duração limitada bem como quaisquer outras normas previstas no Código da Estrada, estão sujeitas à aplicação das regras estradais e devem ser decididas pela Direcção-Geral de Viação ou Governos Civis, entidades materialmente competentes, sendo os autos a utilizar do modelo aprovado pelo despacho n.º 42-A/2001, de 13 de Novembro de 2001".

Face ao teor dessa informação, a Direcção-Geral das Autarquias Locais informou o gabinete de Sua Execelência o Secretário de Estado da Administração Local de que "A Direcção-

Geral de Viação teve conhecimento de que algumas câmaras municipais decidiram autos de contra-ordenação por infracções aos respectivos regulamentos municipais, à margem das normas previstas no Código da Estrada. Assim, remeteu a esta Direcção-Geral um ofício alusivo às entidades competentes para a decisão dos referidos processos de contra-ordenação [...]. Com efeito, os presidentes das câmaras municipais não são competentes para decidir processos de contra-ordenação resultantes de infracções às normas do Código da Estrada, as quais devem ser decididas pelo Director-Geral de Viação ou pelo Governador Civil do distrito em que foram praticadas."

Tendo sido o acima exposto transmitido à Associação Nacional de Municípios Portugueses, esta elaborou uma circular sobre o assunto dirigida aos municípios, face à qual foi deliberado pela câmara municipal visada "... após reapreciação de todo o processo, devolver à queixosa o montante pago entrado na tesouraria...".

R-2113/02
Assessor**:** Maria do Pilar Amado

Assunto: Tradução da apostilha prevista no artigo 3º da Convenção da Haia.

Objecto: Reclamação pelo facto de uma conservatória do registo civil ter exigido a tradução das menções que integravam a mencionado apostilha.

Decisão**:** O processo foi arquivado após a pretensão do reclamante ter sido satisfeita.

Síntese:

O reclamante apresentou numa conservatória do registo civil um documento tendo aposta a apostilha prevista no artigo 3º da Convenção da Haia (relativa à supressão de exigência de legalização dos actos públicos estrangeiros). O documento não foi aceite porque a apostilha não estava traduzida.

Nos termos do artigo 4º da Convenção "A apostila pode ser redigida na língua oficial da autoridade que a passa. As menções que figuram na mesma podem também ser redigidas num segundo idioma. O título «Apostila (Convenção da Haia de 5 de Outubro de 1961)» deverá ser escrito em língua francesa".

Era entendimento da Direcção-Geral dos Registos e do Notariado que as referidas menções, escritas em língua estrangeira, só seriam úteis se traduzidas.

Na sequência das diligências realizadas junto do Gabinete de Documentação e Direito Comparado da Procuradoria Geral da República, foi emitido parecer no sentido da desnecessidade da tradução das menções constantes da apostilha.

Tendo sido dado conhecimento do teor do mesmo à Direcção-Geral dos Registos e do Notariado, foi publicado no n.º 5/2003 do respectivo Boletim, o parecer n.º CN 47/2002 DSJ, onde, referindo a intervenção da Provedoria de Justiça, se conclui que "... tendo em conta a posição adoptada pela PGR, devem os serviços respeitar este novo entendimento sobre a desnecessidade de tradução de menções que integram a apostilha.".

R-3868/02
Assessores: Diogo Nunes dos Santos e Rita Roquette

Assunto: Negligência na assistência médica prestada no Hospital da Universidade de Coimbra.

Objecto: Reclamação apresentada através do Grupo Parlamentar do Partido Comunista Português relativa a atrasos na apreciação de processos a correr termos na Ordem dos Médicos; na Inspecção-Geral da Saúde e no DIAP de Coimbra que poderiam originar a respectiva prescrição.

Decisão: O processo foi arquivado, após a prolação do despacho final no inquérito pendente no DIAP de Coimbra.

Síntese:

A Senhora Deputada Luísa Mesquita do Grupo Parlamentar do Partido Comunista Português apresentou cópia da correspondência trocada pelo reclamante com as diversas entidades sobre o assunto acima identificado. Analisada a exposição e toda a documentação junta ao processo, verificou-se existirem três processos: um junto da Ordem dos Médicos; outro junto da Inspecção-Geral da Saúde e um terceiro junto do DIAP de Coimbra. Os dois primeiros foram instruídos no âmbito da área 3 e o terceiro pela área 5.

Relativamente ao processo da Ordem dos Médicos, verificou-se estar pendente recurso contencioso de anulação junto do Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa. Encontrando-se a questão a ser discutida em tribunal, cessou a intervenção da Provedoria de Justiça.

No que respeita ao processo da Inspecção-Geral da Saúde, foi decidido proceder à auscultação da Inspecção-Geral no sentido de serem prestados esclarecimentos relativamente ao caso. No seguimento destas diligências, fomos informados pela Inspecção-Geral do teor do relatório final do processo de inquérito, em que ficaram indiciadas condutas infractórias negligentes por parte dos profissionais de saúde intervenientes no processo de assistência médica à utente, nos Hospitais da Universidade de Coimbra, tendo sido instaurados processos disciplinares contra os médicos visados.

Por último, no que se refere à questão da aceleração processual do inquérito do DIAP de Coimbra, foram solicitadas informações ao Conselho Superior do Ministério Público uma vez que o Senhor Vice-Procurador-Geral da República determinara o encerramento dos autos no prazo máximo de 30 dias. Contudo, esse prazo fora já prorrogado por três vezes. À Provedoria de Justiça fora transmitido o receio de que, encontrando-se o inquérito em instrução há mais de 36 meses, pudesse ocorrer a prescrição do respectivo procedimento criminal. Foram, também, realizadas várias diligências informais junto do Senhor

Magistrado do Ministério Público do DIAP de Coimbra. Tendo sido proferido, finalmente, despacho final no inquérito.

R-1146/03
Assessor: Maria do Pilar Amado

Assunto: Atraso em processo judicial.
Objecto: Reclamação pelo facto de, no âmbito de uma acção sumária, não ter sido proferida sentença oito meses depois da audiência de julgamento.
Decisão: O processo foi arquivado, face à decisão do Conselho Superior da Magistratura.
Síntese:

O autor de uma acção sumária solicitou a intervenção da Provedoria de Justiça por, decorridos oito meses sobre a audiência de julgamento, ainda não ter sido proferida decisão final.

Na sequência de diligências realizadas junto do Conselho Superior da Magistratura, entidade máxima de gestão e disciplina da magistratura judicial, foi deliberado pelo Conselho Permanente desse órgão solicitar ao Inspector Judicial da área o acompanhamento da situação do processo judicial em causa.

R-1969/03
Coordenador: José Miguel Pereira dos Santos

Assunto: Atraso no recebimento de uma pensão de alimentos.
Objecto: A reclamante pretendia que lhe fosse liquidada determinada importância - superior a três mil contos - depositada à ordem do tribunal desde Dezembro de 2001.
Decisão: O processo foi arquivado depois de satisfeita a pretensão da reclamante.

Síntese:

A reclamante dirigiu-se à Provedoria de Justiça em 6 de Maio de 2003. Após diligências telefónicas junto do tribunal e da Caixa Geral de Depósitos (quer em Portugal quer em França), o precatório cheque em questão foi pago em 6 de Junho do mesmo ano.

2.5.3. Censuras, reparos e sugestões à Administração Pública

R-3923/02
Assessor: Teresa Aragão Morais

Entidade visada: Governadora Civil do Distrito de Lisboa
Assunto: Atraso na actuação do Governo Civil de Lisboa.

Atento o teor do ofício, comunico o arquivamento do processo aberto na Provedoria de Justiça sem, contudo, deixar de chamar a atenção de V. Exa. para o facto de, não obstante o licenciamento de guardas-nocturnos, pelo Governador Civil, ter carácter anual e não depender apenas da apresentação de pretensão individual, o senhor ...ter iniciado o seu processo, junto desse Governo Civil, em Outubro de 1998, conforme consta da sua exposição enviada em anexo ao nosso ofício de 11.12.02, pelo que, tendo a mudança de competências ocorrido apenas em Novembro de 2002, não se vislumbra qualquer justificação para que, em cerca de 4 anos, nada tenha sido feito relativamente à pretensão apresentada pelo requerente.

2.6.

Assuntos político-constitucionais; direitos, liberdades e garantias; assuntos penitenciários; estrangeiros e nacionalidade; educação, cultura e ciência;

Coordenador:

João Portugal

Assessores:

Maria Eduarda Ferraz
Genoveva Lagido
Ana Corrêa Mendes
Isaura Junqueiro
João Batista

2.6.1. Introdução

1. Conforme realçado no Relatório de 2002,[147] muito embora a esta área da Assessoria esteja cometida uma grande diversidade de matérias, concentra-se a maioria das queixas recebidas nas questões de Educação (27% em 2003), Assuntos Penitenciários (24%) e Direito dos Estrangeiros e Nacionalidade (17%), tudo somando mais de dois terços dos processos tratados.

2. As situações em que era suscitada, a título principal ou acessório, a possibilidade de iniciativa de processo de fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade ou legalidade de normas atingiram a proporção de 12%, existindo, todavia, dentro das mesmas uma grande disparidade quanto à sua complexidade e mesmo procedência liminar.

3. Tendo em conta a especial complexidade de algumas matérias e a circunstância, por vezes, de se preferir, antes de eventual iniciativa junto do Tribunal Constitucional, a formulação de recomendação prévia para correcção da norma em apreço, leva a que apenas metade das queixas nesta categoria tenha sido solucionada no mesmo ano em que entrou.

4. As restantes matérias a cargo desta área tiveram expressão reduzidíssima no conjunto das queixas recebidas, ao nível das poucas unidades em cada uma.

Assuntos político-constitucionais

5. Foram apresentados durante o ano de 2003 dois pedidos de declaração de inconstitucionalidade, um deles na sequência do Acórdão 142/2002.[148]

---

[147] Cf. pg. 689.
[148] Cf. Relatório de 2002, pg. 692.

6. Estava aqui em causa a constitucionalidade das normas que, ano após ano, vêm sendo inseridas no Orçamento de Estado, permitindo que por mero acto regulamentar seja fixada a taxa do Imposto sobre os Produtos Petrolíferos.

7. O outro pedido de fiscalização incidiu sobre um aspecto da Lei do Regime Geral do Arrendamento Urbano que considerei como particularmente injusto. Trata-se da prevalência, constante, da posição do arrendatário face à do senhorio, quando ambos preencham os requisitos especialmente enunciados por lei que obstam à denúncia do contrato para residência própria do senhorio. Assim, considerei que, perante duas situações materialmente idênticas, não pode ser julgada como apta a demonstrar a parte mais fraca, e assim carecida de especial protecção, a qualidade de arrendatário, nos termos inilidíveis constantes da lei em vigor.

8. Foram publicados pelo Tribunal Constitucional, em 2003, sete acórdãos em resposta a iniciativas do Provedor de Justiça no âmbito da fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade e da legalidade. Destes, para além de um caso em que o Tribunal de todo não conheceu do pedido, por revogação subsequente da norma, em duas situações ocorreu provimento, total ou parcial, do pedido, sendo em número de quatro as restantes. Deve, desde já, notar-se, contudo, que uma decisão de não provimento, conforme abaixo se explicita, resultou da aplicação do princípio da interpretação conforme à Constituição, seguindo-se orientação idêntica à defendida pelo Provedor de Justiça, aliás a mesma que a Administração tinha entretanto passado a aplicar.

9. Assim, pelo Acórdão 187/2003, entendeu o Tribunal Constitucional não conhecer do pedido,[149] por revogação subsequente ao mesmo, da norma constante do art.º 5.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 251/98, de 11 de Agosto, que estabelecia, *ope legis*, a incapacidade para o exercício da actividade de transportador

[149] Cf. Relatório de 2000, pg. 538.

público de aluguer para quem tivesse sofrido determinada pena de prisão.

10. Já pelo Acórdão 81/2003, obteve sucesso o pedido de declaração de inconstitucionalidade das normas[150] que, ao nível da Região Autónoma dos Açores, estabeleciam condições de oposição a concurso no âmbito da carreira docente, em termos que se tinham oportunamente considerado violar o sistema constitucionalmente previsto para a articulação da autonomia regional com o todo estadual, bem como o princípio da igualdade.

11. O referido aresto bastou-se com a preterição das regras constitucionais primeiramente indicadas, não entrando na análise da licitude do regime substantivo fixado. Assim sendo, veio posteriormente a Assembleia Legislativa Regional a aprovar um decreto pelo qual supriu o vazio criado pelo Acórdão em causa.

12. É de frisar que, nesta nova normação, se acolheu a posição por mim expressamente assumida como lícita, no pedido em apreço, qual fosse o de se passar de um regime de limitação do universo de opositores para a consagração de um regime de prioridades,[151] o que decisivamente terá contribuído para que o Tribunal Constitucional, em sede de fiscalização preventiva e pelo seu Acórdão 233/2003,[152] apenas se tenha pronunciado pela inconstitucionalidade de um pequeno aspecto.

13. Julgo, assim, que esta minha intervenção produziu os efeitos desejados, não só por evitar uma solução contrária à Constituição mas também por indicar o modo como o interesse público a promover podia ser licitamente salvaguardado.

14. Tal como noutra situações análogas, veio o Acórdão 405/2003 declarar a inconstitucionalidade das normas que, na carreira de técnico de diagnóstico e terapêutica, permitiam o recebimento de remuneração superior por funcionários com menor antiguidade na categoria[153].

---

[150] Cf. Relatório de 2002, pg. 977.
[151] Cf. n.º 67 do pedido, no Relatório de 2002, pg. 993.
[152] Publicado no Diário da República, 1-A, de 2003.06.17.
[153] Cf. Relatório de 2002, pg. 968

15. Em sentido negativo, foi a resposta dada pelo Tribunal Constitucional nos acórdãos 491/2002,[154] 84/2003,[155] 198/2003[156] e 188/2003.[157]

16. Quanto a este último caso, será de notar que estava em causa posicionamento particularmente injusto por parte da Administração Tributária, ao apenas considerar como relevante, para efeitos de benefício fiscal na compra de automóvel, a deficiência ao nível dos membros, independentemente de outra de diversa etiologia poder causar as mesmas dificuldades de locomoção.

17. Tendo-se frustrado a tentativa de persuasão da Administração, em adoptar entendimento diverso, foi suscitada a fiscalização da constitucionalidade, tendo o Tribunal Constitucional, como se já disse, considerado caber na norma o desiderato defendido pelo Provedor de Justiça. Por esse facto e por a Administração, após a apresentação do pedido em apreço, ter passado, por orientação genérica, a considerar como relevantes outras deficiências com efeitos motores que não as localizadas ao nível dos membros, não foi declarada a inconstitucionalidade, alcançando-se, todavia, o efeito que se pretendia com esta iniciativa.

Educação

18. Em matéria da actividade da Administração Educativa, aqui não se curando do regime dos respectivos funcionários, há duas questões que quero realçar.

---

[154] Estando em causa o artigo 490.º, n.º 3, do Código das Sociedades Comerciais; cf. Relatório de 1999, pg. 126.

[155] Sobre várias normas da Lei Geral Tributária; cf. Relatório de 1999, pg. 160.

[156] A respeito do então art.º 127.º, hoje 137.º, do Código do IRS; cf. Relatório de 1999, pg. 120.

[157] Estavam em causa os n.ºs 1 e 2, do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 103-A/90, de 22 de Março, "na parte em que reservam o seu âmbito de aplicação a quem seja portador de deficiência motora ao nível dos membros superiores ou inferiores"; cf. Relatório de 2000, pg. 534.

19. Assim, seja a primeira a torre de babel normativa com que se deparam os intervenientes no processo educativo, sejam as várias instâncias da Administração, sejam os docentes, sejam os alunos ou seus encarregados de educação, não escapando aqui as várias instâncias de controlo.

20. A adopção de sistemas mais racionalizados de produção de direito regulamentar, com outras regras de publicitação e articulação, muito contribuiria para o desenvolvimento de excrescências como a que afectou o chamado caso do ensino recorrente, já aludido no Relatório de 2002[158] e cuja tomada de posição por mim assumida consta no presente.

21. Num outro nível, nota-se a propensão para a desconsideração das regras sobre hierarquia de normas, muitas vezes preferindo a Administração operar com base em regulamentos ilegais, posteriormente se afeiçoando a disciplina legislativa. Foi este o caso, designadamente, da emissão de orientações regulamentares, expostas e cumpridas antes da alteração da Reforma do Ensino Básico que lhe veio dar cobertura.

22. Foi este também o caso, emblemático e que adiante vem narrado com detalhe, da não alteração, por longos anos, de determinada Portaria que estabelecia prazos para inscrição em estágio pedagógico. Caída em desuso e manifestamente desajustada às alterações que foram entretanto introduzidas no funcionamento do sistema escolar, designadamente no que toca ao início do ano lectivo, foi necessário ocorrer uma situação que se qualificaria mais como ilegal do que propriamente injusta, para se promover a adequação do citado instrumento normativo.

23. Uma segunda questão que queria aqui relevar é a necessária clarificação do regime de concessão e fiscalização dos apoios em sede de acção social, ao nível do ensino superior como não superior.

24. Principalmente neste último, é patente a desadequação dos normativos em vigor face à prática instituída, muitas vezes se

---

[158] Cf. pg. 707.

invocando, numa manifestação do primeiro fenómeno acima tratado, a um famoso "Guião", conjunto de instruções de ordem prática que tem-se entendido contradizer os actos regulamentares publicados em Diário da República, para além de, em variadíssimos aspectos, não possuírem o necessário rigor que se exige em tarefa tão melindrosa como é aquela de garantir o direito à educação a quem está em situação de verdadeira carência.

25. Os maiores problemas enquadram-se no exercício de actividades profissionais independentes ou de cariz comercial ou industrial, sendo notória a desconfiança de base face à declaração fiscal de rendimentos. Aqui, para além de não ser de estabelecer presunções cegas, que façam correr o risco de confundir um carenciado com quem o não é, ganha relevo a garantia dada ao aluno de provar o contrário do que resulta dessa presunção, também através de diligências da própria Administração, no meio familiar, social e profissional do agregado do candidato.

26. Também não isenta de dúvida é a presunção de rendimentos em situações consideradas anómalas, que não seria de afastar liminarmente, mas sempre preferindo dotá-la da possibilidade de ilisão.

27. No mais respeitante a esta matéria, permanecem válidas as considerações genéricas anteriormente aduzidas.

Assuntos penitenciários

28. Na sequência das visitas que se deu nota no Relatório de 2002,[159] finalizou-se em 2003 a elaboração do 3.º Relatório Especial do Provedor de Justiça sobre o Sistema Prisional, contendo, entre recomendações genéricas e concretas, 950 propostas de actuação dirigidas à Ministra da Justiça, cuja resposta se aguarda.

29. Não sendo aqui o lugar para repetir o que, aliás, já está publicado em livro, do mesmo tendo dado conta à Assembleia da

[159] Cf. pg. 700.

República, permito-me frisar a insuficiência do sistema no cumprimento adequado dos seus fins. Mais que o imediatismo na resolução de situações mais flagrantes, por importantes que sejam e efectivamente o são, interessa assegurar a existência de meios materiais, humanos e, principalmente, organizacionais, para que os fins das penas, de que destaco o de reinserção, por também ele prosseguir adequadamente a prevenção especial que se deseja, possam ser alcançados.

30. Por mais meritórias que sejam intervenções legislativas a montante do sistema prisional, é de notar que a pena de prisão continuará, no futuro previsível, como o paradigma punitivo e, espera-se, reintegrador para a generalidade dos crimes, muito em especial para aqueles que ferem gravemente o tecido social.

31. Dou como assente que o Estado, em particular o legislador, tem o dever de buscar as soluções mais adequadas para a punição dos crimes, aqui incluindo as garantias adjectivas necessárias, para arguidos e para ofendidos, para os interesses públicos e para os privados. Toda e qualquer privação de liberdade, antes ou depois de uma condenação, só é admissível se se demonstrar ser essa a solução necessária, proporcional e adequada à situação concreta em apreço. Nesta medida, saúdo toda e qualquer alteração ou inovação legislativa que prossiga responsavelmente este desiderato.

32. Todavia, mesmo eliminando do sistema penitenciário aqueles que se considere não deverem nele entrar, é preciso dar condições para que o mesmo funcione e cumpra os seus fins com o remanescente da população acolhida. Conforme se escreveu em 1996, a sobrelotação, sendo um mal do sistema, não é a pior das pechas de que este padece, não sendo minimamente bastante, qual panaceia, eliminá-la para alcançar um sistema funcional e adequado ao que dele se deve exigir.

33. As visitas realizadas a alguns Estabelecimentos em 2003 têm permitido a manutenção do contacto com a realidade vivida nos mesmos, ultrapassando a perspectiva das reclamações recebidas.

34. No que a estas reclamações diz respeito, quer de reclusos, quer de suas famílias ou de terceiros, não se mostra qualitativa ou quantitativamente diversa a evolução face a anos anteriores. Dos casos mais relevantes dá-se nota neste Relatório.

35. Nota-se a concentração das queixas nos EP centrais e especiais, e nem em todos, sendo, v. g., de notar a escassíssima representação de estabelecimento com tanta população como o do Porto.

36. Nota-se ainda um certo aumento do recurso à queixa por reclusos estrangeiros, provavelmente também por se sentirem menos apoiados.

Direito dos estrangeiros e nacionalidade

37. Em matéria de direito dos estrangeiros, persistem os problemas causados pela escassa capacidade de resposta do SEF, em tempo minimamente adequado aos procedimentos em causa.

38. Lembro, como emblemático, a demora de dois anos ocorrida numa simples emissão de segunda via do documento titulando a autorização de residência, isto por, alegadamente, terem ocorrido dúvidas sobre a possível nacionalidade portuguesa do requerente. Assim, uma eventual vantagem para o mesmo foi administrativamente transformada em penalização por largo período de tempo.

39. Com o decorrer do tempo, acumularam-se reclamações relativas à ausência de decisão sobre pedidos de renovação, em geral de autorizações de permanência. Muito embora seja invocada a existência de dúvidas, porventura bastante legítimas, sobre o preenchimento dos requisitos legalmente estabelecidos, não é possível admitir que um procedimento em que se procura concluir por uma autorização válida por um ano possa ocupar a maior parte desse período, tornando perpetuamente instável a situação do estrangeiro em causa.

40. Embora não tenha ainda sido em 2003 que se efectivou uma análise mais aprofundada da actividade do SEF, é possível

asseverar, pelos contactos estabelecidos, a inadequação dos meios à missão que lhe é exigida, mais a mais num cenário que na última década se caracterizou pela grande exigência aos funcionários desse Serviço, seja pelo volume de estrangeiros peticionantes e de pretensões, seja pela multiplicação, exagerada, de regimes, ordinários e extraordinários, cumulativos e alternativos, que desnecessariamente complicam a posição da Administração e dos administrados, com prejuízo grave para os interesses, públicos e privados, em presença.

41. A situação relatada no Relatório de 2002,[160] a respeito do acesso das crianças estrangeiras à Acção Social Escolar obteve conclusão favorável, por via de despacho do Secretário de Estado da Administração Educativa, consagrando a solução do acesso universal.

42. No domínio da nacionalidade, dê-se conta de terem sido recebidas algumas reclamações apresentadas por cidadãos portugueses, também com nacionalidade indiana, indignados com o facto de ter-lhes sido recusada a concessão de visto para entrada em Portugal. Naturalmente, tendo-lhes sido explicada a impossibilidade de concessão de um acto que só a estrangeiros pode ser atribuído, aliás nenhum sentido fazendo quanto a quem, por direito próprio, pode entrar livremente em Portugal e aí permanecer, foi possível apurar que a dificuldade reside no facto de a ordem jurídica indiana proibir a dupla nacionalidade, assim resistindo as pessoas em causa a requererem ou a apresentarem o passaporte português.

43. Sem qualquer veleidade de que Portugal possa conseguir a inversão da regra constitucional indiana em causa, tem sido noticiado que a União Indiana estará na disposição de abrir excepções, quando a outra nacionalidade seja a de certos países, exemplificando-se com a australiana e a norte-americana. Seria, assim, adequado que, confirmando-se tais notícias, fosse

[160] Cf. pg. 750.

desenvolvida pelos canais diplomáticos adequados a actuação apta a permitir a consideração da nacionalidade portuguesa nesse lote.

Direitos, liberdades e garantias

44. Como é bem de ver, apenas cabem nesta matéria aquelas reclamações que, incidindo sobre direitos, liberdades e garantias, não estejam cobertas por outras áreas da Assessoria.

45. Desde já dando nota, mas remetendo para mais adiante, a leitura do que conduziu à difusão por toda a Administração Pública, por acolhimento de sugestão minha, de lembrete da proibição legal de retenção do bilhete de identidade dos visitantes, meio relativamente usual de controlo da entrada dos mesmos em edifícios públicos, julgo que será adequado centrar a atenção em dois aspectos com relevo social nada desprezível.

46. Reporto-me, em primeiro lugar, à questão, já mencionada no Relatório de 2002, decorrente da verificação pelo Tribunal Constitucional de existência de inconstitucionalidade por omissão na falta de previsão legal bastante a assegurar o apoio no desemprego aos funcionários e agentes administrativos, ou seja, aos trabalhadores do Estado com vínculo público.[161] Não foi possível, até ao momento, ter conhecimento do desenvolvimento eventualmente sofrido, a nível governamental, do processo apto a suprir a omissão ilícita que qualificadamente foi verificada pelo Tribunal Constitucional. Em 2003, após rejeição de projecto legislativo pela Assembleia da República, que versava sobre uma categoria de agentes, e fiando-me nas declarações de voto então produzidas, dando conta do avanço governamental nesta matéria, inquiri a este respeito o Executivo, notando que o afastamento de soluções alternativas, posto que parcelares, mais ponderoso tornava o dever de atalhar à manutenção do *statu quo*.

47. Assim como espero que em breve seja efectivamente estabelecida a universalidade do apoio na situação de desemprego

[161] Cf. Relatório de 1994, pg. 320, e de 2002, pg. 694.

involuntário, desejo também ver cessada uma situação grave que afectará muitas mulheres num momento tão crucial como é o dos primeiros meses após um parto, com prejuízo dos valores socialmente eminentes associados à protecção da maternidade.

48. Reporto-me à matéria da comunicação, cujo texto adiante poderá ser lido, que dirigi à Ministra de Estado e das Finanças, pedindo-lhe que fizesse cessar a situação grave que é a da ausência de garantia da licença de maternidade para aquelas trabalhadoras do Estado com vínculo precário e não inscritas na Segurança Social, ou seja, em geral e uma vez mais, as agentes administrativas. Na verdade, se porventura o parto ocorre no final do prazo dessa vinculação, não há lugar ao pagamento de qualquer retribuição ou subsídio no remanescente da licença de maternidade prevista na legislação em vigor, em quadro agravado pela ausência, como se viu, de apoio no desemprego.

49. A resposta recebida dava conta da existência de trabalhos preparatórios no quadro da aplicação das soluções contidas no Código do Trabalho à Administração Pública, sendo certo que, dado o tempo decorrido, tardam já os resultados na eliminação de situação gravemente injusta, perturbadora do direito fundamental à maternidade (e paternidade, reflexamente) e desincentivadora da imprescindível renovação geracional.

50. Por se tratar de Recomendações ainda não acolhidas pela Assembleia da República, permito-me realçar duas situações, de que adiante se acha nota.

51. A respeito da persistência da não admissibilidade de voto antecipada para funcionários que no dia da eleição estejam ausentes do território nacional em missão, apesar de poder tratar-se de número pequeno de ocorrências, choca que, entretanto, tenha sido admitida tal solução, v. g. para desportistas, negando-a àqueles que estão, por ordem do Estado, impossibilitados de exercer o direito sagrado da escolha democrática.

52. Quanto ao acertamento do âmbito da Lei n.º 5/2001, tratando de maneira igual todos aqueles que desempenharam as mesmas funções, de educador de infância, com as mesmas

habilitações, sem dependência da inclusão nesta ou naquela categoria, aliás ambas distintas daquela que deveria ser correctamente a dos trabalhadores chamados a desempenhar aquelas funções, parece-me importante que complemente a Assembleia da República, no quadro do sentimento de justiça determinante da iniciativa de 2001, o regime aí estabelecido, no quadro da igualdade material existente nas situações de base.

53. Em matéria conexa com a garantia do direito de propriedade, dê-se aqui conta do acatamento, pelo Instituto de Estradas de Portugal, da alínea b) da Recomendação 12/A/02,[162] assim mais bem protegendo a parte geralmente mais fraca nos processos de expropriação, em especial nas situações em que, não se recorrendo à via contenciosa, maior expectativa há de rapidez no pagamento de indemnização que assim se aceita em quantitativo mais modesto.

Outros assuntos

54. Como inicialmente se afirmou, os demais assuntos não assumiram expressão significativa, tratando-se de alguns problemas relacionados com o apoio público na área da cultura, outros relacionados com a gestão de cemitérios e, em sede de desporto, a aplicação do estatuto do atleta de alta competição, matéria a merecer alguma atenção e revisão, pelas decorrências importantes que tem em matéria tão sensível como é a do acesso ao ensino superior público.

55. Permito-me, a respeito do regime jurídico cemiterial, reforçar o sentimento já expresso no meu último Relatório,[163] a respeito da necessidade de clarificação de muitos aspectos do mesmo, não só os que incidem sobre a resolução de conflitos entre os particulares interessados, como na sua articulação com as

[162] Cfr Relatório de 2002, pg. 711.
[163] Cf. Relatório de 2002, pg. 709.

entidades públicas responsáveis pela conservação dos espaços em questão.

56. É normal, na verdade, entre uns e outros, alguma confusão no que ao âmbito de responsabilidade pública diz respeito, numa situação que só auxilia o aumento da conflitualidade. Ponto também importante seria a clarificação das regras respeitantes à utilização, temporária ou "perpétua",[164] dos espaços cemiteriais, propiciando nos interessados uma correcta percepção dos seus direitos.

57. Lamento a inexistência de desenvolvimentos relevantes na questão já abundantemente referida em Relatórios anteriores,[165] a respeito da omissão de regulamentação do art.º 21.º do Estatuto do Jornalista, aprovado pela Lei n.º 1/99, de 13 de Janeiro. Por complexa que possa ser a composição de interesses em presença, os mais de cinco anos volvidos sobre a aprovação da referida norma já deveriam ter propiciado a reflexão apta a produzir uma decisão.

Colaboração das Entidades visadas

58. Ao nível da colaboração prestada pelas entidades visadas, naturalmente que há mais para dizer naquelas que se integram nos três campos de actuação maioritários acima referenciados.

59. Assim, no que diz respeito ao Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, continua actual a variabilidade referida no Relatório de 2002,[166] com maior demora, v. g., na Direcção Regional do Norte do que na de Lisboa e Vale do Tejo, isto citando as estruturas locais mais visadas. Ao nível desta última estrutura, a qualidade e rapidez de comunicação melhoraram significativamente após um contacto pessoal que foi estabelecido,

---

[164] Aspas intencionais.
[165] Cf. Relatório de 2001, pg. 500 e de 2002, pg. 709.
[166] Cf. pg. 705.

agilizando-se e passando, preferencialmente, a formas mais rápidas como a telecópia e o correio electrónico.

60. Os estabelecimentos prisionais mais referenciados têm, na generalidade, prestado informação relativamente rápida e com a qualidade exigível (citem-se, positivamente, e de entre os mais solicitados em 2003, o Hospital Prisional, os EP de Coimbra, Vale de Judeus e Alcoentre, bem como o EPR de Faro). Ao nível dos serviços centrais, sentindo-se, nalgumas questões, alguma demora, a colaboração foi também boa, destacando-se, mais uma vez, a abertura demonstrada pela Directora de Serviços de Execução de Medidas Privativas de Liberdade, isto face às várias reclamações respeitando a pretensões de afectação a outro estabelecimento.

61. Ainda dentro do sistema prisional, convirá mencionar o caso específico do EP de Lisboa, envolvido em 17% das queixas respeitantes a esta matéria. Perante tal pressão, tem-se privilegiado o contacto directo, quer por via telefónica, quer mesmo presencial. Apesar da disponibilidade manifesta, a velocidade da resposta às questões de fundo não é a desejável, atribuindo-se contudo a mesma às falhas de pessoal que têm afectado o referido estabelecimento.

62. No que toca à Educação, é de elogiar o espirito de colaboração da Secretaria de Estado da Administração Educativa, em cuja competência, directa ou indirectamente, se centra a maioria das questões tratadas nesta matéria. A colaboração das Direcções Regionais de Educação melhorou, na globalidade, face a 2002, tendo sido agora a mais difícil, porventura, a do Centro.

63. A Inspecção-Geral de Educação, quer a nível central, quer local, tem dado boa resposta aos pedidos que lhe são formulados.

64. Ao nível do Ensino Superior, regista-se algum corte na continuidade do tratamento de algumas matérias. A Direcção-Geral do Ensino Superior tem dado resposta eficiente e adequada.

65. As instituições contactadas, ainda que privadas, têm sempre manifestado espírito de abertura à intervenção do Provedor de Justiça, sem prejuízo de, por vezes e mercê também das regras próprias de funcionamento, serem muito lentas na resposta.

66. Nota mais negativa há, contudo, que dar a respeito de algumas instituições, de que é exemplo o sucedido em 2003 com os Serviços de Acção Social do Instituto Politécnico do Porto. Na verdade, inquiridos a respeito de uma situação de aparente atraso na resposta a um candidato a bolsa, foi necessário, após várias insistências por escrito e telefónicas, recorrer à convocatória para comparência pessoal na Provedoria de Justiça para obter a resposta, que, aliás, se traduzia na demonstração de estar em falta, isso sim, o reclamante, por não ter respondido a pedidos vários que lhe tinham sido dirigidos para completamento da instrução do seu requerimento. De modo incompreensível, tentou-se então justificar a prolongada omissão no cumprimento do dever de colaboração com o Provedor de Justiça alegando-se ter-se aguardado pela resolução do assunto, ao que se retorquiu ser pouco provável que o faltoso, tendo-se queixado ao Provedor de Justiça, tivesse consciência da sua omissão ou, se estivesse de má fé, que a suprisse por sua iniciativa.

67. Esclareça-se que, na sequência deste incidente, o Presidente do referido Instituto Politécnico solicitou que qualquer anomalia dos seus serviços lhe fosse também transmitida para rápida correcção, o que se regista com agrado.

2.6.2. Recomendações

Exmº. Senhor
Presidente da Junta de Freguesia de
Espiunca

R-5815/01
Rec. n.º 3/A/2003
26.03.2003

1. Nos termos da exposição apresentada junto deste Órgão de Estado pela Senhora.., terá sido requerida a V.ª Ex., na qualidade de Presidente da Junta de Freguesia de Espiunca, enquanto entidade responsável pela gestão e administração do cemitério paroquial local, a trasladação dos restos mortais dos progenitores da requerente, inumados em sepultura perpétua concessionada ao Senhor ..., irmão da mesma.

2. Alega a exponente ter sido a sua pretensão indeferida, não obstante a verificação das regras de legitimidade em vigor para a prática de semelhante acto, com base no facto do referido concessionário não autorizar, para os devidos efeitos, a abertura da sepultura em causa.

3. Consultada sobre esta matéria essa autarquia local, confirmou V.ª Ex., através do ofício, que se agradece, o fundamento invocado pela exponente, baseando-se para tal no disposto no artigo 38.º do Modelo de Regulamento dos Cemitérios Paroquiais, aprovado pelo Decreto n.º 48 770, de 18 de Dezembro de 1968.

4. No tocante ao chamado direito mortuário português, veio o Decreto-Lei n.º 411/98, de 30 de Dezembro, posteriormente alterado pelo Decreto-Lei n.º 5/2000, de 29 de Janeiro, e pelo Decreto-Lei n.º 138/2000, de 13 de Julho, estabelecer o regime jurídico a observar neste domínio, revogando nos termos do seu

artigo 32.º, n.º 2, todas as normas jurídicas constantes do Decreto n.º 48 770, de 18 de Dezembro de 1968, e dos regulamentos dos cemitérios, que contrariem o disposto no mesmo.

5. Ora, estabelecendo o art.º 3.º do Decreto-Lei n.º 411/98 as condições de legitimidade para o requerimento de autorização para trasladação, é de notar que em ponto algum se ressalva a situação de os restos mortais a trasladar se encontrarem em jazigo ou sepultura perpétua.

6. Compreende-se que a trasladação para jazigo ou sepultura perpétua requeria, em regra, o consentimento do seu concessionário, que obteve da administração título jurídico bastante para gozar, com exclusividade, aquela estrutura funerária. Nessa medida, a persistência da regra do art.º 38.º do Modelo de Regulamento em nada colide com o disposto no art.º 3.º do Decreto-Lei n.º 411/98, na medida em que esta norma dispõe quem pode pedir a trasladação, mas não define para onde ou muito menos permite a deposição dos restos mortais em espaço concessionado a terceiro, contra a sua vontade.

7. Defende-se contudo que, para a retirada de restos mortais de jazigo ou sepultura perpétua, é, salva a invocação de interesse legítimo de natureza pessoal, irrelevante a posição do concessionário desse espaço, tão logo seja requerido o acto por quem a lei, actualmente, confere legitimidade para tanto. Nessa medida, ou seja, para a saída de restos mortais, não tem já lugar a exigência do consentimento do concessionário, na medida em que não vai ser ocupado, muito pelo contrário, o espaço que lhe foi afectado por acto administrativo.

8. Será assim de se considerar revogado parcialmente o disposto no art.º 38.º do Modelo de Regulamento, isto por força da norma revogatória genérica inserida no art.º 32.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 411/98.

9. Posição esta de resto acolhida no próprio preâmbulo do Decreto-Lei n.º 411/98, de 30 de Dezembro, ao afirmar-se que se entende "ser suficiente a autorização da entidade responsável pela administração do cemitério para que se proceda a trasladações

dentro do mesmo", subentendendo-se que após a apresentação de requerimento por quem, nos termos do art.º 3.º do mesmo diploma, tem legitimidade para o efeito.

10. De facto, não seria adequado face aos princípios a observar nesta matéria, pretender atribuir ao concessionário o poder para, em absoluto e de forma definitiva, inviabilizar a prática de todo e qualquer acto de trasladação, destituindo-se assim de qualquer utilidade as regras de legitimidade legalmente consagradas e pondo-se em causa o próprio interesse público que presidiu à sua criação.

11. Em bom rigor, reconhecendo-se um conjunto de direitos aos concessionários das sepulturas e jazigos, concordará V.ª Ex.ª que não se pode incluir no seu elenco o poder de os mesmos disporem livremente sobre o destino a dar aos restos mortais nestes depositados, arrogando-se assim um direito de propriedade sobre estes inexistente, desde logo tendo em atenção a sua natureza especial, de cariz não patrimonial.

12. Na verdade, o conceito de concessão em causa reconduz-se a uma concessão de ocupação, de aproveitamento de uma parcela de domínio público e nunca associado a qualquer tipo de alienação, uma vez que o cemitério se integra na esfera do Domínio Público.

13. Como tal, as concessões feitas aos particulares não lhes atribuem os poderes jurídicos resultantes da prática de idêntico acto relativamente a uma coisa privada, designadamente o poder de dispor do espaço cemiterial concessionado, como se sobre este fosse possível exercer um direito de propriedade pleno e absoluto, uma vez que o conjunto dos direitos de que o concessionário é titular, está limitado pela natureza do objecto concedido e pela finalidade específica e inalterável a que o terreno se encontra adstrito enquanto parte integrante do cemitério (neste sentido, Lopes Dias, Vítor Manuel, *in "Cemitérios – Jazigos e Sepulturas"*, Monografia, pg. 386).

14. Relativamente ao conceito de legítimo interessado, fundamental para a aplicação da solução legal acima defendida,

determina o artigo 3.º, n.º 1, alínea d) do Decreto-Lei n.º 411/98, de 30 de Dezembro, na redacção a este dada pelo Decreto-Lei n.º 138/2000, de 13 de Julho, estar habilitado a requerer a prática do acto de trasladação, no caso de sucessão legítima ou legitimária, qualquer herdeiro.

15.Aplicando-se esta regra *qua tale*, deparar-nos-íamos com uma solução jurídica e materialmente inaceitável, na medida em que a mesma possibilitaria alimentar eventuais conflitos pessoais entre os diversos herdeiros, numa clara e censurável instrumentalização dos restos mortais alvo de disputa, contrariando os princípios da certeza e segurança que devem presidir à prática de qualquer acto jurídico, assim como o respeito à memória das pessoas já falecidas e, em última instância, do interesse público presente em actos desta natureza.

16.Resulta assim do exposto que a solução a acolher nesta matéria será aquela, nos termos da qual, dentro de cada classe de interessados legítimos em causa, deverá observar-se a regra da maioria, de resto explicitamente consagrada no artigo 29.º do Modelo de Regulamento dos Cemitérios Paroquiais, parte integrante do diploma de 1968.

17.Ora, na situação trazida ao conhecimento deste Órgão do Estado, a Senhora ... parece contar com a concordância de um outro herdeiro, num universo de três, garantindo-se assim a maioria necessária para requerer a prática do acto fúnebre em causa, pelo que também relativamente a este aspecto não se levantam quaisquer dúvidas sobre a oportunidade e legalidade do acto de deferimento da pretensão oportunamente formulada.

18.Sendo certo que, no plano da apreciação da mera legalidade da situação trazida ao conhecimento da Provedoria de Justiça, ficaria este Órgão de Estado satisfeito com a observância da lei vigente sobre esta matéria, dando-se assim provimento à pretensão da Senhora ... não posso deixar de constatar que, atentas as especificidades do caso concreto, seria de ponderar a possibilidade de a situação de impasse até agora existente, vir a ser ultrapassada por uma outra via.

19. Na verdade, alude V.ª Ex.ª ao facto de estar subjacente ao pedido objecto de apreciação, um conflito familiar entre os requerentes e o concessionário.

20. No tocante a este aspecto, teve este Órgão de Estado conhecimento que, na origem do mesmo, terá estado a impossibilidade, determinada pelo Senhor ..., da realização do culto fúnebre aos restos mortais inumados na sepultura em causa, pelos seus irmãos.

21. Exercendo o Provedor de Justiça a sua actividade quanto a entidades públicas e tratando-se de conflitos entre privados, não se ouviu, por desnecessário a outra parte, sendo certo que se admitiu expressamente ser este o único motivo pelo qual se pretenderia a trasladação dos restos mortais em causa para outra sepultura no mesmo cemitério.

22. Naturalmente que uma trasladação, mesmo que legalmente consentida, deve ser sempre um acto a praticar no limite da necessidade, não tanto pelos motivos de salubridade, que sempre ficaria salvaguardada, mas também pelo respeito que devem merecer os restos mortais, sujeitos à mínima intervenção possível, e à penosidade que sempre poderá acarretar tal operação para familiares e amigos dos defuntos.

23. Reconhecendo o importante papel que as autarquias locais são chamadas a desempenhar junto das respectivas populações, numa tradição com raízes seculares e que assume particular relevância em meios onde as relações de vizinhança são bem vivas, considero que, numa lógica de mediação e de pacificação, seria oportuno que, numa primeira fase, a Junta de Freguesia de Espiunca envidasse esforços junto das partes envolvidas na problemática em apreço, tendo em vista alcançar-se uma solução equilibrada nesta matéria.

24. Solução esta que, a meu ver, passaria pela possibilidade de o concessionário em causa permitir que os restantes herdeiros acedessem à sepultura onde estão inumados os restos mortais alvo de discórdia, aí prestando o desejado culto fúnebre, assim se evitando, eventualmente, o recurso ao acto de trasladação.

Assim, nos termos do artigo 20.º, n.º 1, alínea a), do Estatuto do Provedor de Justiça (Lei n.º 9/91, de 9 de Abril),

Recomendo

a) Que seja diligenciado por V.ª Ex.ª em termos informais, no sentido de ser reconhecida pelo concessionário a realização do culto fúnebre reclamado, por parte dos demais filhos sobrevivos de seus pais;
b) Que, na impossibilidade de se chegar a tal acordo, seja revogado o acto de indeferimento do pedido de trasladação, substituindo-o por outro de deferimento, tão logo se mostrem preenchidos os requisitos de legitimidade enunciados no art.º 3.º do Decreto-Lei n.º 411/98, designadamente pela subscrição pela maioria dos herdeiros e não existindo quem prefira na ordem das classes aí estabelecidas.
Agradeço a V.ª Ex.ª que, nos termos do disposto no artigo 38.º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, me queira comunicar o acatamento desta Recomendação ou, porventura, o seu não acatamento, justificando-o, no prazo de 60 dias.

Não acatada.

Sua Excelência
o Primeiro Ministro

R-769/02
Rec. n.º 1/B/03
21.02.2003

1. Foi-me dirigida uma exposição pela quase totalidade dos juízes conselheiros do Supremo Tribunal de Justiça, contestando a distorção actualmente existente na estrutura remuneratória da carreira da magistratura judicial, em especial das suas categorias mais altas.

A questão objecto da presente Recomendação é naturalmente do conhecimento de Vossa Excelência. No entanto, tendo em vista facilitar a exposição dos motivos e das finalidades subjacentes a esta minha iniciativa, permita-me, Senhor Primeiro-Ministro, que enquadre juridicamente, de forma sumária, o assunto a seguir referenciado.

2. A Lei n.º 2/90, de 20 de Janeiro, veio modificar de forma significativa o sistema retributivo dos juízes, introduzindo alterações às normas até então vigentes sobre a matéria no Estatuto dos Magistrados Judiciais, aprovado pela Lei n.º 21/85, de 30 de Julho. Designadamente, veio o citado diploma anexar àquele Estatuto o mapa que contém a escala indiciária ainda hoje em vigor para os magistrados judiciais. Da mesma forma, estabeleceu a mencionada legislação as regras relativas à actualização das remunerações, de acordo com os diversos índices que compõem a escala, nos termos que constam do actual art.º 23.º do mesmo Estatuto:

"A remuneração base é anualmente revista, mediante actualização do valor correspondente ao índice 100" (n.º 2), sendo que *"a partir de 1 de Janeiro de 1991 a actualização a que se refere o número anterior* (o n.º 2 citado) *é automática, nos termos do disposto no artigo 2.º da Lei n. º 26/84, de 31 de Julho, com a redacção que lhe foi dada pelo artigo 1.º da Lei n.º 102/88, de 25 de Agosto"* (n.º 3).

A Lei n.º 26/84, de 31 de Julho, que definiu o regime de remuneração do Presidente da República, veio a ser alterada, quanto ao dispositivo que aqui nos interessa, pela Lei n.º 102/88, de 25 de Agosto, a qual modificou igualmente alguns preceitos da legislação que estabelece o regime remuneratório de cargos políticos.

Desta forma, a redacção do art.º 2.º da Lei n.º 26/84, que o Estatuto dos Magistrados Judiciais faz aplicar à actualização das remunerações destes magistrados, reza da seguinte forma: *"o vencimento e o abono referidos no artigo anterior* (relativos ao Presidente da República) *são automaticamente actualizados, sem*

dependência de qualquer formalidade, em função e na proporção das alterações à remuneração mensal ilíquida fixada para o cargo de director-geral na Administração Pública".

Nos termos da mencionada legislação, a actualização das remunerações base dos magistrados judiciais que constam da actual escala indiciária seria feita anualmente, de forma automática e sem dependência de qualquer formalidade, mediante actualização do valor correspondente ao índice 100, em função e na proporção das alterações à remuneração mensal ilíquida fixada para o cargo de director-geral na Administração Pública.

3. Não têm no entanto, e não tiveram nunca, aplicação na sua total extensão as regras relativas à actualização da remuneração base dos magistrados judiciais, tal como acima definidas.

Na verdade, como é do conhecimento de Vossa Excelência, a Lei n.º 63/90, de 26 de Dezembro, veio suspender, nos termos explicitados no seu art.º 1.º, a vigência do disposto no já mencionado art.º 2.º da Lei n.º 26/84 (na redacção dada pelo art.º 1.º da Lei n.º 102/88).

No caso particular dos magistrados judiciais, tal suspensão *"é apenas aplicável à parcela das remunerações e pensões fixadas pela Lei n.º 2/90, de 20 de Janeiro* (que introduziu o novo sistema retributivo dos magistrados judiciais), *que exceda o montante correspondente à remuneração base do cargo de Primeiro--Ministro"* (art.º 1.º, n.º 2, da citada Lei n.º 63/90).

Por via da suspensão mencionada, a actualização das remunerações base dos magistrados judiciais que constam da actual escala salarial passou então a ser feita do seguinte modo: anualmente, de forma automática e sem dependência de qualquer formalidade, mediante actualização do valor correspondente ao índice 100, em função e na proporção das alterações à remuneração mensal ilíquida fixada para o cargo de director-geral na Administração Pública, ficando no entanto suspensa a actualização das remunerações na parte em que estas venham a ultrapassar o valor da remuneração base do Primeiro-Ministro.

4. Não se revela difícil antever as consequências que a referida suspensão, com efeitos a partir de 1 de Janeiro de 1991 e ainda em vigor, veio a ter no sistema retributivo aqui em discussão – a suspensão perduraria, nos termos do art.º 1.º, n.º 1, da Lei n.º 63/90, *"até que a Assembleia da República aprove os princípios de actualização das remunerações dos titulares dos cargos públicos"*, o que não aconteceu até ao momento, tendo tais remunerações vindo a ser actualizadas nos termos dos aumentos decorrentes do regime geral da função pública (sendo a última revisão aquela constante da Portaria n.º 88/2002, de 28 de Janeiro).

De facto, por via do disposto no art.º 1.º, n.º 2, da Lei n.º 63/90, foi criado uma espécie de tecto salarial, que provocou uma aproximação sucessiva das remunerações correspondentes aos diversos índices da escala salarial dos juízes, com óbvio prejuízo para os magistrados no topo da carreira.

Só em 1993 viria o legislador a, de certa forma, atenuar tais consequências, acrescentando, através da Lei n.º 19/93, de 25 de Junho, um n.º 3 ao art.º 1.º da Lei n.º 63/90, com o seguinte teor: *"À remuneração ou pensão que resulta da aplicação do número anterior* (remunerações e pensões designadamente dos magistrados judiciais suspensas nos montantes que, nos termos da actualização anual, excedam a remuneração base do Primeiro-Ministro) *é acrescentado o montante necessário para que se verifique uma diferenciação de 3% em relação à categoria que detenha o índice imediatamente inferior, de acordo com os mapas mandados anexar à Lei n.º 2/90, de 20 de Janeiro, à Lei n.º 21/85, de 30 de Julho (...)"*. Mais tarde ainda, o legislador reportaria os efeitos desta última alteração à data de 1 de Janeiro de 1993 (cf. o art.º 1.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 339/93, de 30 de Setembro).

5. Permita-me que partilhe agora com Vossa Excelência, Senhor Primeiro-Ministro, algumas preocupações sobre a questão acima exposta, quando perspectivada em dois planos distintos, num plano interno, no âmbito da carreira profissional dos magistrados judiciais, pondo em causa a justiça relativa da solução

em vigor, e num plano externo, através do qual procurarei questionar a bondade da opção pela manutenção de um sistema retributivo dos juízes que, em vários momentos, se cruza com o sistema remuneratório dos titulares de cargos políticos.

6. Conforme já mencionado, o actual regime remuneratório dos magistrados judiciais, a manter-se a restrição consignada no art.º 1.º, n.ºs 2 e 3, da Lei n.º 63/90 e o actual *status quo* normativo em matéria de remuneração dos titulares dos cargos políticos, desencadeará uma aproximação progressiva das remunerações efectivamente recebidas pelos juízes colocados ao longo da escala indiciária constante do respectivo Estatuto.

Antes de mais, veja-se quais as diferenças salariais entre as diversas categorias da magistratura judicial consagradas na revisão do sistema retributivo dos juízes, promovida pela Lei n.º 2/90, e reportadas ao *ano de 1989*, logo isentas da actualização mais tarde aprovado pela Lei n.º 2/90: 35% da categoria de ingresso para a de juiz com três anos de serviço; 14,8% da categoria de juiz com três anos de serviço para a de juiz com sete anos de serviço; 12,9% desta última categoria para a de juiz com onze anos de serviço; 8,5% da categoria de juiz com onze anos de serviço para a de juiz com quinze anos de serviço; 5,2% desta categoria para a de juiz com dezoito anos de serviço; 10% desta última para a de juiz de círculo; *9% da de juiz de círculo para a de desembargador; 4,1% desta categoria para a de juiz desembargador com cinco anos de serviço; e, finalmente, 4% desta categoria para a de juiz conselheiro*.

Atente-se, agora, nas diferenças remuneratórias actuais entre cada uma das mesmas categorias – reportadas ao *ano de 2002*, e que transportam já todo o processo de actualizações condicionado pelo disposto na Lei n.º 63/90: 35% da categoria de ingresso para a de juiz com três anos de serviço; 14,8% da categoria de juiz com três anos de serviço para a de juiz com sete anos de serviço; 12,9% desta última categoria para a de juiz com onze anos de serviço; 8,5% da categoria de juiz com onze anos de serviço para a de juiz com quinze anos de serviço; 5,2% desta

categoria para a de juiz com dezoito anos de serviço; 10% desta última para a de juiz de círculo; *3% da de juiz de círculo para a de desembargador; 3% desta categoria para a de juiz desembargador com cinco anos de serviço; 3% desta categoria para a de juiz conselheiro*.

Se compararmos as diferenças remuneratórias entre cada uma das categorias da magistratura judicial decorrentes da aplicação, sem qualquer actualização, da escala salarial resultante da aprovação da Lei n.º 2/90, com as diferenças remuneratórias actualmente existentes entre as mesmas categorias, é notório que as categorias superiores têm vindo a conhecer uma menor valorização, em termos remuneratórios, designadamente face às situadas mais abaixo na escala indiciária. As sete primeiras categorias, contadas a partir da base da escala, mantêm, em 2002, a mesma diferença salarial que mantinham, entre si, em 1989. As três categorias do topo viram agora diminuída essa diferença, comparativamente a 1989: a de juiz desembargador face à de juiz de círculo em seis pontos percentuais (isto é, uma quebra de 66,7%), a de desembargador com cinco anos de serviço face à de desembargador em um ponto percentual acrescido de uma décima (isto é, menos 26,8%), e a de conselheiro face àquela última num ponto percentual (isto é, menos 25%). Tal situação decorre única e exclusivamente da limitação da actualização dos vencimentos aqui em análise.

No actual quadro, esquecendo hipotéticos e imprevisíveis desenvolvimentos, a diferença remuneratória entre a base e o topo é 8% inferior ao estabelecido na escala salarial prevista na lei. Esta divergência é, como é evidente, mais marcada no topo da carreira, isto é, com maior prejuízo dos juízes dos tribunais superiores.

Assim, o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça ou um juiz conselheiro auferirá apenas mais 9,1% que um juiz de círculo, isto é, em situação que, de permeio, ainda comporta a categoria de desembargador, com dois escalões. Ao nível da escala

salarial fixada, esta diferença deveria ser de 18,2%, isto é, precisamente o dobro do actualmente praticado.

Noutra perspectiva, um juiz de círculo ganha agora 91,7% do vencimento de um conselheiro, sendo certo que, na ausências das restrições aqui em foco, essa percentagem não seria maior do que 84,6%.

Revelar-se-á de alguma forma difícil apurar, sem algum grau de subjectivismo, em que medida uma determinada diferença percentual entre as remunerações dos juízes de categorias distintas – por exemplo, os 3% que, a manter-se o quadro actual, separarão os vencimentos de cada uma das categorias da magistratura a partir da categoria de juiz de círculo, corresponderá, ou não, às diferenciações funcionais e hierárquicas respeitantes a cada uma dessas mesmas categorias, quando comparadas entre si.

Diga-se, de qualquer forma, que não foi decididamente intenção do autor da Lei n.º 2/90, a concepção de uma diferenciação de remunerações como a que hoje encontramos, designadamente entre as categorias superiores. Prevendo o mesmo legislador uma actualização proporcional de tais remunerações, fácil se mostra concluir que a intenção do mesmo era a de manter, no âmbito das actualizações anuais, as mesmas diferenças remuneratórias entre as diferentes categorias da magistratura. O diferencial hoje existente decorre de uma limitação posterior dos efeitos inicialmente pretendidos pelo autor da Lei n.º 2/90.

Aliás, diga-se a título ilustrativo, que aos índices estabelecidos pelo legislador na escala que fez anexar, por via da aprovação da Lei n.º 2/90, ao Estatuto dos Magistrados Judiciais – do topo para a base, os índices *260*, *250*, *240*, 220, 200, 190, 175, 155, 135 e 100 –, corresponderão actualmente, em termos reais e respectivamente, os seguintes índices: *240*, *233*, *227*, 220, 200, 190, 175, 155, 135 e 100. Já é, no entanto, um dado objectivo que às categorias situadas no topo da carreira estarão inevitavelmente associados graus mais elevados de experiência e de

responsabilidade, e que o actual sistema não estará decerto a dar a resposta adequada a essa realidade.

É ao nível dos tribunais de recurso ou revista, dotados de magistrados com mais anos de experiência e cujo mérito motivou a sua ascensão na carreira, que o prémio remuneratório é drasticamente diminuído pelo regime aqui em questão, quase se podendo afirmar que, pela via remuneratória, não se veria vantagem no acesso aos tribunais superiores. E igualmente não se estimula a sua potencial permanência nas categorias de topo, logo que preenchidos os requisitos legais para a aposentação.

Não é demais sublinhar a imperatividade da adequação das soluções legais ao princípio da igualdade, consagrado de forma geral no art.º 13.º da Constituição e, para o que aqui nos interessa, de forma especial no art.º 59.º, n.º 1, alínea a), da Lei Fundamental, dispositivo onde se encontra expresso o direito do trabalhador à remuneração do seu trabalho.

Conforme referem J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira (*in* "Constituição da República Portuguesa Anotada", 3.ª edição revista, Coimbra Editora, 1993, p. 319), estão definidas neste último preceito as orientações fundamentais a que deve obedecer a retribuição do trabalho: *"ela deve ser conforme à quantidade de trabalho (i. e, à sua duração e intensidade), à natureza do trabalho (i. e, tendo em conta a sua dificuldade, penosidade ou perigosidade) e à qualidade do trabalho (i. e, de acordo com as exigências em conhecimentos, prática e capacidade)"*; por outro lado, *"a trabalho igual em quantidade, natureza e qualidade deve corresponder salário igual, proibindo-se desde logo as discriminações entre trabalhadores (...)"*.

Recordo a Vossa Excelência que o Tribunal Constitucional julgou já inconstitucional, em sede de fiscalização concreta, e por violação dos preceitos constantes dos art.ºs 13.º, 59.º, n.º 1, e 210.º, n.ºs 1, 3 e 4, da Constituição, a norma do art.º 1, n.º 2, da Lei n.º 63/90 – preceito que veio suspender a actualização das remunerações dos juízes na parte em que excedam o ordenado base do Primeiro-Ministro –, embora aplicada a situações

reportadas ao período de tempo, entre 1 de Janeiro de 1991 e 1 de Janeiro de 1993, em que a mesma esteve vigente sem o ajustamento que viria a ser aprovado pela Lei n.º 19/93 e pelo Decreto-Lei n.º 339/93, isto é, sem a obrigatoriedade de diferenciação dos escalões por via da aplicação de 3% sobre o montante das remunerações, nos termos já explicitados.

Tendo em atenção que, no caso concreto objecto de apreciação do Tribunal Constitucional, estaria em causa a equiparação remuneratória das categorias de juiz conselheiro e de juiz desembargador, que vigorou efectivamente no período anterior à aprovação da Lei n.º 19/93 –, importa trazer à colação o que se disse no Acórdão daquele Tribunal n.º 237/98, de 4 de Março de 1998, proferida no âmbito do recurso n.º 56/95: *"das normas e princípios constitucionais assinalados resulta a obrigação para o legislador ordinário de consagrar, nas carreiras da magistratura judicial e da magistratura do Ministério Público (...), para as várias categorias, a que correspondem diferentes níveis de experiência e de responsabilidade, diferenciações de níveis remuneratórios (...)"*.

Não se pronunciou aquele Tribunal, no mencionado aresto, sobre a conformidade à Constituição da solução introduzida pela Lei n.º 19/93, não estando em jogo a sua aplicação no caso concreto.

Não estando também na presente análise em causa a quantificação em si da diferenciação remuneratória que deverá existir entre cada uma das categorias em apreço, de acordo com o que acima ficou já expresso, a verdade é que a tendência de desvalorização das remunerações das categorias situadas no topo da carreira da magistratura judicial, face designadamente aos montantes dos vencimentos atribuídos às categorias colocadas em níveis inferiores que vão resultando das diversas actualizações legais, não deixará de revelar-se de certa forma contrária ao sentido constitucional de retribuição do trabalho, tendo em atenção que os conceitos de natureza e de qualidade do trabalho, atrás explicitados, implicarão necessariamente uma valorização

dos elementos *mérito*, *experiência* e *responsabilidade* inerentes às funções concretamente exercidas no âmbito do mesmo.

Este aspecto assumirá especial relevância quando estamos, como é o caso, perante as funções específicas de quem é chamado a julgar e a decidir designadamente em última instância.

É na perspectiva apontada – desvalorização progressiva das remunerações efectivamente percebidas pelas categorias superiores da magistratura (precisamente as categorias que têm inerentes às respectivas funções graus mais elevados de experiência e de responsabilidade), face aos valores que resultam da actualização anual das remunerações das categorias situadas mais abaixo na escala indiciária –, que entendo poder estar posta em causa a conformidade da actual solução legal ao princípio da igualdade, com o conteúdo resultante da conjugação dos art.ºs 13.º e 59.º, n.º 1, alínea a), da Lei Fundamental.

7. Por outro lado, já noutra perspectiva, diga-se que o sistema retributivo da magistratura judicial encontra-se inegavelmente associado ao regime remuneratório dos titulares de cargos políticos.

Antes de mais, na medida em que a actualização das remunerações correspondentes aos diversos índices da escala salarial dos juízes é feita, nos termos estatuídos pelo art.º 23.º, n.º 3, do Estatuto dos Magistrados Judiciais, e conforme já mencionado, em função da actualização da remuneração do Presidente da República, a que alude o art.º 2.º da Lei n.º 26/84, na redacção introduzida pela Lei n.º 102/88.

Por outro lado, vê neste momento a judicatura parte das respectivas actualizações remuneratórias suspensas, já que se mostra legalmente suspensa a vigência da norma que precisamente prevê a forma de actualização da remuneração do Presidente da República, acima mencionada.

Tal suspensão perdurará *"até que a Assembleia da República aprove os princípios de actualização das remunerações dos titulares dos cargos públicos"* (cf. art.º 1.º, n.º 1, da Lei n.º 63/90), incluindo naturalmente os titulares de cargos políticos.

Diga-se, ainda, que o limite a partir do qual estão suspensas as actualizações dos juízes é o montante correspondente à remuneração base do Primeiro-Ministro (cf. art.º 1.º, n.º 2, da Lei n.º 63/90).

Finalmente, abstraindo da actual suspensão nos termos explicitados, será sempre aplicado, aos magistrados judiciais, o limite previsto no art.º 3.º, n.º 1, da Lei n.º 102/88, onde se pode ler que *"pelo exercício, ainda que em regime de acumulação, de quaisquer cargos e funções públicas, com excepção do Presidente da Assembleia da República, não podem, a qualquer título, ser percebidas remunerações ilíquidas superiores a 75% do montante equivalente ao somatório do vencimento e abono mensal para despesas de representação do Presidente da República"*. O n.º 3 do mesmo dispositivo legal avança no sentido de que tal regra *"prevalece sobre todas as disposições gerais ou especiais em contrário (...)"*. A própria Lei n.º 2/90, que aprovou o actual sistema retributivo dos juízes, estabelece, no respectivo art.º 4.º, n.º 2, que *"para efeitos previstos na presente lei não podem, a qualquer título, ser percebidas remunerações ilíquidas superiores ao limite previsto no artigo 3.º da Lei n.º 102/88, de 25 de Agosto"*.

Pelo que fica exposto, fácil se torna perceber que a alteração do sistema retributivo dos juízes se encontra definitivamente dependente da modificação do sistema retributivo dos titulares de cargos políticos.

Permita-me, Senhor Primeiro Ministro, que adiante que a solução que de alguma forma – e designadamente daquela acima mencionada – faz depender o desenvolvimento do sistema retributivo dos juízes da evolução do regime remuneratório dos titulares de cargos políticos, não só se revelará desadequada como provavelmente até evitável.

Os tribunais são, antes de mais e nos termos constitucionais, órgãos de soberania. Em segundo lugar, os tribunais, não só não são órgãos políticos, como têm toda a sua actividade alicerçada em critérios de independência e de

imparcialidade, em termos que naturalmente me escuso aqui de enunciar.

Não feriria o quadro jurídico-constitucional vigente que o legislador optasse por conceber um regime retributivo da magistratura judicial autónomo, no sentido de não o interligar com o sistema retributivo dos titulares de cargos políticos, tal como acontece actualmente.

Por outro lado, recordo a Vossa Excelência as motivações da Lei n.º 63/90, que estabeleceu as suspensões aqui em discussão. O alarme provocado na opinião pública na sequência do anúncio de um aumento substancial das remunerações dos titulares de cargos políticos, matéria que é de grande melindre e se reveste de contornos cuja especificidade me escuso de enunciar, levou o legislador a adiar, há mais de uma década e *sine die*, as actualizações do regime remuneratório dos cargos em causa.

A efectiva concretização da actualização das remunerações dos políticos está assim, e sempre estará, inevitavelmente condicionada por critérios de oportunidade política.

Vossa Excelência decerto concordará que os mesmos critérios de oportunidade política não deverão, em caso algum, condicionar o investimento numa área tão crucial como é a da justiça, ao nível da gratificação daqueles que têm justamente por missão exercer um dos poderes soberanos do Estado, aplicando a justiça em nome do Povo. Nem tão pouco as motivações que presidiram à feitura da Lei n.º 63/90 justificarão da mesma forma o não aumento dos vencimentos da classe política e a não actualização das remunerações dos juízes.

Por último, será sempre saudável que em nenhuma circunstância, num Estado de Direito Democrático, os interesses dos titulares do poder político e do judicial, designadamente os que estão aqui em causa, possam de alguma forma cruzar-se.

De resto, quanto à questão da legitimidade de um eventual tratamento mais favorável para a magistratura, face aos restantes titulares de cargos públicos – tem já, aliás, expressão na própria Lei n.º 63/90, quando confrontados os n.ºs 1 e 2 do seu art.º 1.º,

respectivamente respeitantes aos titulares de cargos públicos em geral e à magistratura em particular –, veja-se o que ficou dito, precisamente a propósito da diferenciação introduzida nos referidos dispositivos legais, pelo Tribunal Constitucional, no seu Acórdão atrás citado:

"Poderá questionar-se se o tratamento mais favorável para as magistraturas em comparação com os restantes titulares de cargos públicos abrangidos pelo n.º 1 do artigo 1.º, constante da norma do n.º 2 do artigo 1.º da Lei n.º 63/90, é constitucionalmente legítimo e se existe uma diferenciação fáctica e jurídica concreta "com um peso suficiente para justificar um tratamento jurídico diferenciado", como se escreveu na decisão recorrida. (...) A resposta é claramente positiva: ao contrário dos outros beneficiários do regime de actualização automática suspenso, os magistrados são titulares permanentes dos cargos públicos que ocupam, não usufruem de prerrogativas especiais de reinserção ou reforma, não beneficiam (excepto os presidentes dos tribunais superiores e os titulares dos cargos superiores do Ministério Público) de abonos para despesas de representação, nem, na generalidade dos casos, da possibilidade de constituírem um gabinete de apoio ou de utilizarem viaturas oficiais, além de estarem vinculados constitucionalmente à exclusividade de funções (cfr. o n.º 3 do artigo 218.º da Constituição).

Compreende-se, portanto, que o legislador, a quem, em primeira linha, compete "averiguar [...] da existência de um particularismo suficientemente distinto para justificar uma desigualdade de regime jurídico e decidir das circunstâncias e actores a ter como relevantes nessa averiguação [...]" (como se escreveu no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 142/85, publicado no Diário da República, II Série, de 7 de Setembro de 1985), tenha diferenciado a situação das magistraturas das restantes".

Não vou também aqui desenvolver, porque naturalmente conhecido de Vossa Excelência, todo o enquadramento específico – designadamente ao nível dos impedimentos e incompatibilidades –

em que se desenvolve, nos termos do Estatuto dos Magistrados Judiciais, a actividade dos juízes.

Refira-se ainda, o que me não parece despiciendo, a excepção prevista no art.º 3.º, n.º 4, da Lei n.º 102/88, que liberta os gestores públicos da limitação estabelecida no n.º 1.º do mesmo dispositivo legal, isto é, do tecto salarial imposto aos titulares de cargos públicos, correspondente a 75% do somatório do vencimento e abono mensal para despesas de representação do Presidente da República, por maioria de razão podendo exceder o vencimento do Primeiro-Ministro.

Compreende-se que razões ponderosas, aliás com alguma evidência, justificam a excepção. Não creio, contudo, que os titulares de órgãos de soberania como sejam os em causa na presente análise, possam merecer, em atenção a essa qualidade e a todas as garantias constitucionais próprias da magistratura, um tratamento mais desfavorável – a limitação actual imposta aos juízes nem sequer é reportada à remuneração do Presidente da República, mas antes à do Primeiro-Ministro –, impondo-lhes limitações que mais bem se percebem no seio da Administração.

Não escapará a Vossa Excelência que os gestores públicos, que, de algum modo, se podem considerar na dependência do Governo, ainda que não no uso do poder de direcção (cfr. art.º 199.º, d), da Constituição), não têm as suas remunerações limitadas pela remuneração do Primeiro-Ministro – nem pela remuneração do Presidente da República, nos termos mencionados –, sendo que aos juízes, titulares de órgãos de soberania independentes, já essa limitação é imposta.

8. Por tudo o que fica acima exposto, entendo que a solução em vigor, aqui em discussão, se revelará não só pouco adequada ao quadro jurídico-constitucional actual, como até provavelmente incompatível com alguns dos princípios fundamentais do mesmo decorrentes, nos termos acima devidamente explicitados.

Motivo pelo qual deixarei, nesta sede, à consideração de Vossa Excelência, pelos motivos atrás adiantados, a oportuna

promoção, pelo Governo, de iniciativa legislativa tendo em vista a revogação, pela Assembleia da República, da norma constante do art.º 1.º, n.º 2, da Lei n.º 63/90, que precisamente prevê a suspensão da actualização das remunerações dos magistrados judiciais na parte em que venham a exceder a remuneração base do cargo de Primeiro-Ministro.

Todas as considerações acima tecidas aplicar-se-ão à magistratura do Ministério Público – as alterações ao sistema retributivo dos magistrados judiciais e a consequente suspensão das actualizações anuais que motivaram a análise acima feita foram previstas, para o que aqui interessa, em termos idênticos para a magistratura do Ministério Público (cf. art.º 2.º da Lei n.º 2/90) –, razão que me leva a propor a Vossa Excelência que as modificações apresentadas venham a ser igualmente consideradas para o regime remuneratório destes magistrados.

A esta proposta subjaz a minha profunda convicção, Senhor Primeiro-Ministro, de que os Tribunais são a primeira e a última garantia de defesa dos direitos e interesses legítimos dos cidadãos num Estado de Direito Democrático. A promoção – e, neste caso, a mera reposição – do tão necessário equilíbrio no seio de quem tem em mãos o poder e a responsabilidade de administrar a justiça, é seguramente um caminho para a concretização e o aprofundamento dos valores e princípios mais elementares da nossa Lei Fundamental.

Assim, nos termos do artigo 20.º, n.º 1, b), da Lei 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

ao Governo, na pessoa de Vossa Excelência, Senhor Primeiro-Ministro,:

Que seja oportunamente promovida iniciativa legislativa junto da Assembleia da República, tendo em vista a revogação da norma constante do art.º 1.º, n.º 2, da Lei n.º 63/90, de 26 de Dezembro,

que prevê a suspensão da actualização das remunerações e pensões dos magistrados judiciais e dos magistrados do Ministério Público na parte em que venham a exceder o vencimento base do cargo de Primeiro-Ministro.

Aguarda resposta.

Sua Excelência
a Ministra de Estado e das Finanças

R-3849/00
Rec. n.º 2/B/2003
06.03.2003

1. Foi apresentada uma exposição ao Provedor de Justiça na qual se afirmava que, em virtude da aplicação conjunta dos artigos 67.º e 69.º do Decreto-Lei n.º 557/99, de 17 de Dezembro, que aprovou o novo estatuto do pessoal e regime de carreiras da Direcção-Geral dos Impostos, não foi considerada a transição ocorrida na respectiva categoria de origem a um funcionário que, à data da entrada em vigor deste diploma, exercia funções de adjunta de chefe de finanças, isto para efeitos de cálculo da remuneração devida por este cargo.

2. Na verdade, resulta da concatenação das normas constantes do artigo 67.º, n.º 1, e do artigo 69.º, a aplicar aos chefes e adjuntos dos chefes de finanças investidos no exercício desses cargos de chefia tributária em data anterior a 1 de Janeiro de 2000, a atribuição de remuneração inferior àquela dos funcionários designados para os mesmo cargos em data posterior, por isso com menor antiguidade nos mesmos.

3. Consultada sobre esta problemática a Direcção-Geral dos Impostos, comunicou esta entidade, a coberto do ofício de 16 de Maio de 2001, reiterado pelo ofício de 6 de Dezembro seguinte, a concordância com o teor do parecer n.º 100/2001, aí elaborado,

nos termos do qual se julgavam improcedentes as pretensões de um grupo de funcionários formuladas a propósito desta matéria.

4. Noto que o parecer em causa, movendo-se no quadro da estreita legalidade, reconhece a necessidade de garantir que *"funcionários com idêntica antiguidade na categoria dos reclamantes, não venham a usufruir de remuneração superior"*, em caso de nomeação para cargos de chefia, designadamente para o cargo de adjunto de chefe de repartição de finanças de nível 1.

5. Esta preocupação, de resto, tem sido sufragada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional que tem vindo a pronunciar-se pela desconformidade face à Constituição de soluções legais nos termos das quais se possibilite, de forma arbitrária, ou seja, sem qualquer outro fundamento material bastante, que funcionários com menor antiguidade numa mesma categoria venham a receber uma remuneração superior àqueles que nesta se encontram há mais tempo (neste sentido veja-se o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 254/2000, in DR, I-A, de 2000.05.23).

6. Consultado o Gabinete de Sua Excelência o Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, foi comunicado, através do ofício de 17 de Janeiro do presente ano, que *"o facto dos funcionários que já se encontravam a exercer o cargo à data da transição (...) não beneficiarem tanto como os funcionários que são nomeados após a entrada em vigor deste diploma, provém da própria lei a que a Administração Fiscal está vinculada"*.

7. Mais uma vez, a apreciação é feita no quadro do estrito cumprimento da lei, em caso algum se questionando, como agora faço, a bondade dessa mesma solução legislativa.

8. Efectivamente, dispõe o artigo 67.º, n.º 1, do diploma legal em causa, relativo à integração nas categorias do grupo do pessoal de Administração Tributária que a *"integração nas novas categorias* (...) *faz-se para o escalão da nova categoria a que corresponda o índice salarial igual ao que os funcionários detêm na categoria de origem ou para o que corresponder ao índice*

imediatamente superior, no caso de não haver coincidência de índice".

9. A remuneração dos cargos de chefia tributária faz-se, quer de acordo com o art.º 45.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 557/99, de 17 de Dezembro, quer com o art.º 4.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 187/90, de 7 de Junho, anteriormente vigente, por aplicação da chamada regra do paralelismo de escalões, *"em escalão idêntico"* ao que possui *"na escala indiciária da categoria de origem"*, estabelecendo-se, dessa forma, um acréscimo remuneratório relativamente rígido de prémio pelo desempenho daquelas funções.

10. Ora, não obstante, pela aplicação do artigo 67.º, n.º 1, não existir prejuízo para o funcionário em causa no seu posicionamento na carreira e lugar de origem, já no tocante à remuneração pelo lugar de chefia a aplicação do regime previsto no art.º 69.º conduz a uma efectiva quebra da citada regra do paralelismo de escalões, quebra essa que só resulta efectiva para os casos de funcionários que já ocupavam lugares de chefia à data de transição de regimes, deixando intocada a situação dos funcionários que só posteriormente à entrada em vigor do Decreto-Lei 557/99 assumiram funções idênticas.

11. No caso concreto que me foi relatado, um funcionário que, em 31 de Dezembro de 1999, desempenhava funções de adjunto do chefe de finanças de nível 1, posicionado no índice 590 – escalão 2 (por paralelismo com o escalão 2 da sua categoria de origem, correspondente então ao índice 550), a partir de 1 de Janeiro de 2000 foi, em virtude da aplicação do art.º 69.º, posicionado no índice 610 - escalão 1.

12. Um funcionário hipotético que, também integrado no 2.º escalão, índice 550, e com a mesmíssima antiguidade na carreira e na categoria de origem, viesse a ser nomeado para idêntico cargo de chefia nesse mesmo dia 1 de Janeiro de 2000, teria beneficiado, por via do art.º 67.º, n.º 1, do posicionamento no escalão 2, índice 575, do seu lugar de origem, mas auferindo, por aplicação da citada regra de paralelismo de escalões, a

remuneração correspondente ao mesmo 2.º escalão dos cargos de chefia em causa, ou seja, recebendo pelo índice 640.

13. Resulta assim do exposto que este mesmo funcionário viria a ser posicionado, naquele cargo, no escalão 2 – índice 640, ultrapassando assim os funcionários a desempenhar, há mais tempo, o cargo de adjunto do chefe de finanças, sem qualquer fundamento que, racional e objectivamente, legitime semelhante inversão das posições relativas por estes detidas, a não ser o arbitrariamente resultante da solução contida no artigo 69.º do Decreto-Lei 557/99.

14. Na verdade, decorre da aplicação do artigo 69.º do Decreto-Lei n.º 557/99, de 17 de Dezembro, traduzida na realidade apresentada nos termos que antecedem, que dois funcionários integrados na mesma categoria de origem, com o mesmo tempo de serviço nesta e na carreira, em virtude da aplicação da solução constante do diploma em análise, são remunerados em escalão e índices distintos, em termos tais que aqueles que desempenhavam funções de chefia antes da entrada em vigor daquele diploma, auferem remuneração inferior aos seus colegas, nomeados para estes mesmos cargos em data posterior àquela.

15. Parece-me patente esta injustiça, decorrendo de solução legal cujo objectivo, aliás, se não descortina, ao introduzir uma entorse no regime legal que, apesar da publicação do diploma em questão, permaneceu essencialmente o mesmo, assentando na remuneração dos cargos de chefia de acordo com a solução do paralelismo de escalões acima apontada.

16. As normas de direito transitório não estão isentas do cumprimento dos requisitos substantivos impostos pela Constituição, designadamente a racionalidade que, de algum modo, sempre é imposta pelo respeito pelo princípio da igualdade.

17. Será, no mínimo, uma exigência de boa técnica legislativa que as normas transitórias, concatenando dois regimes eventualmente distintos ou apenas regulando a correspondência entre situações juridicamente valoradas de modo diverso, não conduzam a resultados incongruentes, minimizando a

possibilidade de se alcançarem soluções materialmente distintas que não sejam tradução, desde logo, de um ou de outro dos regimes entre os quais opera a transição.

18. Como se viu, o regime vigente, antes e depois da publicação do Decreto-Lei 557/99, é idêntico, com aplicação do paralelismo de escalões. É incongruente com esta estabilidade legislativa a criação de uma regra excepcional que permite a remuneração por índice inferior ao resultante daquela regra a quem, objectivamente, apenas mereceria tratamento contrário, caso se entendesse ser de valorar o maior tempo de serviço em cargo de chefia.

19. Em caso algum poderia essa maior antiguidade, *cœteris paribus*, justificar o tratamento discriminatório contido na regra do art.º 69.º do Decreto-Lei 557/99.

Assim, nos termos do artigo 20.º, n.º 1, alínea b), do Estatuto do Provedor de Justiça – Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

a Vossa Excelência:

1. Que seja promovida, pelo Governo, iniciativa legislativa tendente à revogação do artigo 69.º do Decreto-Lei n.º 557/99, de 17 de Dezembro;
2. Que, em consequência, seja reconstituída a situação hipotética a todos os funcionários que, em data anterior a 1 de Janeiro de 2000, ocupavam cargos de chefia, com aplicação das regras gerais de integração adequadas à sua categoria de origem, designadamente as constantes do artigo 67.º do Decreto-Lei n.º 557/99, de 17 de Dezembro, reconstituindo-se assim para o futuro a situação existente caso o posicionamento no novo regime de carreiras tivesse operado, ab initio*, ao nível das respectivas categorias de origem dos mesmos, com posterior aplicação da regra constante do artigo 45.º, n.º 1, do mesmo diploma.*

O Governo comunicou que, tendo alguns funcionários nestas condições recorrido

aos meios contenciosos, assumia o compromisso de aplicar a todos os funcionários lesados eventual decisão favorável à pretensão daqueles.

Sua Excelência
o Presidente da Assembleia da República

R-937/02
Rec. n.º 3/B/2003
23.04.2003

1. O objecto do presente ofício motivou já a formulação de uma Recomendação junto da Assembleia da República, pelo meu antecessor (cfr. Recomendação 9/B/99, publicada no Relatório Anual à Assembleia da República, respeitante a 1999, II volume, pg. 41).

Assim, há quatro anos atrás, propunha este Órgão do Estado a esse Órgão de Soberania a alteração dos diplomas que regulavam as eleições do Presidente da República, para a Assembleia da República e autarquias locais, e a realização de referendos, por forma a neles se incluir a possibilidade do voto antecipado por parte dos funcionários e agentes da Administração Pública que se desloquem em serviço ao estrangeiro, em período que compreenda o dia da realização de uma eleição ou referendo.

Por outro lado, tendo em vista a uniformização da solução legislativa em apreço, recomendou-se, na mesma ocasião, a alteração dos diplomas que regulavam as eleições para as Assembleias Legislativas Regionais dos Açores e da Madeira, por forma a neles se incorporar, não só a mesma possibilidade do voto antecipado por parte dos funcionários e agentes da Administração Pública colocados nas circunstâncias referidas, mas também a possibilidade do voto antecipado por parte dos eleitores que, por motivo de doença, se encontrem, nas datas das eleições ou referendos, internados ou presumivelmente internados em estabelecimento hospitalar e impossibilitados de se deslocarem à assembleia de voto, e dos que se encontrem, nas datas em

referência, em cumprimento de medida privativa de liberdade, nos moldes que a previsão das duas situações já então revestia nos diplomas relativos às eleições do Presidente da República, Assembleia da República, autarquias locais, Parlamento Europeu, e na própria lei orgânica do referendo.

2. Foi possível ver acatada a recomendação relativa ao alargamento aos diplomas reguladores das eleições para as assembleias legislativas regionais da solução já então vigente na restante legislação eleitoral, quanto aos eleitores internados por doença ou presos – a legislação relativa aos Açores consagrou, ainda, o voto antecipado para os estudantes ou pessoas matriculadas em cursos de formação profissional, inscritos em estabelecimento de ensino situado fora da ilha onde se encontram recenseados. Tais alterações vieram a ser concretizadas através da Lei Orgânica n.º 2/2000, de 14 de Julho, no que toca ao diploma que regula as eleições para a Assembleia Legislativa Regional dos Açores, e pela Lei Orgânica n.º 2/2001, de 25 de Agosto, quanto à legislação relativa às eleições para a Assembleia Legislativa da Madeira.

Ficou, no entanto, de fora a sugestão de que o voto antecipado fosse estendido, em todas as referidas leis, 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 referendos.

Recordo a Vossa Excelência que a possibilidade do voto antecipado foi recentemente – através da Lei Orgânica n.º 2/2001, de 25 de Agosto – facultada aos *"membros que representem oficialmente selecções nacionais, organizadas por federações desportivas dotadas de estatuto de utilidade pública desportiva, e se encontrem deslocados no estrangeiro, em competições desportivas, no dia da realização da eleição"*.

Já em data anterior, a Lei Orgânica n.º 3/2000, de 24 de Agosto, havia estendido o mecanismo do voto antecipado para a eleição do Presidente da República às pessoas colocadas nas

situações a que se reporta o art.º 2.º, alíneas a) a d), do Decreto-Lei n.º 319-A/76, na sua redacção actual.

3. Desde a data da formulação, por este Órgão do Estado, da Recomendação nos termos explicitados, continuam a chegar-me reclamações de cidadãos que se insurgem contra a impossibilidade do exercício do direito de voto na situação aí descrita, em termos que não podem deixar de se acompanhar.

Citando as palavras do meu antecessor na Recomendação mencionada, "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".

De resto, o exercício do eventual direito de voto antecipado nos termos aqui propostos, poderia aproveitar integralmente o modo já previsto para a respectiva efectivação pelas pessoas actualmente incluídas na previsão dos art.ºs 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, 79.º-B do Decreto-Lei n.º 267/80, de 08 de Agosto, 76.º-B do Decreto-Lei n.º 318-E/76, de 30 de Abril, 129º da Lei n.º 15-A/98, de 03 de Abril, e agora 119.º da Lei Orgânica n.º 4/2000, de 24 de Agosto, que aprova o regime jurídico do referendo local.

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.º, n.º 5.

4. Assim sendo, na medida em que me parece de mais elementar justiça, e ao abrigo do disposto no art.º 20.º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 9/91, de 09 de Abril,

Recomendo

à Assembleia da República, na pessoa de Vossa Excelência, que promova a alteração ao:

a) Artigo 70.º-A (e concomitante âmbito do art.º 70.º-B) da Lei Eleitoral do Presidente da República, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 03 de Maio, na sua redacção actual;
b) Artigo 79.º-A (e concomitante âmbito do artigo 79.º-B) da Lei Eleitoral para a Assembleia da República, aprovada pela Lei n.º 14/79, de 16 de Maio, na sua redacção actual;
c) Artigo 66.º-A (e concomitante âmbito do artigo 66.º-B) do regime eleitoral para a eleição dos órgãos das autarquias locais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 701-B/76, de 29 de Setembro, na sua redacção actual;
d) Artigo 79.º-A (e concomitante âmbito do artigo 79.º-B) da Lei Eleitoral para a Assembleia Legislativa Regional dos Açores, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 267/80, de 08 de Agosto, na sua redacção actual;
e) Artigo 76.º-A (e concomitante âmbito do artigo 76º.-B), do Decreto-Lei n.º 318-E/76, de 30 de Abril, na sua redacção actual, que regula as eleições para a Assembleia Legislativa Regional da Madeira;
f) Artigo 128.º, n.º 1, (e concomitante âmbito do artigo 129.º) da Lei n.º 15-A/98, de 03 de Abril, que regulamenta a realização dos referendos nacionais;
g) Artigo 118.º, n.º 1, (e concomitante âmbito do artigo 119.º) da Lei Orgânica n.º 4/2000, de 24 de Agosto, que aprova o regime jurídico do referendo local, por forma a neles se incluir a possibilidade do voto antecipado por parte 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 referendos.

Aguarda resposta.

Sua Excelência
a Ministra de Estado e das Finanças

R-734/02
Rec. n.º 4/B/2003
29.04.2003

1. O art.º 40.º, n.º 1, alínea a), do Estatuto das Pensões de Sobrevivência da Função Pública, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 142/73, de 31 de Março, na redacção que lhe foi conferida pelo art.º 1.º do Decreto-Lei n.º 191-B/79, de 25 de Junho, reconhece como herdeiros hábeis de uma pensão de sobrevivência, a par do cônjuge sobrevivo e da pessoa que se encontrar nas condições do art.º 2020.º do Código Civil (ou seja, que no momento da morte de pessoa não casada ou separada judicialmente de pessoas e bens vivesse com ela há mais de dois anos em condições análogas às dos cônjuges), os divorciados ou separados judicialmente de pessoas e bens do contribuinte falecido.

Acrescenta o art.º 41.º, n.º 1, do mesmo Estatuto, também na redacção que lhe foi conferida pelo diploma de 1979 acima mencionado, que os divorciados ou separados judicialmente de pessoas e bens só se considerarão herdeiros hábeis, para efeitos de pensão de sobrevivência, se tiverem direito a receber do contribuinte, à data da sua morte, pensão de alimentos fixada ou homologada judicialmente.

Por sua vez, e já quanto à forma pela qual se processa a distribuição da pensão no caso de concorrerem ao seu recebimento mais de uma pessoa, adianta o art.º 45.º, n.º 1, alínea a), do Estatuto em apreço, que se concorrerem apenas herdeiros incluídos na alínea a) do n.º 1 do art.º 40.º da mesma legislação,

designadamente o cônjuge sobrevivo ou a pessoa que vivia com o falecido em união de facto, e a pessoa divorciada ou separada judicialmente daquele, a pensão será dividida por todos em partes iguais. Ou seja, a pessoa divorciada ou separada judicialmente do falecido aparece, à partida, em situação de inteira paridade com a do cônjuge sobrevivo ou da pessoa que com o falecido vivia em união de facto nas condições exigidas na legislação – decorrentes do art.º 2020.º do Código Civil, 41.º, n.º 3, do Estatuto das Pensões de Sobrevivência, na redacção que lhe foi dada pelo art.º 1.º do Decreto-Lei n.º 191-B/79.

2. Não se revelará difícil equacionar situações em que a aplicação concreta e conjugada das normas referidas potenciará casos de injustiça.

Na situação que me foi relatada, argumentava-se desde logo com o facto de o contribuinte falecido ter vivido a maior parte da sua vida com o cônjuge sobrevivo, tendo estado muito pouco tempo casado com a pessoa de quem se divorciou.

Impressiona-me, mais, contudo, a circunstância, também presente nesse caso concreto e que se perspectiva de forma mais gravosa, de a pensão de alimentos, paga em vida pelo contribuinte falecido à pessoa de quem se divorciou ou separou judicialmente, ser *substancialmente inferior* à pensão que esta vem agora, por via da morte daquele, a receber. Situações deste tipo têm sido objecto de reclamação ao Provedor de Justiça.

Em muitas circunstâncias poderá a solução legal aqui em análise levar a um enriquecimento ilegítimo – e provavelmente, até, inesperado para o próprio beneficiário – por parte desta pessoa que vem a auferir de uma pensão de sobrevivência por morte do ex-cônjuge, com concomitante e nítido prejuízo da pessoa com quem o contribuinte era casado ou vivia em união de facto à data do seu falecimento.

3. Assim sendo, tendo em vista obviar ao que fica dito, parece-me de todo justificável a introdução de alguns ajustamentos na legislação em análise.

Antes de mais, será de assumir o princípio de que é, em regra, ao cônjuge (por facilidade, assumindo-se sempre aqui englobado aquele que vivia em união de facto, nos termos legalmente estabelecidos) sobrevivo que se deve dirigir primacialmente o benefício da pensão de sobrevivência, prestação que tem carácter ressarcitório da perda de rendimento causada pelo óbito do funcionário.

Independentemente de quaisquer considerações – designadamente quanto à duração dessa ligação – o que importa é que, no momento do óbito e, assim, previsivelmente para além dele caso o decesso não tivesse ocorrido, era aquela a pessoa com a qual o *de cujus* vivia, em situação conjugal ou equiparada.

A eventual existência de ex-cônjuges ou cônjuges separados judicialmente, sempre se manifestando nestas situações jurídicas a inexistência da comunhão a que acima me reportei, deve apenas implicar o pagamento de pensão de sobrevivência em quantitativo que corresponda à perda efectivamente sofrida, ao fim e ao cabo, correspondendo à pensão de alimentos que, por decisão judicial, vinha sendo liquidada.

Será, assim, de excluir uma orientação como a que se encontra actualmente em vigor, decorrente do disposto no art.º 45.º, n.º 1, alínea a), do Estatuto das Pensões de Sobrevivência, da divisão automática e simples, *per capita*, do montante total a pagar nos termos estatutários, numa solução que de salomónica apenas goza a aparência.

Parece-me adequado que o montante da pensão de sobrevivência a atribuir à pessoa divorciada ou separada judicialmente de pessoas e bens do contribuinte falecido, que recebesse, à data da morte deste, uma pensão de alimentos fixada ou homologada judicialmente, tenha como limite precisamente a quantia percebida a este título, naquela data, naturalmente permitindo-se, v. g. para obviar ao caso de a mesma não ter sido entretanto actualizada, que a pessoa daquela beneficiária possa requerer essa actualização, face à situação vigente na data da morte do seu ex-cônjuge.

De qualquer forma, o montante final a atribuir, a título de pensão de sobrevivência, ao ex-cônjuge do contribuinte falecido, no âmbito do quadro aqui proposto, nunca poderá ser superior à quantia atribuída, também a título de pensão de sobrevivência, ao cônjuge sobrevivo, ou à pessoa com quem o mesmo vivia, à data da morte, em união de facto, assim admitindo o actual critério da divisão *per capita* como limite máximo.

4. Naturalmente que esta intervenção legislativa terá que ser sintonizada com idêntica alteração no regime legal das pensões de sobrevivência pagas no âmbito da segurança social. Desta forma, dirigi nesta data idêntica recomendação a Sua Excelência o Ministro da Segurança Social e do Trabalho.

Face a tudo o que fica exposto, ao abrigo do disposto no art.º 20.º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 9/91, de 09 de Abril,

Recomendo

a Vossa Excelência:

Seja promovida alteração legislativa que modifique o regime ora previsto no art.º 45.º do Estatuto das Pensões de Sobrevivência, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 142/73, de 31 de Março, e subsequentes alterações, estabelecendo os seguintes termos:

a) A previsão de que o montante da pensão de sobrevivência a atribuir a pessoa divorciada do contribuinte falecido ou deste separado judicialmente de pessoas e bens, nas condições já referidas, tenha como medida precisamente a quantia recebida, à data da morte do seu ex-cônjuge, a título de pensão de alimentos, eventualmente permitindo-se a sua actualização face às condições verificadas no momento do óbito;

b) A previsão de que o montante da pensão de sobrevivência a atribuir à pessoa divorciada do contribuinte falecido ou deste separado judicialmente de pessoas e bens, nas condições referidas, não ultrapasse igualmente, em quaisquer circunstâncias, o

montante da pensão atribuído ao cônjuge sobrevivo ou à pessoa que com o falecido vivia em união de facto no momento do óbito.

Nota: A entidade visada respondeu que iria ser pensada a alteração do regime legislativo no sentido indicado.

Sua Excelência
o Ministro da Segurança Social e do
Trabalho

R-734/02
Rec.n.º 5/B/2003
29.04.2003

1. Os art.ºs 7.º, n.º 1, alínea a), e 8.º do Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de Outubro, reconhece como titulares de uma pensão de sobrevivência, no âmbito da protecção na eventualidade morte dos beneficiários do regime geral de segurança social, a par do cônjuge sobrevivo e da pessoa que se encontrar na situação prevista no art.º 2020.º do Código Civil (ou seja, que no momento da morte de pessoa não casada ou separada judicialmente de pessoas e bens vivesse com ela há mais de dois anos em condições análogas às dos cônjuges), e nos termos preceituados no Decreto Regulamentar n.º 1/94, de 18 de Janeiro, o(s) ex-cônjuge(s) do beneficiário falecido.

Acrescenta o art.º 11º do mesmo Decreto-Lei n.º 322/90, que "o cônjuge separado judicialmente de pessoas e bens e o divorciado só têm direito às prestações se, à data da morte do beneficiário, dele recebessem pensão de alimentos decretada ou homologada pelo tribunal ou se esta não lhes tivesse sido atribuída por falta de capacidade económica do falecido judicialmente reconhecida".

Por sua vez, e já quanto à forma pela qual se processa a distribuição da pensão no caso de concorrerem ao seu recebimento designadamente o cônjuge sobrevivo ou a pessoa que vivia com o

falecido em união de facto e o ex-cônjuge, adianta o art.º 28.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 322/90, que o montante obtido pela aplicação da percentagem estabelecida, no caso aqui em discussão, no art.º 25.º, é repartida por igual entre os titulares do direito à pensão aí incluídos, isto é, entre o cônjuge ou a pessoa que vivia com o falecido em união de facto e o(s) ex-cônjuge(s) do beneficiário falecido. Ou seja, a pessoa divorciada ou separada judicialmente do falecido aparece, à partida, em situação de inteira paridade com a do cônjuge sobrevivo ou da pessoa que com o falecido vivia em união de facto nas condições exigidas na legislação, acima explicitadas.

2. Não se revelará difícil equacionar situações em que a aplicação concreta e conjugada das normas referidas potenciará casos de injustiça.

Imagine-se, por exemplo, situações em que o beneficiário viveu a maior parte da sua vida com o cônjuge sobrevivo, tendo estado muito pouco tempo casado com a pessoa de quem se divorciou. Ou a circunstância, que se perspectiva de forma mais gravosa, de a pensão de alimentos, paga em vida pelo beneficiário à pessoa de quem se divorciou ou separou judicialmente, ser *substancialmente inferior* à pensão que esta vem agora, por via da morte daquele, a receber. Situações deste tipo têm sido objecto de reclamação ao Provedor de Justiça.

Em muitas circunstâncias poderá a solução legal aqui em análise levar a um enriquecimento ilegítimo – e provavelmente, até, inesperado para o próprio destinatário – por parte desta pessoa que vem a auferir de uma pensão de sobrevivência por morte do ex-cônjuge, com concomitante e nítido prejuízo da pessoa com quem o contribuinte era casado ou vivia em união de facto à data do seu falecimento.

3. Assim sendo, tendo em vista obviar ao que fica dito, parece-me de todo justificável a introdução de alguns ajustamentos na legislação em análise. Antes de mais, será de assumir **o** princípio de que é, em regra, ao cônjuge (por facilidade, assumindo-se sempre aqui englobado aquele que vivia em união

de facto, nos termos legalmente estabelecidos) sobrevivo que se deve dirigir primacialmente o benefício da pensão de sobrevivência, prestação que tem carácter ressarcitório da perda de rendimento causada pelo óbito do beneficiário.

Independentemente de quaisquer considerações – designadamente quanto à duração dessa ligação – o que importa é que, no momento do óbito e, assim, previsivelmente para além dele caso o decesso não tivesse ocorrido, era aquela a pessoa com a qual o *de cujus* vivia, em situação conjugal ou equiparada.

A eventual existência de ex-cônjuges ou cônjuges separados judicialmente, sempre se manifestando nestas situações jurídicas a inexistência da comunhão a que acima me reportei, deve apenas implicar o pagamento de pensão de sobrevivência em quantitativo que corresponda à perda efectivamente sofrida, ao fim e ao cabo, correspondendo à pensão de alimentos que, por decisão judicial, vinha sendo liquidada.

Será, assim, de excluir uma orientação como a que se encontra actualmente em vigor, decorrente do disposto no art.º 28.º, n.º 1, quando conjugada com a do art.º 25.º do Decreto-Lei n.º 322/90, da divisão automática e simples, *per capita*, do montante total a pagar nos termos legais, numa solução que de salomónica apenas goza a aparência.

Parece-me adequado que o montante da pensão de sobrevivência a atribuir à pessoa divorciada ou separada judicialmente de pessoas e bens do beneficiário falecido, que recebesse, à data da morte deste, uma pensão de alimentos fixada ou homologada judicialmente, tenha como limite precisamente a quantia percebida a este título, naquela data, naturalmente permitindo-se, v. g. para obviar ao caso de a mesma não ter sido entretanto actualizada, que a pessoa daquela beneficiária possa requerer essa actualização, face à situação vigente na data da morte do seu ex-cônjuge.

De qualquer forma, o montante final a atribuir, a título de pensão de sobrevivência, ao ex-cônjuge do beneficiário falecido, no âmbito do quadro aqui proposto, nunca poderá ser superior à

quantia atribuída, também a título de pensão de sobrevivência, ao cônjuge sobrevivo, ou à pessoa com quem o mesmo vivia, à data da morte, em união de facto, assim admitindo o actual critério da divisão *per capita* como limite máximo.

4. Naturalmente que esta intervenção legislativa terá que ser sintonizada com idêntica alteração no regime legal das pensões de sobrevivência pagas no âmbito da Função Pública. Desta forma, dirigi nesta data idêntica recomendação a Sua Excelência a Ministra de Estado e das Finanças.

Face a tudo o que fica exposto, ao abrigo do disposto no art.º 20.º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 9/91, de 09 de Abril,

Recomendo

A Vossa Excelência que:

Seja promovida alteração legislativa que modifique o regime ora previsto no art.º 28.º, n.º 1, quando conjugado com o do art.º 25.º do Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de Outubro, estabelecendo os seguintes termos:

a) A previsão de que o montante da pensão de sobrevivência a atribuir a pessoa divorciada do beneficiário falecido ou deste separado judicialmente de pessoas e bens, nas condições já referidas, tenha como medida precisamente a quantia recebida, à data da morte do seu ex-cônjuge, a título de pensão de alimentos, eventualmente permitindo-se a sua actualização face às condições verificadas no momento do óbito;

b) Pessoa divorciada do beneficiário falecido ou deste separado judicialmente à de pessoas e bens, nas condições referidas, não ultrapasse igualmente, em quaisquer circunstâncias, o montante da pensão atribuído ao cônjuge sobrevivo ou à pessoa que com o falecido vivia em união de facto no momento do óbito. a previsão de que o montante da pensão de sobrevivência a atribuir.

Nota: A entidade visada respondeu que iria ser pensada a alteração do

regime legislativo no sentido indicado.

Sua Excelência
o Presidente da Assembleia da República

R-4576/00
Rec. n.º 7/B/2003
2003.09.26

Introdução

O assunto que trago, através do presente documento, à consideração da Assembleia da República, foi já discutido em sede parlamentar, na VIII Legislatura. Permita-me Vossa Excelência, enquanto Presidente desse Órgão de Soberania, que exponha as razões subjacentes a esta minha iniciativa, pelas quais julgo ser de aperfeiçoar o tratamento legislativo da matéria em apreço que dessa pretérita discussão resultou.

É conhecida a expansão que as infra-estruturas e os equipamentos do ensino pré-escolar conheceram, nas décadas de 70 e 80 do século passado, com acompanhamento da produção legislativa correspondente – recordo que o sistema público de educação pré-escolar foi criado pela Lei n.º 5/77, de 1 de Fevereiro, datando o diploma que aprovou o Estatuto dos Jardins-de-Infância de 1979 (Decreto-Lei n.º 542/79, de 31 de Dezembro).

No entanto – e o próprio legislador vem reconhecer posteriormente esta situação, nos termos mais à frente mencionados –, o sistema não estava então preparado, no que toca ao pessoal habilitado a exercer funções nas instituições em causa, muito especialmente no que diz respeito aos educadores – o art.º 44.º, n.º 1, do mencionado Decreto-Lei n.º 542/79, estabelece que o pessoal dos jardins-de-infância é constituído por educadores e por

pessoal auxiliar de apoio –, para dar uma resposta adequada à evolução registada.

Por este motivo, as funções inerentes à categoria de educador de infância foram, em parte e durante algum tempo, asseguradas também por profissionais que não detinham, à data, aquela categoria, muito especialmente pelos auxiliares de educação, mas também por detentores de outras categorias do pessoal auxiliar, designadamente os vigilantes, ajudantes de creche e jardim-de-infância e monitores. Muitos destes profissionais ingressaram posteriormente na carreira de educador de infância.

Assim sendo, é já antiga a pretensão dos actuais educadores de infância que, antes de ingressarem na carreira docente, exerceram, de facto, as funções que compõem o conteúdo funcional da mesma, muito embora integrados em diversas categorias de pessoal auxiliar com funções pedagógicas, no sentido de verem contado esse tempo de serviço para efeitos de progressão na carreira.

A publicação da Lei n.º 5/2001, de 2 de Maio, veio satisfazer a pretensão dos profissionais – ou melhor, de alguns deles – colocados na situação mencionada.

Deste modo, o art.º 1.º do mencionado diploma equipara "a serviço efectivo em funções docentes, para efeitos de progressão na carreira, *o tempo de serviço prestado na categoria de auxiliar de educação* pelos educadores de infância habilitados com os cursos de promoção a educadores de infância a que se refere o Despacho n.º 52/80, de 12 de Junho (...)", consagrando assim um regime excepcional de contagem do tempo de serviço, para estes efeitos de progressão na carreira, quer no âmbito da função pública, quer no mais específico da carreira docente.

Recordo que o Despacho n.º 52/80, de 26 de Maio de 1980, dos Secretários de Estado da Educação e da Segurança Social (publicado no Diário da República, II Série, de 12 de Junho de 1980), estabeleceu a possibilidade de, através da frequência com aproveitamento dos cursos de promoção aí referidos, os auxiliares

de educação que, à data, preenchessem os requisitos também aí enunciados, obterem a equiparação ao curso de educadores de infância (cf. designadamente pontos 3, 4 e 12 do mencionado Despacho).

Posteriormente e com relevo para a matéria aqui em discussão, o Despacho Conjunto dos Secretários de Estado da Educação e Administração Escolar e da Segurança Social, de 20 de Abril de 1983 (publicado no Diário da República, II Série, de 11 de Maio de 1983), veio permitir que o pessoal auxiliar (vigilantes e ajudantes) com funções pedagógicas que, à data da publicação do Despacho n.º 52/80 não preenchesse ainda os requisitos aí definidos, viesse a concorrer à frequência dos referidos cursos de promoção a educadores de infância.

De qualquer forma, note-se que o Despacho n.º 13/EJ/82, que tinha já antes regulamentado os cursos aprovados pelo Despacho n.º 52/80, refere, no respectivo ponto 26, que *"poderão candidatar-se às modalidades do CPEI* (Cursos de Promoção a Educador de Infância) *existentes os profissionais que, independentemente das designações profissionais respectivas, exerçam, de facto, funções pedagógicas junto de grupos de crianças em idade pré-escolar, com exclusão do desempenho profissional relativo a ensino especial ou em regime de internato, e que satisfaçam os requisitos formais constantes do Despacho n.º 52/80"*. Mais à frente exige-se, para a formalização da candidatura das pessoas colocadas na referida situação, uma declaração comprovativa do tempo de serviço prestado no exercício das referidas funções pedagógicas, autenticada pela entidade patronal, com indicação expressa das datas de início e termo respectivos, do local onde foram prestadas e discriminação funcional das actividades

O mesmo despacho exclui, como se vê, os profissionais que desempenhassem as suas funções no ensino especial ou em regime de internato (exclusão também estabelecida pelo despacho conjunto de 1983 acima citado – n.º 1, alínea c), parte final).

Assim sendo, parece que quis o legislador, já em sede de regulamentação do Despacho n.º 52/80, explicitar que a expressão auxiliar de educação aqui utilizada incluiria os profissionais inseridos em categorias do pessoal auxiliar para além da categoria de auxiliar de educação. Em 1983, conforme já mencionado, acaba por se estabelecer expressamente essa possibilidade, através do citado despacho conjunto das Secretarias de Estado da Educação e Administração Escolar e da Segurança Social.

A legislação atrás referida, designadamente o Despacho n.º 52/80 e despachos subsequentes, nada previu sobre a eventual contagem, aos actuais educadores de infância, do tempo de serviço prestado em outras categorias para efeitos de progressão na carreira, nem seria esse o lugar normativo adequado para o fazer. A Lei n.º 5/2001 teve assim em vista este objectivo.

Este diploma, aprovado pela Assembleia da República após um debate (ao qual se fará referência adiante) que incluiu precisamente a discussão da extensão, ou não, ao pessoal auxiliar – vigilantes e ajudantes – da solução proposta pelo Grupo Parlamentar que apadrinhou a iniciativa legislativa em apreço, viria no entanto a permitir a contagem do tempo de serviço prestado, para os efeitos referidos e no contexto explicitado, apenas na categoria de auxiliar de educação.

A posterior hesitação e mesmo descoordenação da Administração na interpretação e aplicação da citada Lei n.º 5/2001, nos termos a seguir enunciados, foi decisiva para que a questão aqui em análise voltasse a reacender-se.

Assim, através de parecer homologado por Sua Excelência o Secretário de Estado da Solidariedade e Segurança Social, de 19 de Novembro de 2001, considerou-se no âmbito do então Ministério do Trabalho e da Solidariedade que o teor da Lei n.º 5/2001 deveria ser interpretado extensivamente, de modo a abranger todos os educadores de infância habilitados com os cursos de promoção a educador de infância criados pelo Despacho n.º 52/80, independentemente da categoria detida aquando da admissão aos referidos cursos.

O Instituto de Solidariedade e Segurança Social defendia, por sua vez, que a referida legislação só poderia ser aplicada aos ex-auxiliares de educação que concluíram com aproveitamento os cursos de promoção a educador de infância criados pelo supra identificado Despacho n.º 52/80.

Finalmente, o Ministério da Educação entendia também que o tempo de serviço relevante para efeitos da aplicação da Lei n.º 5/2001 seria apenas e tão só aquele prestado pelos actuais educadores de infância que frequentaram com aproveitamento os cursos de promoção a que alude o Despacho n.º 52/80, na categoria de auxiliares de educação – entendimento mais recentemente confirmado pelo Despacho do Senhor Secretário de Estado da Administração Educativa de 2 de Janeiro de 2003.

Detectada a divergência de posições dos Ministérios envolvidos na interpretação da legislação em análise, foi a mesma ultrapassada com a definição, por Despacho de Sua Excelência a Secretária de Estado da Segurança Social, de 9 de Janeiro de 2003, do entendimento de que o âmbito de aplicação da Lei n.º 5/2001 se reporta à contagem do tempo de serviço prestado apenas na categoria de auxiliar de educação pelos actuais educadores de infância que acederam à categoria após a frequência, com aproveitamento, dos cursos de promoção a que alude o já identificado Despacho n.º 52/80.

Em conformidade – a situação é ilustrada por queixas várias que recebi, sobre casos concretos – foram revogados os actos que haviam posicionado os educadores de infância em escalões superiores em virtude da interpretação extensiva da Lei n.º 5/2001 anteriormente feita pelo agora Ministério da Segurança Social e do Trabalho.

As vicissitudes do processo de aplicação da Lei n.º 5/2001 atrás enunciadas provocaram não só um tratamento desigual de situações idênticas, como levaram a reposicionamentos sucessivos – e, na sequência da última orientação da Secretaria de Estado da Segurança Social, ao reposicionamento dos destinatários das revogações mencionadas em escalões inferiores aos detidos – de

alguns dos profissionais na categoria em causa, com a consequente devolução das quantias entretanto recebidas.

A verdade é que uma leitura dos trabalhos preparatórios do diploma em discussão não ajudará à defesa de uma interpretação extensiva do mesmo.

Antes de mais, para além do elemento literal que envolve o teor do Projecto de Lei n.º 219/VIII, da autoria do Grupo Parlamentar do PS, que esteve na origem da lei em apreço, a própria exposição de motivos que o antecede é clara nessa intenção. Após aí referir-se o enquadramento da proposta efectuada – quanto ao facto, já atrás descrito, de o número de educadores de infância nas décadas de expansão do ensino pré-escolar se ter revelado insuficiente para dar resposta às necessidades então sentidas – pode ler-se no texto em apreço:

"Neste quadro de enorme escassez de recursos humanos preparados e formados, a saída possível consistiu no recurso às auxiliares de educação, que passaram a desenvolver com carácter de regularidade as funções inerentes à categoria de educador de infância, incluindo, nalguns casos, o exercício de cargos de direcção dos estabelecimentos de educação pré-escolar, embora auferindo vencimentos inferiores aos desta categoria profissional. (...) Trata-se, pois – e é justo reconhecê-lo –, de um grupo profissional cuja utilização pelo sistema permitiu a expansão da educação pré-escolar, que de outro modo teria ficado comprometida. (...) Dando resposta às justas reivindicações e legítimas expectativas das auxiliares de educação, foi-lhes dada a possibilidade, através de legislação criada para o efeito, de acederem à categoria de educador de infância mediante a frequência de um curso de promoção a educadores. Contudo, o acesso das auxiliares de educação à categoria de educador de infância acabaria por ser legalmente consagrado com efeitos ao nível profissional, sem ter em linha de conta o tempo de serviço prestado na categoria de auxiliares de educação".

Por outro lado, a própria discussão, na generalidade, do projecto de lei mencionado, não deixa margem para dúvidas. A

questão ora em análise foi então expressamente debatida, tendo sido deixado bem claro pelo Grupo Parlamentar ao qual coube a iniciativa no caso concreto que pretendia circunscrever a solução proposta ao grupo dos auxiliares de educação (cf. Diário da Assembleia da República, I Série, n.º 54, de 2 de Março de 2001, pp. 2200 a 2206).

Aliás, um dos outros Grupos Parlamentares, o do PSD, apresentou, na especialidade, uma proposta no sentido de a legislação abranger igualmente os detentores das categorias de vigilante e ajudante, e que não foi aprovada (cf. declaração de voto *in* Diário da Assembleia da República, I Série, n.º 63, de 23 de Março de 2001, p. 2510).

Assim sendo, fácil se mostra concluir que não esteve presente no espírito do legislador – antes pelo contrário – estender a solução consagrada na Lei n.º 5/2001 a outras categorias para além da dos antigos auxiliares de educação.

Importa agora verificar se a razão de ser da previsão ínsita no referido diploma se revelará ela própria extensível a outras situações não contempladas pela Lei n.º 5/2001, levando a que a respectiva aprovação tenha representado uma injustiça relativamente a outros potenciais destinatários que a mesma não abrangeu.

I) Educadores de infância com o curso de promoção a que se reportam o Despacho n.º 52/80 e despachos subsequentes, que exerceram as funções de educador de infância enquanto detentores de categorias de pessoal auxiliar – vigilante, ajudante de creche e jardim-de-infância e monitor – que não a de auxiliar de educação.

Repare Vossa Excelência que, apesar de a Lei n.º 5/2001 não condicionar a contagem do tempo de serviço na categoria de auxiliar de educação ao exercício efectivo das funções de educador de infância – a fórmula escolhida foi a de premiar em bloco a categoria de auxiliar de educação, sem apuramento prévio sobre o

exercício ou não, pelas pessoas em concreto, de funções efectivas coincidentes com as de educador de infância –, a verdade é que o objectivo da mesma é reconhecer o tempo de serviço efectivamente prestado nessas funções, partindo-se de uma presunção generalizada de que o exercício efectivo das funções de educador de infância representaria, à data da emissão do Despacho n.º 52/80, a situação concreta da esmagadora maioria dos auxiliares de educação.

Aliás, pode ler-se no preâmbulo deste mesmo despacho o seguinte: *"Embora a formação dos auxiliares de educação tenha em consideração o seu enquadramento profissional por educadores de infância,* aceita-se, por condicionalismos vários, que as suas funções sejam, conjunturalmente, análogas às dos educadores de infância".

Ora, como a realidade veio a demonstrar, não eram apenas os auxiliares de educação a única categoria que, no referido contexto conjuntural, assegurava o exercício efectivo de funções inerentes à carreira de educador de infância.

Note-se, de resto, que o próprio Despacho n.º 52/80 adiantava, no respectivo preâmbulo, que *"assume especial relevo, em virtude da indefinição e variedade das situações, tudo quanto se refere ao* pessoal auxiliar *de educação de infância"*. Por outro lado, o mesmo Despacho inclui, nos pontos 4.1.1 e 4.1.4, dois cursos de monitor de educação no rol de cursos com os quais os candidatos deveriam estar habilitados para acederem aos cursos de promoção a educador de infância.

No preâmbulo do despacho conjunto de 1983 já atrás mencionado, que expressamente permite ao pessoal auxiliar (vigilantes e ajudantes) com funções pedagógicas concorrer aos mencionados cursos, adianta-se como suporte da regulamentação no mesmo inserida os seguintes considerandos: a carência de educadores de infância que impossibilitaria a entrada em funcionamento de jardins-de-infância criados recentemente e o lançamento de novos, com todas as consequências, nomeadamente de ordem social e educativa, daí decorrentes; a existência de

profissionais com vários anos de experiência que só em data posterior à da entrada em vigor do Despacho n.º 52/80 teriam adquirido as condições necessárias à frequência dos cursos em referência – aqui estará mais um argumento no sentido de que este pessoal auxiliar com funções pedagógicas esteve sempre incluído no grupo de candidatos aos cursos criados pelo Despacho n.º 52/80 –; e, finalmente, a irrazoabilidade de coarctar as aspirações de aperfeiçoamento destes profissionais.

Independentemente de se saber se os despachos subsequentes ao Despacho n.º 52/80 vieram apenas regulamentar este, explicitando que a expressão auxiliares de educação afinal abrangeria também outras categorias do pessoal auxiliar, ou inovar ao introduzir essa possibilidade – questão que não interessará agora aprofundar –, o certo é que o contexto, com um enquadramento histórico específico, em que surgiram esses vários despachos – insuficiência de meios e consequente necessidade de formação de novos educadores de infância, bem como constatação de que essas funções estariam, na prática, a ser exercidas por outros profissionais – é válido tanto para os auxiliares de educação como para as restantes categorias do pessoal auxiliar a que expressamente se referem o despacho n.º 13/EJ/82 e o despacho conjunto de 1983, ambos já devidamente identificados.

Sempre se poderia dizer que a Lei n.º 5/2001 apenas tem como destinatários os auxiliares de educação na medida em que esta categoria terá, e teria já à data, inerente funções mais próximas das de educador de infância – não valerá a pena encetar aqui a discussão sobre a natureza das funções de auxiliar de educação, já que o que interessa apurar no âmbito da presente matéria é, não a natureza das funções inerentes a determinadas categorias do pessoal auxiliar, mas o exercício de facto pelos funcionários em causa, qualquer que seja a sua categoria, das funções docentes inerentes à categoria de educador de infância.

A verdade é que a Lei n.º 5/2001 não se limitou a ter como destinatários os auxiliares de educação, antes os auxiliares de educação que concluíram com aproveitamento os cursos de

promoção a educadores de infância a que se refere o despacho de 1980.

Conforme já referido, o Despacho n.º 52/80 e despachos subsequentes vieram dar solução a um problema com uma localização histórica muito precisa, caracterizado por um lado pela insuficiência de meios qualificados para o exercício de funções de educador de infância e pela consequente necessidade do respectivo reforço e, por outro, pela constatação de que profissionais de outras categorias – os auxiliares de educação mas também designadamente os vigilantes e ajudantes de creche e jardim-de-infância – estariam a exercer de facto essas funções, podendo, com a formação adequada, vir formalmente a estar habilitados a esse exercício.

Foi a essa realidade específica – a que envolveu directamente a produção legislativa referente aos mencionados despachos – que se quis reportar a Lei n.º 5/2001, com o objectivo de, conforme aparece expresso no preâmbulo do Projecto de Lei n.º 219/VIII atrás mencionado, colmatar uma lacuna – a circunstância de, no processo de acesso de profissionais não integrados na carreira docente à categoria de educador de infância, não ter sido contabilizado o tempo de serviço prestado nas categorias de pessoal auxiliar.

Assim sendo, nesta perspectiva, parece não poder distinguir-se entre a categoria de auxiliar de educação e as outras categorias de pessoal auxiliar com funções pedagógicas a que a legislação se reporta, tendo todos eles, em determinado momento – o que envolveu a produção dos despachos criador e regulamentadores dos cursos de promoção em apreço – servido a Administração e o Estado na prossecução da tarefa de implementação de uma rede pública de ensino pré-escolar.

É claro que uma extensão da solução preconizada pela Lei n.º 5/2001 às diversas categorias de pessoal auxiliar com funções pedagógicas teria sempre de estabelecer expressamente um requisito adicional – no sentido de que não é o mesmo exigido, por via da mesma legislação, aos auxiliares de educação, conforme já

referido –, traduzido no exercício de facto, com carácter regular e efectivo, de funções inerentes às de educador de infância.

Naturalmente também que as queixas de cidadãos colocados naquela situação têm na sua origem a circunstância de os mesmos terem exercido, de facto, as funções inerentes à categoria de educador de infância, enquanto colocados em categorias de pessoal auxiliar com funções pedagógicas – alguns mesmo antes da frequência dos cursos, outros após essa frequência, enquanto não existiriam lugares no quadro para educadores de infância. O próprio Despacho n.º 13/EJ/82 referia, no respectivo ponto 50.1, que *"a atribuição do diploma referido* – do curso de educador de infância, concedido pela frequência, com aproveitamento, do curso de promoção em análise – *não implica a obtenção imediata de lugar de educador no quadro do estabelecimento onde o profissional desempenha a sua actividade"*.

II) Educadores de infância habilitados com os cursos de educador de infância ministrados pelos estabelecimentos, públicos e privados, reconhecidos pelo Governo – e que ingressaram nestes cursos até ao ano lectivo de 1986/1987 (o último ano lectivo em que foi possível ingressar nos cursos do Despacho n.º 52/80) –, que exerceram as funções de educador de infância enquanto detentores de categorias de pessoal auxiliar, incluindo a categoria de auxiliar de educação.

Por outro lado, não se vislumbra razão para deixar de fora da solução acima proposta a situação dos actuais educadores de infância que, pese embora não tenham frequentado os cursos de promoção a que alude o Despacho n.º 52/80, ingressaram na carreira docente após a conclusão, na mesmíssima época, isto é, entre a criação do ensino pré-escolar em Portugal e o fim do período de formação a que se referem o Despacho n.º 52/80 e despachos subsequentes, de cursos de educador de infância ministrados por estabelecimentos de ensino, públicos ou privados, regularmente reconhecidos pelo Governo, e que exerceram de

facto, com carácter regular e efectivo, enquanto detentores de categorias do pessoal auxiliar, as funções de educador de infância.

Incluem-se igualmente, neste caso, os ex-auxiliares de educação habilitados com cursos de educador de infância ministrados pelos referidos estabelecimentos de ensino, deixados de fora da previsão da Lei n.º 5/2001 – já que esta só contempla os auxiliares de educação habilitados com os cursos de promoção do Despacho n.º 52/80.

Assim sendo, deveria também ser contabilizado, nos termos acima propostos para os actuais educadores de infância que frequentaram os cursos de promoção a que alude o Despacho n.º 52/80, o tempo de serviço prestado, no exercício efectivo das funções de educador de infância embora nas categorias de pessoal auxiliar – vigilantes, ajudantes de creche e jardim-de-infância, monitores e também de auxiliares de educação –, pelos actuais educadores de infância que ingressaram na carreira após a conclusão de cursos que se podem qualificar como "normais" de educador de infância, reconhecidos pelo Governo no período de arranque do ensino pré-escolar em Portugal.

Repare Vossa Excelência que estes profissionais contribuíram, à semelhança dos que frequentaram os cursos de promoção especiais acima mencionados, com o seu trabalho e dedicação, para o desenvolvimento do ensino pré-escolar em Portugal, tendo aliás procurado, a expensas próprias, aperfeiçoar-se e mesmo adquirir habilitação adequada para o exercício da profissão.

De resto, nenhuma razão se vislumbra para que se possa distinguir entre as pessoas que, no mesmo período de tempo, frequentaram com aproveitamento os cursos de promoção a que se refere o Despacho n.º 52/80, e as que frequentaram com aproveitamento os cursos de educador de infância ministrados por estabelecimentos de ensino, públicos ou privados, reconhecidos pelo Governo. Afinal, os cursos de promoção a educador de infância a que se reporta o Despacho n.º 52/80 vieram conferir equiparação ao curso de educador de infância, e eram

inclusivamente ministrados nos estabelecimentos de ensino, públicos ou particulares, onde eram ministrados os cursos de educadores de infância (cf. pontos 12 e 13 do Despacho n.º 52/80).

São as situações acima expostas, que a Lei n.º 5/2001 não contemplou, que se visa agora acautelar, isto é, a contagem do tempo de serviço, para efeitos de progressão na carreira docente, prestado pelos actuais educadores de infância nas categorias de pessoal auxiliar com funções pedagógicas, durante o qual exerceram de facto, com carácter efectivo e regular, as funções inerentes à categoria de educador de infância, profissionais esses que frequentaram, com aproveitamento, quer os cursos de promoção a educador de infância criados pelo Despacho n.º 52/80, quer os cursos de educadores de infância ministrados pelos estabelecimentos de ensino, públicos ou privados, para o efeito reconhecidos pelo Governo – neste último caso, desde que tenham ingressado nos cursos no período que vai desde a criação do ensino pré-escolar em Portugal até ao final do período de formação no âmbito dos cursos previstos no Despacho n.º 52/80 e despachos subsequentes, isto é, até ao ano lectivo de 1986/1987, data em que, segundo se apurou, foi possível aceder, pela última vez, aos cursos de promoção. Pode entender-se que, nesta mesma data, já o Estado teria de alguma forma procedido a um ajustamento dos recursos humanos em apreço às necessidades do país.

No entanto, conforme já acima foi dito, muitos daqueles profissionais não terão ingressado na carreira docente logo após a conclusão dos respectivos cursos, já que não existiriam, à data, lugares nos quadros de educador de infância – apesar de poder ter existido um ajustamento dos recursos humanos às necessidades do país, o legislador não procedeu imediatamente a uma adequação dos quadros de pessoal em apreço.

Assim sendo, pretende-se que seja contado, como se disse, aos profissionais em causa, o tempo efectivamente prestado no exercício dessas funções, quer tal situação tenha ocorrido antes, durante ou após a conclusão de qualquer um dos referidos tipos de curso – e desde que, quando estejam em causa os cursos de

educador de infância ditos "normais", as pessoas tenham ingressado nos mesmos até à data correspondente ao término do período de formação dos cursos de promoção a que se reporta o Despacho n.º 52/80, isto é, até ao ano lectivo de 1986/1987, segundo se apurou.

Assim sendo, ao abrigo do disposto no art.º 20.º, alínea b), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

à Assembleia da República, na pessoa de Vossa Excelência na qualidade de Presidente desse Órgão de Soberania:

Que seja aprovada medida legislativa permitindo que seja contado, para efeitos de progressão na carreira, aos actuais educadores de infância que, frequentando com aproveitamento os cursos de promoção a educador de infância a que se referem o Despacho n.º 52/80, de 26 de Maio (publicado em 12 de Junho) e despachos subsequentes acima identificados, ou os cursos de educador de infância ministrados por estabelecimentos, públicos ou privados, reconhecidos pelo Governo – e, neste caso, tenham ingressado nos mesmos até ao ano lectivo de 1986/1987, o tempo de serviço durante o qual, enquanto detentores de categorias de pessoal auxiliar com funções pedagógicas – auxiliares de educação, vigilantes, ajudantes de creche e jardim-de-infância e monitores — aqueles profissionais exerceram, de forma efectiva e com carácter de regularidade – antes, durante ou após a frequência e conclusão com aproveitamento dos cursos acima referidos e até à integração nos quadros da carreira docente –, as funções inerentes à categoria de educador de infância.

Aguarda resposta

Sua Excelência
o Ministro de Estado e da Defesa Nacional

R-2741/01
Rec. n.º 9/B/2003
03.12.2003

1. A questão objecto do presente documento, a seguir enunciada, é do conhecimento sobejo desse Ministério, plausivelmente tendo já Vossa Excelência recebido ecos da mesma. No entanto, por forma a facilitar a sua exposição, permita-me, Senhor Ministro, que proceda, de forma breve e sintética, ao seu enquadramento prévio.

O Decreto-Lei n.º 57/90, de 14 de Fevereiro, aprovou o regime remuneratório dos militares das forças armadas, o qual viria a vigor entre 1 de Outubro de 1989 (data da produção de efeitos do diploma – cf. o seu art.º 30.º, n.º 1) e a entrada em vigor, progressiva desde 1 de Julho de 1999, do actual regime remuneratório das carreiras militares, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 328/99, de 18 de Agosto (cf. art.º 25.º).

No essencial, para o que aqui importa analisar, estabeleceu o Decreto-Lei n.º 57/90 a integração dos militares na estrutura remuneratória então criada, através da transição do militar para o mesmo posto, em escalão a que correspondesse remuneração igual ou, se tal coincidência não se verificasse, no escalão imediatamente superior (cf. art.º 20.º, n.º 1). A aplicação designadamente destas regras não poderia redundar, em caso algum, em redução da remuneração efectivamente auferida (cf. art.º 25.º, n.º 2).

Por outro lado, determinou a referida legislação um condicionamento ao nível da progressão nos escalões até final de 1991, prevendo o progressivo descongelamento dos mesmos em três fases (cf. art.º 24.º), o que posteriormente foi concretizado através dos Decretos-Leis n.ºs 408/90, de 31 de Dezembro, 307/91, de 17 de Agosto, e 98/92, de 28 de Maio.

2. A questão que ora trago à consideração de Vossa Excelência prende-se com a aplicação dessas regras estabelecidas para o desbloqueamento dos escalões acima mencionado, isto no caso dos militares das forças armadas que detinham já, em 1 de Outubro de 1989 (data da entrada em vigor do regime remuneratório aprovado pelo Decreto-Lei n.º 57/90), o posto de major.

Assim, por via da aprovação do Decreto-Lei n.º 408/90, permitiu-se, a partir de 1 de Julho de 1990, o desbloqueamento dos dois escalões seguintes ao escalão de integração do militar, progredindo um escalão o militar que, à data, tivesse entre cinco e nove anos de permanência no posto, e dois escalões aquele que, na mesma data, tivesse nove ou mais anos de permanência no posto (art.º 2.º, n.ºs 1 e 2).

Salvaguardava o mesmo diploma a situação dos militares que, no período entre 1 de Outubro e 31 de Dezembro de 1989, adquirissem, com base no regime remuneratório anterior, diuturnidades (art.º 3.º, n.º 1), bem como, genericamente, as situações que, durante o período de descongelamento dos escalões, pusessem em causa o equilíbrio e equidade internos da estrutura de carreiras e do sistema retributivo, a corrigir *"de acordo com normas técnicas a definir em diploma próprio"* (art.º 3.º, n.º 2).

Através da referida fórmula, deixou o legislador uma porta aberta para a correcção de eventuais distorções do sistema que a aplicação das regras mencionadas poderia – e afinal viria mesmo– a provocar.

Não tardou o Governo a fazer uso dessa possibilidade, através do Despacho n.º 39/MDN/91, de 22 de Março (publicado em 4 de Abril), do Ministro da Defesa Nacional.

Deste modo, veio este despacho determinar que *"a situação dos militares promovidos entre 1-10-89 e 1-7-90 será objecto de análise, de acordo com as seguintes regras:*

a) Apuramento do tempo de permanência no posto antes da promoção, com referência à data em que esta ocorreu;

b) Determinação do posicionamento nos escalões agora desbloqueados no posto antes da promoção, se e quando a eles houver direito, nos termos do disposto no art.º 2.º do diploma acima referido (o Decreto-Lei n.º 408/90);

c) Determinação do posicionamento em escalão do posto seguinte, com base no escalão da alínea anterior e no disposto no art.º 14.º do Dec.-Lei n.º 57/90, de 14-2, sendo que "sempre que o escalão determinado de acordo com a al. c) (...) seja superior ao escalão em que o militar se encontre posicionado, processar-se-á a sua progressão para aquele, com efeitos reportados a 1-7-90".

De facto, o congelamento dos escalões estabelecido no âmbito do sistema retributivo aprovado pelo Decreto-Lei n.º 57/90 terá feito com que alguns militares promovidos entre 1 de Outubro de 1989 e 1 de Julho de 1990 (data do desbloqueamento dos dois escalões seguintes ao da integração do militar) viessem a ficar prejudicados em termos remuneratórios, face à situação que resultaria da respectiva progressão no posto anterior para escalões que entretanto se encontravam congelados. O despacho em apreço visava, assim, em termos práticos, a reconstituição da evolução remuneratória do militar no posto antes da promoção – ocorrida algures entre 1 de Outubro de 1989 e 1 de Julho de 1990 –, por forma a que aquele pudesse beneficiar da progressão a que teria direito no posto anterior não fora o congelamento de escalões, aplicando-se-lhe depois as regras estabelecidas no art.º 2.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 408/90 para a 1.ª fase do desbloqueamento dos escalões, e efectivando-se então a promoção a partir do escalão no posto anterior determinado através daquelas regras.

3. A aplicação do regime gizado para o 1.º descongelamento de escalões, constante do art.º 2.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 408/90, e posteriormente o Despacho n.º 39/MDN/91, vieram provocar sucessivas distorções no sistema retributivo dos militares que o legislador, apesar de tentativas nesse sentido, como se verá adiante, acabaria por não conseguir corrigir totalmente.

A incapacidade do legislador em resolver de forma definitiva as distorções criadas pela aprovação do Decreto-Lei n.º 57/90 e diplomas subsequentes viria a ter efeitos irreversíveis na situação remuneratória de alguns dos respectivos destinatários, desencadeando inversão nas posições relativas entre esses militares.

4. Antes de mais, analise-se a aplicação concreta da norma contida no art.º 2.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 408/90, que promoveu a 1.ª fase de desbloqueamento de escalões.

Imagine-se, por exemplo, a situação de um militar promovido a major antes de 1 de Outubro de 1989 (v. g. no dia imediatamente anterior, 30 de Setembro), não tendo ainda, na data do 1.º descongelamento (1 de Julho de 1990), cinco anos de permanência no posto, mas detendo nove anos de permanência no posto anterior de capitão. Este militar manteve-se, no âmbito do 1.º desbloqueamento de escalões e por via da aplicação do art.º 2.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 408/90, no mesmo escalão já detido anteriormente, por hipótese no 1.º escalão da escala indiciária em vigor à data (anexa ao Decreto-Lei n.º 57/90), a que corresponderia o índice 325.

Por outro lado, um militar detentor do posto de capitão em 1 de Outubro de 1989 que detivesse, à data do 1.º desbloqueamento de escalões (1 de Julho de 1990), nove anos de permanência naquele posto, progrediria, por via da aplicação do art.º 2.º, n.º 2, alínea b), do Decreto-Lei n.º 408/90, dois escalões. Se por hipótese, estivesse primeiramente no escalão 3 da escala salarial em vigor, transitaria, em 1 de Julho de 1990, para o escalão 5, com um índice 335. Sendo posteriomente promovido a major, e detendo já a referida posição remuneratória, viria a ser colocado no escalão 3 do posto de major, com o índice 345 (de acordo com as regras estabelecidas no Decreto-Lei n.º 57/90, art.º 14.º, para as promoções).

Este segundo militar, menos antigo na carreira que o primeiro acima referido, viria a ser colocado, no posto de major, em escalão superior a este, com uma posição remuneratória

superior, sem que se vislumbre qualquer razão atendível para que essa diferenciação viesse a ocorrer.

Por outro lado, e agora já no âmbito da aplicação do Despacho n.º 39/MDN/91, retenha-se a mesma situação do primeiro militar acima descrita, promovido a major no dia 30 de Setembro de 1989, imaginando-se por contraposição a de um outro militar promovido a major no período entre 1 de Outubro de 1989 e 1 de Julho de 1990, que viria a beneficiar, por força do Despacho n.º 39/MDN/91, da aplicação das regras constantes do art.º 2.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 408/90 à posição remuneratória decorrente da progressão a que teria direito no posto anterior, o de capitão, caso a progressão não estivesse, no período em referência, condicionada.

Assim, e se o referido militar tivesse, à data da promoção – ocorrida algures entre 1 de Outubro de 1989 e 1 de Julho de 1990 –, nove anos de permanência no posto de capitão, e estivesse colocado no escalão 3 deste posto, progrediria, nos termos das referidas normas, para o escalão 5, com o índice 335. Como foi promovido a major detendo já o referido índice 335, não foi colocado, no posto novo, no escalão 1, mas no escalão 3, com o índice 345, de acordo com as regras de promoção já acima mencionadas.

Assim sendo, este segundo militar menos antigo na carreira acabou, por força da aplicação das normas conjugadas do art.º 2.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 408/90 e das regras do Despacho n.º 39/MDN/91, por passar à frente daquele primeiro militar já promovido a major em 1 de Outubro de 1989, mais antigo na carreira, que continuou a permanecer no escalão 1 do posto.

Deste modo, fácil se torna verificar, pelas duas situações acima descritas, que os referidos majores promovidos no posto até 30 de Setembro de 1989 foram sucessivamente sendo ultrapassados, por via da aplicação das regras que estabeleceram o 1.º desbloqueamento de escalões acima identificadas, por militares com menor antiguidade na carreira, sem que qualquer fundamento atendível possa justificar o tratamento diferenciado,

e apenas na medida em que estes últimos viriam a ser promovidos, por exemplo, logo no dia 1 de Outubro.

A aplicação concreta das referidas normas veio assim a provocar desequilíbrios no sistema, traduzidos em verdadeiras inversões da antiguidade relativa no âmbito da carreira militar.

5. Decidindo sobre situação que não pode deixar de considerar-se similar – relativa a norma que, no âmbito do quadro legal que procedeu à reforma do sistema retributivo da função pública, possibilitava que apenas os funcionários públicos promovidos após 1 de Outubro de 1989 fossem integrados num índice não inferior a 10 pontos em relação àquele a que teriam direito caso continuassem a progressão normal na carreira, a partir da categoria e escalão onde estavam integrados (ajustamento provocado também por um desbloqueamento de escalões) – veio o Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 254/2000 (publicado no Diário da República, I Série-A, de 23 de Maio), declarar inconstitucional as normas daquele diploma que precisamente limitavam o seu âmbito de aplicação a funcionários promovidos após 1 de Outubro de 1989, permitindo o recebimento de remuneração superior por funcionários com menor antiguidade na categoria, em violação do disposto na alínea a) do n.º 1 do art.º 59.º da Constituição da República Portuguesa, que estabelece o princípio de que para trabalho igual salário igual, enquanto corolário do princípio da igualdade ínsito no art.º 13.º da Lei Fundamental.

Aí pode ler-se: *"Ao permitir a progressão a funcionários promovidos só após 1 de Outubro de 1989, o n.º 1 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 61/92 excluiu o benefício do "descongelamento" em relação a funcionários que detinham uma categoria superior à daqueles em 30 de Setembro de 1989. (...) Esta diferenciação de remunerações não tem qualquer relação com a natureza e com as características do trabalho prestado pelos funcionários em causa, nem com as suas capacidades e qualificações profissionais. A desigualdade de retribuição não se funda em qualquer critério objectivo, sendo por isso de considerar arbitrária e*

discriminatória. (...) Conclui-se assim que o critério estabelecido (...), ao restringir o benefício de progressão na carreira aos funcionários promovidos após 1 de Outubro de 1989, insere no sistema retributivo um elemento de injustiça e desigualdade, contrariando o princípio da igualdade consagrado no artigo 59.º, n.º 1, alínea a), da Constituição da República Portuguesa" (*in* Diário da República citado, pp. 2307 e 2308).

6. Retomando a questão concreta objecto da presente análise, viria o legislador, mais à frente, através do Decreto-Lei n.º 98/92, de 28 de Maio, que promoveu o 3.º descongelamento de escalões, a atenuar os efeitos acima identificados, estabelecendo, no respectivo art.º 3.º, n.º 5, que da aplicação da 1.ª fase do 3.º desbloqueamento (com efeitos reportados a 1 de Janeiro de 1992), não poderia resultar *"posicionamento inferior ao escalão 3 da escala indiciária aprovada pelo Decreto-Lei n.º 57/90, de 14 de Fevereiro, para os capitães-tenentes/majores que, em 1 de Outubro de 1989, já detinham aquele posto"*.

O legislador, apercebendo-se da injustiça que veio marcar a situação dos majores já detentores do posto em 1 de Outubro de 1989, acima enunciada, determinou, no âmbito do 3.º descongelamento de escalões, a respectiva colocação em posição do posto não inferior ao 3.º escalão, com o índice 345.

Os militares assim colocados no referido 3.º escalão transitariam, na mesma data, para a escala salarial entretanto aprovada pelo Decreto-Lei n.º 307/91 (regulamentador, por sua vez, do 2.º descongelamento de escalões), e que entrou em vigor precisamente em 1 de Janeiro de 1992, e seriam colocados no escalão 2 desta nova escala salarial, com o mesmo índice 345.

A verdade é que a posição alcançada, em 1 de Janeiro de 1992, pelos referidos militares, já havia sido atingida por outros militares com menor antiguidade em Julho de 1990, conforme atrás explicitado.

Apesar da tentativa do legislador em rectificar a situação, os efeitos da aplicação das regras do Decreto-Lei n.º 52/90 e diplomas subsequentes, tornar-se-iam, para os referidos militares,

irremediáveis, já que acabariam aqueles por reformar-se colocados em escalões – e consequentemente com direito a remunerações – inferiores aos detidos por majores menos antigos no posto mas que vieram a atingir, na respectiva carreira, posições remuneratórias mais elevadas.

Assim sendo, impõe-se saber de que forma poderia eventualmente vir a ser corrigida a situação dos militares que ficaram efectivamente prejudicados com a situação de desigualdade criada.

7. A solução não passará, desde logo, pela aplicação, aos referidos militares, de uma solução do tipo da decorrente do Despacho n.º 39/MDN/91, isto é, permitindo-se que as regras constantes do art.º 2.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 408/90 viessem a ser aplicadas com referência ao tempo de permanência no posto anterior, o posto de capitão, já que uma solução deste tipo criaria decerto novos desajustamentos no sistema.

Uma alternativa seria garantir-se, aos militares em referência, o direito a um abono do diferencial correspondente ao excesso de remuneração percebido pelos militares promovidos a major entre 1 de Outubro de 1989 e 1 de Julho de 1990, beneficiários da aplicação conjugada das regras do Despacho n.º 39/MDN/91 e do art.º 2.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 408/90, e colocados por isso em escalão superior ao escalão detido por aqueles militares com antiguidade superior, diferencial esse considerado, por exemplo, nos termos definidos no art.º 7.º, n.ºs 2 e 3, do Decreto-Lei n.º 307/91, para outras situações que o legislador quis salvaguardar dentro do mesmo sistema.

O que aqui se propõe é que se promova medida legislativa tendo em vista a reconstituição da evolução da posição remuneratória dos militares colocados na referida situação, considerando-se o diferencial de remuneração nos termos atrás mencionados, com relevância para o cálculo final da pensão de reforma.

O número de militares colocados na situação em apreço estará naturalmente, nesta data, delimitado, não devendo

ultrapassar pouco mais de uma vintena. Recordo a Vossa Excelência que oportunamente apresentou este grupo de militares uma petição à Assembleia da República, a propósito desta questão, tendo a respectiva Comissão de Petições reconhecido a situação de injustiça criada.

No Relatório Final daquela Comissão, datado de 11 de Novembro de 1994, escreveu-se que *"a situação em análise presta-se a criar algum mal-estar no seio da instituição castrense, seguidora ainda de princípios muito rígidos em matéria de hierarquia e de antiguidade relativa. Repare-se que o próprio EMFAR, publicado em 1990, estabelece no seu artigo 21.º que "o militar tem, nos termos fixados em lei própria, direito a perceber remuneração de acordo com a sua condição militar, posto, tempo de serviço, cargo que exerça, qualificações adquiridas e situações particulares de penosidade e risco acrescido". (...) Como é evidente neste preceito, a remuneração deverá ter em conta também, para além do posto, o tempo de serviço e terá de traduzir, dentro da mesma carreira e do mesmo posto, a regra geral de contagem de antiguidade expressa no artigo 30.º do mesmo diploma legal. Só assim o equilíbrio e a equidade interna estarão salvaguardados, numa organização específica onde a antiguidade no posto, com relevância no estabelecimento da própria cadeia hierárquica (...) deverá ser encarada de uma forma global, isto é, abrangendo também a correspondente proporcionalidade remuneratória"*.

Por outro lado, em parecer enviado à Provedoria de Justiça em 19 de Fevereiro de 2002, pelo Gabinete do antecessor de Vossa Excelência, a coberto de ofício, conclui-se no sentido de que *"por ter fixado um regime diferenciador em função de um critério temporal em tudo idêntico ao censurado pelo dito Tribunal no âmbito do aludido aresto* (Acórdão acima identificado), *o Despacho n.º 39/MDN/91, de 22 de Março, pode, caso venha a ser objecto de fiscalização, vir a ser declarado inconstitucional, por violação do princípio a trabalho igual, salário igual, consignado no art.º 59.º da CRP, enquanto corolário do princípio da igualdade materializado no art.º 13.º da Constituição"*.

8. Pelas razões expostas, ao abrigo do disposto no art.º 20.º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

a Vossa Excelência, Senhor Ministro de Estado e da Defesa Nacional:

A promoção, pelo Governo, de medida legislativa tendo em vista a reconstituição, em concreto, da evolução da posição remuneratória dos militares já promovidos, em 1 de Outubro de 1989, ao posto de major, por exemplo, através do abono de um diferencial correspondente ao excesso de remuneração auferido por militares menos antigos, promovidos ao mesmo posto posteriormente, entre 1 de Outubro de 1989 e 1 de Julho de 1990, e que vieram a beneficiar da aplicação conjugada das regras do Despacho n.º 39/MDN/91, de 22 de Março, e do art.º 2.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 408/90, de 31 de Dezembro, sendo por isso colocados em escalão no posto de major superior ao detido por aqueles militares com antiguidade maior, diferencial esse considerado, por exemplo, nos termos definidos no art.º 7.º, n.ºs 2 e 3, do Decreto-Lei n.º 307/91, de 17 de Agosto, para outras situações que o legislador quis salvaguardar dentro do mesmo sistema, com reflexos no cálculo final da pensão de reforma.

Aguarda resposta.

2.6.3. Processos anotados

R-1537/95
Assessor: Maria Eduarda Ferraz

Assunto: Direitos de autor.
Objecto: Exigibilidade de uma quantia, a título de direito de autor, pela recepção, em estabelecimentos públicos, de emissões de rádio e de televisão.
Decisão: Recomendação n.º 4/B/2002, não acatada. Foi entendido não ser de insistir pelo seu acatamento.
Síntese:

1. Colocou-se a questão, na Provedoria de Justiça, sobre se a recepção, em estabelecimentos abertos ao público, de emissões de rádio e de televisão, seria passível de ser tributada no âmbito dos direitos de autor, isto na medida em que a Convenção de Berna, assinada em 9 de Setembro de 1886 e à qual aderiu o Estado português, não é clara sobre a questão, o que faz com que subsista mais que uma interpretação da disposição contida na mesma convenção, defendendo no entanto a maioria dos respectivos intérpretes que essa recepção pode e deve ser tributada no âmbito do direito de autor. Por seu turno, o ordenamento jurídico interno igualmente não esclarece a questão, circunstâncias que levam a que os próprios tribunais decidam, também eles, em sentido diverso.

2. Recomendou-se então ao Governo[167] a clarificação da situação, através da aprovação de uma norma legal que, num sentido ou noutro, viesse definitivamente afastar as dúvidas ora existentes. A Recomendação não foi acatada, esclarecendo o Governo que aguardará pela realização de uma Conferência Diplomática, reunindo os representantes de vários Estados, para

[167] Cf. Relatório de 2002, pg. 85

aprovação de um novo documento sobre a protecção jurídica dos radiodifusores na Sociedade de Informação, que incluirá a análise da questão, e que se prevê venha a ocorrer dentro dos próximos dois anos.

3. Decidiu o Provedor de Justiça não adoptar outras medidas no âmbito do processo. Antes de mais, estando o Estado português vinculado à Convenção de Berna, e pese embora não seja possível extrair do mencionado instrumento internacional um entendimento inequívoco sobre a questão, a orientação da maioria, não só dos Estados subscritores da mesma como dos próprios juristas que sobre ela se debruçam, entende que será devido o pagamento em questão. Assim, muito provavelmente, se o legislador português optasse por definir legislativamente a questão, teria de seguir a orientação dominante, e impor, pela via do direito interno, o pagamento dessa quantia aos proprietários dos estabelecimentos em causa.

4. Por outro lado, uma clarificação legal da situação em análise poderia não resolver definitivamente a questão. Prevalecendo as normas de direito internacional sobre eventuais normas de direito interno que viessem a regulamentar a mesma matéria e que com aquelas se revelassem contraditórias, poderia suceder, mesmo no caso de o quadro legal nacional vir a definir a situação – sem uma anterior clarificação internacional – que o tribunal viesse a entender que essas regras de direito interno seriam contrárias às previstas na Convenção Internacional e decidisse, por essa razão, não as aplicar.

R-5066/00
Assessor: João Batista

Assunto: Educação. Apoio social.
Objecto: Presunção inilidível de rendimentos, afastando a concessão de apoio social ao filho do queixoso.

Decisão: Alteração do regime vigente após intervenção da Provedoria de Justiça.

Síntese:

Foi apresentada uma exposição, subscrita por militar dos quadros permanentes da Força Aérea, relativa ao indeferimento pelo Instituto de Acção Social das Forças Armadas de pedido de comparticipação das despesas escolares do seu filho.

Instado aquele Instituto a pronunciar-se sobre as razões que determinaram a decisão contestada, veio o mesmo a alegar que, de acordo com o disposto na sua Instrução Permanente AS.10., a capitação do agregado familiar do requerente teria ultrapassado os limites máximos naquela definidos.

Analisado o teor do parágrafo 4.a.4 do documento invocado para o efeito, constatou o Provedor de Justiça que a decisão deste modo tomada se alicerçou na presunção de rendimentos auferidos, em virtude de actividade liberal, ocasionalmente exercida pelo requerente.

Alegou o militar em questão que a aplicação da norma *sub judice* não terá atendido à situação em concreto, por este exposta ao conselho directivo daquela entidade, uma vez que o mesmo não terá auferido, no decurso do ano fiscal em causa, qualquer rendimento a este título, o que facilmente se comprovaria por ter estado destacado no estrangeiro em missão de paz.

Constatando-se estar em causa a necessidade de apuramento do rendimento real dos candidatos ao apoio social, a prestar pelo Instituto de Acção Social das Forças Armadas, entendeu o Provedor de Justiça sugerir a alteração do normativo vigente nesta matéria, por forma a permitir aos beneficiários que fossem alvo de presunções de rendimentos, ilidir as mesmas, mediante apresentação de prova considerada bastante para o efeito.

Em resposta ao entendimento assumido nos termos que antecedem, veio o conselho de direcção daquele instituto comunicar ter procedido à alteração proposta.

R-5822/01
Assessor: Maria Eduarda Ferraz

Assunto: Educação. Disciplina.
Objecto: Conselhos de turma disciplinares dos ensinos básico e secundário. Participação do delegado e subdelegado de turma.
Decisão: Chamada de atenção ao Governo, na pessoa de Sua Excelência o Secretário de Estado da Administração Educativa, com sugestão para alteração da Lei n.º 30/2002, de 20 de Dezembro.
Síntese:

A possibilidade, prevista no art.º 41.º, n.º 2, da Lei n.º 30/2002, de 20 de Dezembro, que aprova o Estatuto do Aluno do Ensino não Superior, de o delegado ou subdelegado de turma participarem no conselho de turma disciplinar, levanta a dificuldade da imposição, designadamente a crianças com 12 anos de idade, da necessidade de preservação do sigilo no âmbito dos procedimentos disciplinares.

Não obstante ter a referida legislação limitado ao 3.º ciclo do ensino básico e ao ensino secundário essa possibilidade (no âmbito do Decreto-Lei n.º 270/98, de 1 de Setembro, revogado pela Lei n.º 30/2002, a referida possibilidade estendia-se ao restante ensino básico), e dever considerar-se que não será alheia a tal solução uma educação para o sentido de responsabilidade, sugeriu-se ao Governo a ponderação futura de uma de duas soluções:

a) A não inclusão, na lei, quanto ao 3.º ciclo do ensino básico, da possibilidade da participação do delegado ou subdelegado de turma no conselho de turma disciplinar, à semelhança do que foi feito, pela legislação em vigor, para o restante ensino básico;

b) A inclusão, na lei, no que toca ao 3.º ciclo do ensino básico, da possibilidade, em circunstâncias específicas – em que manifestamente a situação concreta revele, à partida, contornos especialmente delicados, e em que a preservação do sigilo que a mesma imporá poderá não vir a ser devidamente salvaguardada –, de as presenças, no conselho de turma disciplinar, dos representantes dos alunos, poderem vir a ser dispensadas, através de decisão, devidamente fundamentada, do presidente do conselho executivo, ou director, que preside àquele órgão – em especial nas situações em que, na apreciação da conduta do aluno alvo do procedimento, seja necessária a análise de questões que relevem da reserva da sua vida privada ou da do seu agregado familiar, em termos que não suportariam as consequências de uma quebra do sigilo ou, mesmo sem esta, o conhecimento por parte de um colega do aluno em causa.

R-511/02
Assessor: Ana Corrêa Mendes

Assunto: Prisão. Acidente de trabalho. Indemnização.
Objecto: Atraso na qualificação de acidente de trabalho ocorrido em estabelecimento prisional e no consequente pagamento da pensão correspondente
Decisão: Reclamação provida, superando-se a demora verificada
Síntese:

Um cidadão, ex-recluso no EP de Sintra apresentou uma reclamação em 2002, alegando que no decurso do cumprimento da pena, mais concretamente em 1998, tinha sofrido um acidente de trabalho do qual resultou uma gradual perda de visão do olho direito.

O reclamante não se conformava com a demora do processo de averiguações, tendo em especial consideração que, em consequência desse acidente, tinha ficado impossibilitado de exercer a sua profissão de madeireiro.

Foram efectuadas sucessivas diligências junto da Direcção do Estabelecimento Prisional de Sintra, tendo-se apurado que o processo de inquérito relativo ao alegado acidente de trabalho, após a tramitação habitual, tinha sido remetido em 18.08.2001 à Direcção-Geral dos Serviços Prisionais.

A DGSP formulou um pedido de junta médica em 18.06.02, à qual se submeteu o reclamante em 02.09.2002.

Em 2 de Abril de 2003 a Direcção de Serviços de Gestão de Recursos Humanos e Apoio Geral da DGSP informou que a junta médica confirmara o nexo de causalidade entre as lesões e o acidente sofrido, tendo sido determinada uma incapacidade permanente parcial de 35%. Mais se informava que o processo continuaria em análise com o intuito de determinar a qualificação como acidente de trabalho e a quantificação da indemnização devida.

De imediato fez-se notar à referida Direcção-Geral a antiguidade do processo e a necessidade de, fixada que estava clinicamente a questão, ser concluído o mesmo no menor curto tempo de espaço.

Informou a DGSP em Julho de 2003 que o acidente sofrido pelo reclamante tinha finalmente sido classificado como acidente de trabalho, sendo autorizado o pagamento ao reclamante de uma pensão anual e vitalícia.

R-1065/02
Assessor: Maria Eduarda Ferraz

Assunto: Apoio judiciário. Remuneração dos advogados. Advogados estagiários e solicitadores.

Objecto: Alteração do art.º 4.º, n.ºs 1 e 2, da Portaria n.º 150/2002, de 19 de Fevereiro, que estabelece uma limitação do montante remuneratório que pode ser recebido por um advogado, advogado estagiário ou

solicitador, pela prestação de serviços no âmbito do apoio judiciário.

Decisão: Procedência da queixa. Chamada de atenção à Ministra da Justiça para que a solução legal em apreço, ou análoga, não seja reeditada no âmbito de um reenquadramento legal da matéria, em curso à data do envio do ofício ao Governo.

Síntese:

1. A Portaria n.º 150/2002, de 19 de Fevereiro, que aprova a tabela de honorários dos advogados, advogados estagiários e solicitadores pelos serviços prestados no âmbito do apoio judiciário, estabelece, no seu art.º 4.º (n.ºs 1 e 2), uma limitação do montante remuneratório que pode ser recebido por um advogado, advogado estagiário ou solicitador, pela prestação de serviços no âmbito do apoio judiciário.

Sendo o Provedor de Justiça sensível às motivações do legislador na concepção das normas identificadas – é do conhecimento público a existência de situações de abuso, em prejuízo inclusivamente dos cidadãos cujo patrocínio devia ser assegurado –, a solução legal promovida pela Portaria n.º 150/2002 não se revelará, no entanto, compatível com alguns dos princípios do nosso ordenamento jurídico-constitucional sobre a matéria, designadamente com o direito à retribuição do trabalho, ínsito no art.º 59.º, n.º 1, alínea a), da Lei Fundamental.

2. O objectivo pretendido com a aprovação dos n.ºs 1 e 2 do art.º 4.º da Portaria n.º 150/2002, poderá facilmente ser atingido através de outros meios, igualmente eficazes e que não suscitarão dúvidas designadamente quanto à respectiva conformidade com o texto constitucional. Seria o caso, por exemplo, da previsão legal da limitação do número de diligências que poderia ser efectivado, num determinado período (manhã, tarde, dia), por cada um dos agentes em apreço, com salvaguarda de eventuais situações como, por exemplo, a que decorrerá da circunstância de, em determinado momento, apenas se encontrarem presentes no tribunal, ou em posição de poderem prestar tais serviços,

profissionais que tenham já cumprido, no período considerado, o número máximo de intervenções permitido pela lei (neste caso, e perante a imperatividade da realização desses serviços, não sendo possível a designação de quem para tal se voluntarie, graciosamente, a designação coactiva implicaria necessariamente o pagamento dos serviços em causa).

3. Estando o sistema está a ser alvo de profunda remodelação, no quadro da celebração, entre o Ministério de Justiça e a Ordem dos Advogados, de um protocolo tendo em vista a criação do denominado Instituto de Acesso ao Direito, que reenquadrará a problemática do apoio judiciário, chamou-se a atenção de Sua Excelência a Ministra da Justiça para a necessidade de a solução prevista nos n.ºs 1 e 2 do art.º 4.º da Portaria n.º 150/2002, ou análoga, não vir então a ser reeditada, optando-se, se se pretender a manutenção da prossecução dos fins visados por tais normativos, pela consagração de um mecanismo que não suscite o tipo de dúvidas apresentado, designadamente através da aprovação de uma solução do tipo da adiantada pelo Provedor de Justiça, acima expressa.

R-1287/02
Assessor: João Batista

Assunto: Nacionalidade Portuguesa. Atribuição.
Objecto: Atribuição da nacionalidade portuguesa, por alegada inexistência de documento. Dificuldades no processo de inscrição do nascimento, tendo em vista a apresentação de documento probatório bastante para o efeito.
Decisão: Resolução da situação relatada, após a intervenção da Provedoria de Justiça
Síntese:

Foi apresentada uma exposição subscrita por cidadã estrangeira, nascida em Angola em 1978, filha de pais portugueses, relativamente à situação de impasse existente em

torno do pedido de atribuição da nacionalidade portuguesa, por esta formulado junto da Conservatória dos Registos Centrais.

Exigia esta entidade a apresentação de documento probatório do estabelecimento da filiação alegada durante a menoridade da requerente, atento o disposto no artigo 14.º da Lei n.º 37/81, de 3 de Outubro.

Alegava a exponente que, em virtude do conflito armado vivido naquele país, em particular na zona do Huambo, os arquivos da Conservatória do Registo Civil daquela cidade teriam sido totalmente destruídos no ano de 1993, dispondo a mesma apenas do original da sua cédula pessoal do registo civil, bem como de uma certidão de registo de nascimento lavrado em Angola, em 1997.

Instada a Conservatória dos Registos Centrais a pronunciar-se sobre esta matéria, veio a mesma a comunicar ter vindo a encetar contactos junto das autoridades diplomáticas angolanas acreditadas junto do Governo português, tendo em vista a confirmação da autenticidade e da admissibilidade como meio de prova, à luz da ordem jurídica interna daquele país, da cédula pessoal em causa.

Obtida a resposta solicitada, em sentido favorável à tutela das pretensões da interessada, foi ainda informado pela entidade pública em questão que o deferimento das mesmas estava dependente de esclarecimento a obter pela 2.ª Conservatória do Registo Civil de Lisboa.

Ao que se conseguiu apurar junto desta entidade, o processo em causa careceria apenas de uma declaração da interessada, tendo em vista a correcção de pequenas imprecisões na documentação já apresentada. Necessidade relativamente à qual teria a mesma sido já notificada, embora sem que tenha sido possível obter qualquer resposta.

Após a intervenção da Provedoria de Justiça, veio a ser localizada a requerente, a residir actualmente com os pais em Angola, tendo vindo este Órgão de Estado a diligenciar, com êxito, junto da 2.ª Conservatória do Registo Civil, no sentido de ser

oficiado ao Consulado Geral de Portugal em Benguela, a prestação, por esta via, das declarações em falta, desbloqueando-se assim a situação relatada.

R-1379/02
Assessor: Isaura Junqueiro

Assunto: Prisão. Saúde.
Objecto: Omissão de intervenção cirúrgica atempada a recluso
Decisão: Reclamação procedente. Situação devidamente encaminhada após chamada de atenção.
Síntese:

1. Em carta dirigida ao Provedor de Justiça, um recluso invocava que tinha sido submetido a intervenção cirúrgica de urgência, realizada nos Hospitais da Universidade de Coimbra em 20.1.01, tendo ficado com colostomia de segurança, a qual, segundo informação colhida, devia ser encerrada, em nova intervenção cirúrgica a realizar após seis meses.

Decorridos dois anos ainda não tinha sido realizada tal intervenção cirúrgica em falta, mantendo-se o recluso na situação de colostomizado, sem que nenhuma razão clínica o impusesse, muito pelo contrário.

2. A respeito desta situação foram efectuadas sucessivas diligências telefónicas junto das Direcções do Estabelecimento Prisional de Coimbra e do Hospital Prisional de S. João de Deus, das mesmas resultando a existência de um conflito negativo entre este hospital e o hospital civil onde se realizou a primeira intervenção.

Com efeito, apesar de a Direcção do Estabelecimento Prisional de Coimbra, com base nos relatórios médicos dos Hospitais da Universidade de Coimbra, ter encaminhado sempre a realização da segunda cirurgia para o Hospital Prisional de S. João de Deus, a direcção deste hospital e os respectivos serviços clínicos entenderam que o encerramento de tal colostomia devia,

preferencialmente, ser efectuado pela equipa dos Hospitais da Universidade de Coimbra que a realizou, invocando razões de ordem técnica, por um lado e, por outro, de incapacidade e insuficiência de condições do próprio Hospital Prisional. Quanto a este último aspecto, baseava-se a posição do Hospital Prisional numa das informações dos Hospitais da Universidade de Coimbra, onde se referia ser conveniente tratar no mesmo tempo operatório outra patologia de que o interessado sofria, acto que ultrapassaria a capacidade do Hospital Prisional.

3. Apurou-se, ainda, que os serviços clínicos do Estabelecimento Prisional de Coimbra teriam também realizado alguns contactos com os Hospitais da Universidade de Coimbra para que aí fosse realizada a intervenção cirúrgica. Os HUC terão sempre argumentado com a possibilidade de realização no HPSJD, alegando que, a não ser assim, o interessado teria de aguardar pela cirurgia em lista de espera.

4. Ressaltavam dessas diligências e descrição dois aspectos.

Em primeiro lugar, tratava-se de uma pessoa que, carecendo de suportar determinada situação durante seis meses, viu esse período, recheado de incómodos, riscos de infecção, possibilidade de discriminação pelos demais reclusos e, até, de despesa com o material apropriado, estendido, até então, para o quádruplo do tempo.

Em segundo lugar, não cabendo avaliar se, na verdade, o HPSJD tinha ou não as condições aptas à realização da cirurgia em falta, parecia patente que o desencontro entre esta unidade e o HUC não tinha sido gerido da melhor forma, em termos de se alcançar uma solução. Na verdade, ao que se sabia, nem sequer tinha sido inscrito o doente em lista de espera nos HUC, o que, no mínimo, permitiria que estivesse então bem mais próximo de um desenlace favorável.

5. Face a esta situação, entendeu o Provedor de Justiça solicitar ao Senhor Director-Geral dos Serviços Prisionais a sua imperiosa intervenção, de modo a pôr cobro ao arrastamento da situação. Tal intervenção, passaria pela confirmação da

impossibilidade de recurso ao HPSJD, concretizando-se na decisão de recurso aos serviços do Serviço Nacional de Saúde, nos HUC ou em terceiro hospital apropriado, devendo fazer-se sentir aos serviços competentes do Ministério da Saúde a anomalia que representa a não realização atempada da cirurgia em falta, para efeito de prioritização adequada.

6. Em pronta resposta, veio o Senhor Director-Geral dos Serviços Prisionais afirmar que tinha dado instruções consistentes com o que tinha sido indicado pelo Provedor de Justiça, forma de agir que adoptaria em outro caso semelhante.

Foi encontrada possibilidade de realização do acto cirúrgico em causa num hospital público da região de Lisboa, que só sofreu ulterior demora pela intercorrência de patologia que exigiu tratamento prioritário e terapêutica adequada.

R-1793/02
Assessor: Maria Eduarda Ferraz

Assunto: Expropriação. Pagamento de indemnização
Objecto: Falta de pagamento atempado de indemnização e ausência de previsão contratual nesse sentido.
Decisão: Recomendação n.º 12/A/2002, publicada no Relatório de 2002, que foi parcialmente acatada.
Síntese:

O Instituto das Estradas de Portugal (ICP) acatou o proposto na segunda parte da Recomendação n.º 12/A/2002, acedendo a incluir, nas minutas dos contratos-promessa no âmbito das expropriações amigáveis, o prazo máximo de 6 meses a partir da data da celebração do contrato-promessa para a realização dos correspondentes auto ou escritura.

Não acatou, por outro lado, a sugestão de pagamento de juros compensatórios no âmbito da expropriação concreta a que aludia a primeira parte da Recomendação, argumentando com a circunstância de o expropriado ter dado quitação do valor da indemnização devida no âmbito dessa expropriação,

automaticamente tendo declarado considerar-se ressarcido da mesma, nada mais tendo a receber da entidade expropriante.

A iniciativa deste Órgão do Estado, ao sugerir, como fez, o referido pagamento de juros compensatórios, apoiou-se mais numa argumentação sobre a irrazoabilidade da demora verificada, do que em critérios jurídicos, no sentido estrito do termo, nesta perspectiva não merecendo reparo a posição do IEP.

R-2589/02
Assessor: João Batista

Assunto: Estrangeiros. Informação.
Objecto: Desconhecimento da obrigação de declaração de entrada em território nacional por quem use fronteira não controlada.
Decisão: Sugestão de adopção de mecanismos de informação desta obrigação legal.
Síntese:

Foi apresentada uma exposição relativa à decisão de indeferimento, por parte do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, do pedido de concessão de uma autorização de permanência, com base no facto de não se poder fazer prova da entrada em território português, em data anterior a 30 de Novembro de 2001.

O cidadão estrangeiro em causa teria entrado em Portugal, em data anterior à exigida para o efeito, proveniente de um país parte dos Acordos de Schengen, razão pela qual no seu passaporte não figurava qualquer carimbo aposto pelas autoridades portuguesas que permitisse provar tal facto.

O mesmo não teria efectuado, por absoluto desconhecimento, a declaração de entrada prevista no artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 244/98, de 8 de Agosto, na redacção a este então dada pelo Decreto-Lei n.º 4/2001, de 10 de Janeiro, a que por força daquele preceito estava obrigado.

Tendo em conta a franca possibilidade de a entrada em Portugal ser efectuada a partir de outro país em relação ao qual não há controlo fronteiriço, diligenciou-se junto do Ministério dos Negócios Estrangeiros e do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras para reforço da informação era prestada aos potenciais destinatários da obrigação legal de declaração em causa.

Assim, veio o Ministério dos Negócios Estrangeiros informar que passaria a explicitar a existência desta obrigação legal por afixação de aviso nos postos consulares.

Por seu lado, o Serviço de Estrangeiros e Fronteiras prontificou-se a contactar as instituições consideradas relevantes, como a ANA, a CP, o Instituto de Estradas de Portugal a Direcção-Geral de Viação, no sentido de ser disponibilizada esta informação nos espaços de sua jurisdição. Também esclareceu este serviço que, desde o final de 2002, a chamada de atenção para esta obrigação legal constava da sua página principal na internet, em lugar visível.

R-2789/02
Assessor: Ana Corrêa Mendes

Assunto: Educação. Trabalhador-estudante. Avaliação.
Objecto: Recusa de universidade na previsão de época especial de exame para trabalhadores-estudantes.
Decisão: Situação ultrapassada após intervenção do Provedor de Justiça.
Síntese:

Foi apresentada uma reclamação segundo a qual não estavam a ser observados os direitos consignados na lei para os trabalhadores estudantes do Curso de Saúde da Universidade Fernando Pessoa do Porto, designadamente quanto ao previsto no art.º 8.º, n.º 4, da Lei 116/97, de 4 de Novembro, que mandava existir uma época especial para realização de exames.

A Universidade aduziu que os cursos de saúde não poderiam ser frequentados em regime parcial ou de trabalhador-estudante, em concordância com as Directivas comunitárias 76/688/CEE de 25.07.1978 e 85/432/CEE de 16.09.1985. Estava a Universidade em causa a referir-se à impossibilidade de reconhecer o direito previsto no art.º 8.º, n.º 2, da lei em causa, ao afastar-se a obrigatoriedade de qualquer assiduidade mínima.

Concordando-se com a licitude do afastamento do regime da Lei n.º 116/97 na parte que fosse incompatível com obrigações comunitárias, fez-se no entanto notar à Universidade em questão que o regime do trabalhador-estudante consiste num feixe de direitos e garantias que são cindíveis, nada obstando a que, negando-se uma das posições jurídicas se concedesse uma outra.

Ora, a existência de época especial de exame nada prejudica a assiduidade exigida pelas regras comunitárias citadas nem com as mesmas conflitua.

Idêntico entendimento, aliás, tiveram a Direcção-Geral do Ensino Superior e a Inspecção-Geral de Educação.

A Universidade Fernando Pessoa acatou esta posição, informando estarem a ser tomadas as devidas providências no sentido de facultar aos alunos trabalhadores estudantes uma época especial de exames, para além das épocas já estabelecidas no Regulamento Pedagógico.

R-3064/02
Assessor: Isaura Junqueiro

Assunto: Prisão. Assistência religiosa.
Objecto: Recusa de entrada em estabelecimento prisional de sacerdote católico escolhido pelo recluso.
Decisão: Chamada de atenção dirigida à Administração.
Síntese:

1. Foi apresentada queixa contra a actuação do Estabelecimento Prisional Regional de Viana do Castelo, por ter sido negada a entrada no mesmo a sacerdote católico, com a

fundamentação de existir assistente próprio do estabelecimento desta confissão religiosa. Foi também aduzido não ser esse momento o estabelecido para visita, não tendo sido prestada autorização prévia para tanto.

2. Em desfavor da bondade desta decisão, argumentava-se com o disposto no Regulamento Interno do Estabelecimento que, sobre esta matéria, dispunha que "*as visitas dos ministros das diversas comunidades espirituais poderão ser realizadas todos os dias, dentro do horário em que os reclusos estão abertos, ... e apenas serão limitadas quando razões de manutenção da ordem e disciplina do estabelecimento isso o imponham*",

3. Tendo presente a total ausência de fundamentação nas mencionadas "razões de manutenção da ordem e disciplina", foi dirigida chamada de atenção à Direcção-Geral dos Serviços Prisionais, considerando desde logo ilegal, por violação do Regulamento Interno do EPR, o entendimento assumido no despacho em causa.

Mais ainda, ao apresentar-se a existência de assistente religioso católico como prejudicando ou limitando a possibilidade de os reclusos interessados recorrerem ao apoio espiritual de outro sacerdote da Igreja Católica, considerou-se estar em causa a liberdade religiosa.

A relação com um ministro religioso é condicionada pela maior ou menor confiança entre as pessoas. Por a lei estabelecer a existência de assistente católico, tal não pode resultar numa compressão de direitos dos reclusos católicos face aos que professem outras religiões.

Concluiu-se, assim, pela necessidade de cumprimento do disposto nos normativos internos, permitindo o acesso de ministro de qualquer religião durante todo o horário de abertura, salvo se razões específicas de manutenção da ordem e disciplina impuserem procedimento contrário, sempre se assegurando a não discriminação dos reclusos de religião católica, em termos de não verem limitado o acesso a sacerdote da sua confiança pela existência de assistente religioso próprio do EPR.

R-3550/02
Assessor: Ana Corrêa Mendes

Assunto: Taxas. Desburocratização.
Objecto: Falta de cumprimento legal da obrigação de disponibilização de atestado multiusos.
Decisão: Alteração das tabelas após intervenção do Provedor de Justiça.
Síntese:

Foi apresentada uma reclamação, segundo a qual a Junta de Freguesia de Mina, no concelho da Amadora, cobraria diferentes taxas pela emissão de atestados de residência, consoante os fins a que os mesmos se destinavam, em manifesta inobservância do disposto no art.º 28.º do Decreto-Lei n.º 135/99, de 22 de Abril

Mais se indicava nessa reclamação que era exigida a apresentação de requerimento em impresso próprio que era objecto de cobrança de taxa própria.

Chamada a atenção da referida junta de freguesia, veio esta a manifestar a sua disponibilidade para alterar a tabela de taxas em consonância com o prescrito na lei, mas informando que prática idêntica à sua estava generalizada em todas as freguesias do concelho da Amadora, sugerindo que fosse diligenciada a uniformização de procedimentos.

Entendeu-se como pertinente a sugestão, pelo que se dirigiu à restantes nove juntas de freguesia idêntica chamada de atenção.

Todas as autarquias responderam favoravelmente, modificando as tabelas praticadas em sentido conforme com o preceituado legislativamente.

Sendo plausível que situação idêntica persista noutras freguesias do país, foi pedida a cooperação da ANAFRE, sugerindo

que, pelos meios entendidos como convenientes, difundisse a informação pertinente junto das suas associadas.

R-3719/02
Assessor: Ana Corrêa Mendes

Assunto: Educação. Transporte.
Objecto: Pagamento das despesas de transporte para alunos que, residentes em determinado concelho, frequentam escola situada noutro.
Decisão: Reclamação procedente. Situação regularizada por acordo sugerido pelo Provedor de Justiça
Síntese:

Por um grupo de pais e encarregados de educação de alunos, residentes em Altura, no concelho de Castro Marim, foi apresentada reclamação pelo facto de ter sido decidido a não comparticipação no transporte escolar dos seus filhos, em virtude de frequentarem um estabelecimento de ensino, a EB do 2º e 3º Ciclo de Vila Nova de Cacela, Concelho de Vila Real de Santo António, localizada fora do concelho de residência.

Solicitados esclarecimentos à Câmara Municipal de Castro Marim e de Vila Real de Santo António sobre a sequência da petição apresentada pelos pais dos alunos, alegou a primeira que, existindo estabelecimento de ensino idêntico no seu concelho, não se justificava a transferência dos alunos para uma escola fora da sua área de residência, o que contrariava as "normas de encaminhamento de matrículas", razão pela qual os alunos não beneficiariam do transporte escolar.

A Câmara Municipal de Vila Real de Santo António, por sua vez, aduziu que, nos termos do n.º 5 do art.º 2º do Decreto-Lei n.º 299/84, de 5 de Setembro, os alunos não poderiam ser abrangidos pelo plano de transportes escolares daquele concelho.

Para maior certeza, solicitou-se à Direcção Regional de Educação do Algarve que informasse qual a escola do ensino

público a cuja área de influencia pertenciam os alunos dos 2º e 3º ciclos do Ensino Básico residentes em Altura.

Respondeu aquela Direcção Regional que, de acordo com o ponto 3.1 do n.º 3 do Despacho Conjunto n.º 373/2002, publicado no Diário da República de 23 de Abril do mesmo ano, os pais/encarregados de educação podem pedir a matrícula dos seus educandos na escola mais próxima da sua área de residência ou de trabalho, desde que para tal exista disponibilidade na escola pretendida.

Verificada a regularidade da inscrição dos alunos e não estando em causa a previsão do art.º 3º, n.º 5 do Decreto-Lei n.º 299/84, de 5 de Setembro, sugeriu-se às edilidades envolvidas que, tendo presente o disposto no art.º 23º, n.º 1, do referido diploma legal, considerassem a possibilidade de uma repartição equitativa de custos entre os dois municípios, cabendo a cada um suportar 50% do apoio prestado.

Esta sugestão foi aceite, elaborando as duas autarquias um protocolo de colaboração nesse sentido.

R-3906/02
Assessor: João Nuno Batista

Assunto: Educação. Acção Social. Estrangeiros.
Objecto: Recusa de apoio social escolar a alunos oriundos de países com os quais inexistiam acordos a esse respeito
Decisão: Proposta de revisão da posição assumida pela entidade visada.
Síntese:

1. Por um grupo de professores de uma escola secundária da área metropolitana de Lisboa foi apresentada uma exposição, alegando-se o indeferimento, por parte dos competentes serviços do Ministério da Educação, de vários pedidos de concessão de apoios e complementos sociais, em geral apresentados por alunos oriundos de países da Europa de Leste.

2. Consultadas sobre esta matéria as diversas direcções regionais de educação, concluiu-se que apenas a Direcção Regional de Educação de Lisboa, baseando-se no princípio da reciprocidade, entendia que os cidadãos nacionais daqueles Estados não poderiam usufruir das prestações sociais reclamadas, em virtude da inexistência de acordos bilaterais celebrados a este respeito com os respectivos países de origem.

3. Sem prejuízo desse entendimento, considerou a DREL que se justificaria conduta oposta, exigindo contudo para tal a existência de orientação superior.

4. Nestes termos, foi enunciada a situação ao Secretário de Estado da Administração Educativa, à luz do princípio da equiparação de direitos vertido no artigo 15.º da Constituição, apelando para que, embora se considerasse redundante, fosse emitida a orientação pedida, uniformizando assim o tratamento administrativo desta questão.

5. Pronunciando-se a Auditoria Jurídica do Ministério da Educação em sentido idêntico, foi transmitida a todas as direcções regionais a orientação em causa.

P-15/03
Assessor: Ana Corrêa Mendes

Assunto: Educação. Acção Social.
Objecto: Situação decorrente do pagamento, no ano lectivo de 2002/2003, de apenas 9 bolsas mensais aos alunos da Universidade de Trás-os-Montes e Alto Douro.
Decisão: Situação regularizada após pagamento de suplemento a cada bolseiro, para cobertura de despesas de propina.
Síntese:

Veiculou a comunicação social o descontentamento dos alunos bolseiros da Universidade de Trás-os-Montes e Alto Douro, por lhes não ser paga a bolsa correspondente ao mês de Julho. Na verdade, tendo sido introduzido naquela Universidade um novo

calendário lectivo, tal correspondeu a que, na transição efectuada em 2002/2003, o ano lectivo fosse apenas composto por nove meses.

Esclareceram os Serviços de Acção Social da Universidade de Trás-os-Montes e Alto Douro que, de acordo com o art.º 18.º, n.º 3, do Regulamento de Atribuição de Bolsas a estudantes do ensino superior público [Despacho 7424/2002 (2.ª série), de 10 de Abril], as bolsas deveriam ser pagas mensalmente, num máximo de dez prestações, mas só enquanto decorressem actividades lectivas.

Entendiam estes serviços que não faria sentido auxiliar no suporte de despesas que não iriam ser feitas, como as de transporte, alojamento e alimentação. Ressalvou-se que, se alguns bolseiros efectivamente tivessem actividades escolares no mês de Julho, poderiam os mesmos requerer apoio para essas despesas, em sede de apoio extraordinário.

Sem prejuízo do teor da referida comunicação e aceitando a aplicação que no caso foi feita do teor do art.º 18.º, n.º 3, do Regulamento de Atribuição de Bolsas a estudantes do ensino superior público, em geral, manifestou-se aos Serviços de Acção Social uma reserva.

Assim, a bolsa de estudo, conforme estabelecido no art. 19.º, n. 3, da Lei n.º 113/97, visa suportar vários custos, entre eles o da propina. Ora, parece claro que, dada a excepcionalidade do ano lectivo em causa, com 9 meses, face ao anterior e ao seguinte, ambos com 10, é de notar que os alunos, apenas recebendo a bolsa correspondente a nove meses, veriam o apoio respeitante ao pagamento de propina reduzido no ano em apreço, já que a despesa que tinham com ela seria fixa. Dito de outro modo, se os gastos com transportes, alojamento ou alimentação são variáveis com a existência ou não de actividades lectivas, o valor da propina anual é sempre o mesmo, não diminuindo ou aumentando com a duração do ano lectivo.

Assim, os estudantes bolseiros do ano lectivo 2002/2003 estariam numa situação de desigualdade para com aqueles que, na

UTAD, foram bolseiros no ano anterior e no seguinte, bem como com os demais bolseiros nas universidades do País que, naquele ano, tiveram um ano lectivo de 10 meses.

Face ao exposto, considerando a carência económica que está na base da atribuição da bolsa, sugeriu-se o pagamento, no mês de Julho, de uma quantia a título de comparticipação no pagamento da propina. Tendo em conta que o valor da propina é o da bolsa máxima, conforme previsto na lei, deve-se supor que à situação de carência máxima corresponderia a antiga isenção de propinas. Num ano lectivo de dez meses isso significa que 1/10 do montante total recebido no ano deve servir para pagar a propina.

Apelou-se, assim, que fosse paga, de imediato, a cada bolseiro o montante correspondente a 1/10 da bolsa base mensal que receberam no ano lectivo 2002/2003.

A sugestão foi aceite, mas com pagamento uniforme a todos os bolseiros de 1/10 do valor das propinas.

R-303/03
Assessor: Ana Corrêa Mendes

Assunto: Educação. Acção social.
Objecto: Pagamento em falta de bolsas de estudo.
Decisão: Reclamação provida; chamada de atenção a membro do Governo competente.
Síntese:

Foi apresentada uma reclamação por alguns alunos dos Serviços de Acção Social da Universidade do Minho, alegando-se atrasos vários no pagamento das bolsas de estudo, situação que, aliás, se teria verificado também em anos anteriores.

Solicitados os esclarecimentos pertinentes à entidade visada, foi declarado existirem dificuldades de ordem financeira, designadamente fazendo-se referência a uma previsão orçamental inicial, para 2002, de €339 847,58 por duodécimo, quando os

encargos mensais para bolsas ascendiam, desde logo, a €506 675,00.

Para obviar às dificuldades geradas aos alunos, tinham entretanto sido adoptadas medidas de minimização de danos, como a não exigência do pagamento de alojamento universitário e o fornecimento de senhas de refeição, o que se registou com agrado.

Todavia, solicitou-se informação mais precisa quanto à situação financeira denunciada, tendo sido esclarecido que o pedido de antecipação de dois duodécimos, de Agosto e Setembro de 2002, tinha sido indeferido, em 14 de Setembro de 2002, por Sua Excelência o Secretário de Estado do Orçamento. Pela data deste indeferimento pode ser verificada a inutilidade superveniente do pedido de antecipação formulado, que, pelo contrário, poderia ter inteiro cabimento na data em que o foi.

Na verdade, considerou-se existir um desfasamento entre as regras de execução orçamental e as despesas que, como o caso presente, têm o momento de cumprimento juridicamente determinado de outro modo que não o duodecimal. Assim, o Despacho n.º 209/97 (2.ª série), de 18 de Abril, no seu ponto 13, n.º 6, indica que as bolsas de estudo são pagas até 10 mensalidades. Para cumprimento dessa obrigação, recebe a entidade pública competente um duodécimo mensal da verba anualmente prevista.

Há, assim, uma disfunção entre a despesa legalmente prevista e a receita consentida para a satisfazer, orçando o défice mensal, dos meses de Janeiro a Julho, em cerca de 20% por mês, alcançando um valor acumulado de cerca de 140% do valor de um duodécimo (ou 117% do valor mensal de encargos).

Face a estas conclusões e tendo presente a possibilidade de repetição de casos futuros, apelou-se a Sua Excelência o Secretário de Estado do Orçamento, para que, não se querendo estabelecer previsão normativa específica que consagre a disponibilização das verbas em causa por décimos, o que seria preferível e faria corresponder a lei orçamental às disposições de natureza

substantiva, seja sempre conferida a urgência que a natureza social deste tipo de despesa justifica, desde logo usando de especial flexibilidade durante o primeiro semestre do ano na autorização da antecipação de duodécimos.

Em resposta, aquele membro do Governo considerou desnecessária a alteração legislativa enunciada, considerando que a apreciação casuística poderia satisfazer as situações em que não fosse possível desviar fundos de outras rubricas orçamentais, durante o primeiro semestre.

R-925/03
Assessor: João Batista

Assunto: Acesso a documentos.
Objecto: Negação de acesso a documento respeitante a penhora de vencimento.
Decisão: Reclamação procedente. Situação regularizada após a intervenção do Provedor de Justiça.
Síntese:

Foi apresentada uma exposição subscrita por uma professora, ré em processo de execução judicial, ao abrigo do qual foi determinada a penhora de parte do seu vencimento mensal, relativamente ao indeferimento, por parte do conselho executivo do estabelecimento de ensino onde leccionava, do pedido de consulta da documentação remetida pelo tribunal àquela escola a esse respeito.

De acordo com o afirmado pela exponente, tal decisão ter-se-ia fundado na alegada confidencialidade ("segredo de justiça") dos documentos em questão.

Entendeu o Provedor de Justiça dirigir ao presidente do conselho executivo do estabelecimento escolar em questão uma comunicação nos termos da qual, atento o disposto na Lei n.º 65/93, de 26 de Agosto, que veio regular o acesso aos documentos da Administração Pública, se instava à adopção de posição

contrária à reclamada, já que, inexistindo o "segredo de justiça" invocado, não decorria da natureza da documentação em causa quaisquer considerações de confidencialidade a observar excepto, naturalmente, para terceiros que não a funcionária afectada.

Em resposta, veio o órgão escolar em causa comunicar a sua adesão ao entendimento assumido por este Órgão de Estado, viabilizando o acesso à documentação pretendida.

R-1418/03
Assessor: Genoveva Lagido

Assunto: Apoio social.
Objecto: Pagamento de despesas de funeral em situação excepcional.
Decisão: Situação regularizada.
Síntese:

Por familiar de uma vítima de crime violento no estrangeiro foi apresentada reclamação, arguindo que a troca de identidade do corpo, aquando da sua trasladação para Portugal, tinha originado maiores despesas, designadamente as relacionadas com a segunda inumação.

Efectuada diligência junto do Governo, alertando para a especial sensibilidade da situação e, muito embora se considerasse inexistir responsabilidade do Estado português, sugerindo que fosse este a suportar o custo do segundo funeral, dada a situação de carência económica dos familiares mais directos.

Tendo o Ministério da Segurança Social e do Trabalho assumido a totalidade dos custos em questão, considerou-se adequadamente solucionada a situação.

R-1858/03
Assessor: Ana Corrêa Mendes

Assunto: Prisão. Visita. Revista.
Objecto: Revista por desnudamento de visita em estabelecimento prisional.
Decisão: Sugestão aceite pela Administração.
Síntese:

Um recluso no Estabelecimento Prisional Regional de Setúbal apresentou uma reclamação na Provedoria de Justiça, queixando-se que a sua mulher tinha sido sujeita a uma revista com desnudamento, em virtude de, ao passar no detector de metais, este ter assinalado positivamente.

Tem sido entendimento constante do Provedor de Justiça que o controlo da realização de visitas deve em primeiro lugar ser feito por revista ao próprio recluso, devendo a revista do visitante ter natureza excepcional, mais ainda quando for feita com desnudamento integral, dada a sua carga vexatória, devendo apenas ocorrer quando existam razões para suspeita sobre os objectos de que seja portador o visitante e não se afigurem suficientes outras formas de controlo.

Solicitados esclarecimentos ao estabelecimento prisional, confirmou-se a realização da visita, sendo todavia alegado que a guarda feminina que realizou a revista tinha previamente informado a interessada de que a revista era feita com nudez total, ficando a visita dependente da realização da mesma.

Com o intuito de se confirmar o consentimento informado da visitante, no que concerne à revista com desnudamento integral, solicitou-se ao EPR de Setúbal que remetesse cópia dos registos de autorização.

Informou o estabelecimento que não existia a prática de se documentar esse consentimento, mas que, de futuro e na sequência da chamada de atenção que tinha sido dirigida, iriam

ser utilizados formulários através dos quais o visitante manifestava ou não o seu consentimento na realização da revista em causa.

R-1917/03
Assessor: Ana Corrêa Mendes

Assunto: Prisão. Visita. Revista.
Objecto: Revista de visitante com desnudamento na presença de menor.
Decisão: Reparo formulado à Administração.
Síntese:

Um recluso no Estabelecimento Prisional Regional de Setúbal apresentou uma reclamação na Provedoria de Justiça, alegando que, pretendendo visitá-lo, foram a sua mulher e a sua mãe sujeitas a uma revista com desnudamento, em virtude de, ao passar no detector de metais, este ter assinalado positivamente.

Mais foi alegado que a revista à sua mulher tinha sido realizada na presença da filha de ambos, menor de cinco anos.

Solicitados esclarecimentos ao estabelecimento prisional, confirmaram-se os factos aduzidos pelo reclamante, invocando-se que a filha menor esteve presente durante a revista da mãe por se ter recusado a permanecer entretanto com outra pessoa.

Para além das questões relacionadas com a revista com desnudamento, tratadas no processo R-1858/03, recomendou-se ao estabelecimento prisional que, de futuro, em caso algum permitisse a presença de terceiros e muito menos de menores durante uma revista com desnudamento, ainda que no último caso se venha invocar o consentimento do menor acompanhado, providenciando pela sua entrega a outro familiar ou amigo visitante, ou, se necessário, à supervisão do pessoal de vigilância.

R-2252/03
Assessor: João Batista

Assunto: Órgãos autárquicos. Funcionamento. Oposição.
Objecto: Falta de discussão e votação de propostas apresentadas por partido da oposição em assembleia municipal; não cumprimento dos deveres enunciados no Estatuto da Oposição.
Decisão: Observância dos direitos consignados no estatuto do direito de oposição, após a intervenção da Provedoria de Justiça.
Síntese:

Foi apresentada uma exposição, no interesse de uma bancada partidária na assembleia municipal de determinada autarquia local, na qual se afirmava que, tendo vindo a ser solicitadas, desde o início de 2002, ao presidente daquele órgão deliberativo, a apreciação e encaminhamento de um conjunto de propostas e de pedidos de esclarecimentos, não tinha o grupo parlamentar daquela força política conhecimento de qualquer seguimento relativamente às suas pretensões.

Mais alegava a exponente não estar a ser observado pela respectiva câmara municipal, o disposto no artigo 10.º da Lei n.º 24/98, de 26 de Maio, quanto à elaboração de relatório aí determinado, assim como o direito de consulta prévia, previsto no artigo 5.º, n.º 3, daquele diploma.

Concluiu-se que, à luz do quadro de competências reconhecidas pela Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro, na redacção a esta dada pela Lei n.º 5-A/2002, de 11 de Janeiro, algumas das propostas apresentadas, reportando-se a matérias incluídas na reserva de iniciativa camarária, deveriam ser exclusivamente pela mesma apresentadas à assembleia municipal, considerando assim não ter este órgão autárquico competência para se pronunciar sobre as propostas da autoria daquela força política.

Relativamente às restantes propostas e pedidos de informações formulados pelo grupo parlamentar em causa, instado o presidente da Assembleia Municipal visada a pronunciar-se sobre as omissões contestadas, veio a ser informado que as mesmas teriam já sido ou estariam a ser objecto de apreciação.

Relativamente à observância do disposto no artigo 10.º da Lei n.º 24/98, de 26 de Maio, consultada a câmara municipal em causa, confirmou-se não ter sido enviado aos titulares do direito de oposição o relatório de avaliação naquele previsto, informando-se agora, contudo que, de futuro, o mesmo viria a ser elaborado e enviado em tempo útil.

Também relativamente ao direito de consulta prévia, a exercer relativamente às propostas de orçamentos e planos de actividades, foi ainda possível alcançar o entendimento nos termos do qual, sem prejuízo dos procedimentos de informação já adoptados por aquele órgão executivo, passaria a ser formalmente observado o disposto no artigo 5.º, n.º 3, do diploma que veio a aprovar o estatuto do direito de oposição.

R-2537/03
Assessor: Ana Corrêa Mendes

Assunto: Educação. Acesso.
Objecto: Erro no concurso de admissão ao 2.º ciclo de licenciatura bietápica, por se não reconhecer a titularidade do grau de bacharel, em equivalência concedida por lei.
Decisão: Reclamação procedente, tendo a instituição de ensino corrigido o erro.
Síntese:

Foi apresentada reclamação quanto ao concurso para admissão ao 2º ciclo de curso bietápico de licenciatura em Tecnologias da Saúde, no ano lectivo 2002/2003, na Escola Superior de Tecnologias de Saúde do Porto.

A interessada tinha, como prova da sua habilitação de ingresso – o bacharelato -, apresentado uma certidão de curso emitido pelo Instituto Nacional de Saúde Dr. Ricardo Jorge e declaração comprovativa do reconhecimento da titularidade do grau de bacharel, emitida pela Direcção-Geral do Ensino Superior.

Independentemente da classificação final de curso mencionada no referido certificado (16,2 valores), o júri do concurso procedeu ao nivelamento das notas, atribuindo 14 valores a todos os candidatos que, como a interessada, não apresentaram diploma (mas apenas certidão) com indicação quantitativa da classificação de curso, o que resultou na sua não colocação.

Tal atitude fundava-se no facto de não ser apresentado diploma, isto é, um documento que, contendo a nota final de curso, contivesse averbamento no qual constasse o reconhecimento da titularidade do grau de bacharel. Mais se arguia que o termo de reconhecimento do grau de bacharel, emitido pela Direcção-Geral do Ensino Superior, referia que "não serve de meio de prova da titularidade das habilitações que serviram de base à concessão do reconhecimento".

Estava em causa, conforme se confirmou junto do Departamento de Modernização e Recursos da Saúde, o disposto no n.º 4 do art.º 7.º da Portaria 958/2000, de 6 de Outubro, que estabelece que "registados os reconhecimentos, o Departamento de Recursos Humanos da Saúde efectuará, no verso do *original do diploma*, um averbamento..."

Ora, como informou o Instituto Nacional de Saúde Dr. Ricardo Jorge, à data da conclusão do curso frequentado pela interessada não eram emitidos diplomas, razão pela qual aquela apenas possuía o citado certificado de habilitações.

Resultava daqui ter sido a interessada objectivamente prejudicada por o curso em que obteve aprovação não ser titulado por diploma e o departamento citado do Ministério da Saúde entender que tinha de se cingir à forma de certificação prevista na portaria em causa. Resultava também contraditório que a Escola

Superior de Tecnologias da Saúde aceitasse como boa a documentação para provar o grau mas já não a média final de classificação.

Por esta razão, fez-se notar à escola superior em causa a necessidade de dar inteira relevância à documentação entregue pela interessada, acatando para todos os efeitos a equivalência ao grau de bacharel que lhe foi reconhecida pela entidade competente e a classificação final de curso que por aí viesse ser provada.

A ESTSP aceitou a sugestão, tendo comunicado que para o ano lectivo 2003/2004 os documentos apresentados pela candidata seriam considerados na íntegra, designadamente quanto à classificação nos mesmos constante.

R-2815/03
Assessor: Ana Corrêa Mendes

Assunto: Educação. Estágio profissional.
Objecto: Recusa de admissão a estágio de alunos de licenciatura em ensino.
Decisão: Reclamação provida e situação regularizada. Proposta modificação normativa, que foi aceite.

Síntese

Foi alegado ao Provedor de Justiça que duas alunas do quarto ano do Curso de Licenciatura em Ensino de Física e Química da Universidade de Trás-os-Montes e Alto Douro, não obstante preencherem os requisitos previstos na Portaria n.º 494/84, de 23 de Junho, em 22 e 23 de Julho de 2003, respectivamente, relativamente à admissão ao estágio pedagógico, viram indeferido o seu requerimento pelos serviços da Universidade, com o argumento de que o prazo para a candidatura tinha terminado no dia 7 de Julho.

Argumentavam as interessadas que o referido diploma estabelece "*que a inscrição no estágio pedagógico é garantida (...) aos alunos que até ao dia 31 de Julho anterior ao início do ano*

lectivo em que aquele se irá realizar tenham obtido aprovação em todas as cadeiras do respectivo plano de estudo (...)".

Em contacto com a Universidade foi possível apurar que em anos lectivos precedentes sempre tinha sido praticada uma data próxima da agora aplicada, ou seja, no começo de Julho.

Tal antecipação do prazo normativamente fixado deveu-se às necessidades da Administração Educativa, tendo em conta igual movimento que veio sofrendo o início do ano lectivo. Foi ainda referido que nunca se tinha colocado situação idêntica à das alunas em causa, originando-se esta no facto de o calendário lectivo da Universidade ter sido alterado, antecipando-se a época de recurso para o mês de Julho. Na verdade, as alunas tinham preenchido os requisitos curriculares apenas nesta época.

Não obstante se reconhecer a norma regulamentar citada como vigente, a Universidade remeteu qualquer decisão para a Direcção Regional de Educação.

Em ulteriores diligências telefónicas estabelecidas com a Direcção Regional de Educação do Norte e a Universidade, foi possível apurar o número de alunos nestas circunstâncias e alcançar-se, excepcionalmente, colocação em estágio para todos eles, solução que fez respeitar o princípio da legalidade.

Contudo, tendo presente os nítidos inconvenientes da solução normativa em causa e a necessidade de prevenir ocorrências futuras deste género, sugeriu-se a Sua Excelência o Secretário de Estado da Administração Educativa a modificação da referida portaria, estabelecendo-se prazo que permita o planeamento atempado dos estágios e simultaneamente dê cobertura aos alunos na época normal do ano lectivo precedente.

A sugestão foi acatada, preparando-se projecto de diploma em conformidade.

R-3611/03
Assessor: Ana Corrêa Mendes

Assunto: Concurso interno. Efeito das penas. Suspensão.
Objecto: Suspeita de favorecimento na aceitação de candidatura a concurso interno.
Decisão: Reclamação improcedente.
Síntese:

Foi apresentada uma reclamação na qual se aludia a favorecimento de funcionário que, estando a cumprir pena disciplinar de suspensão, tinha primeiramente sido excluído de concurso interno, para seguidamente ser admitido ao mesmo.

Naturalmente que a averiguação possível passaria pela análise do procedimento em causa e dos fundamentos jurídicos invocados para a alteração da decisão administrativa, não tanto ao nível da sua bondade como mais da sua plausibilidade.

Solicitados esclarecimentos à entidade administrativa decisora, foi possível verificar que a modificação do primeiro acto praticado, com a sua revogação e substituição por outro de teor oposto, resultou de recurso interposto nos termos legais.

Se quanto à forma nada havia a notar, apurou-se que, em sede de apreciação de recurso, um primeiro parecer existia, negando-lhe provimento essencialmente com base no motivo de o concurso em questão ser interno e o funcionário estar, no momento da apresentação de candidatura, suspenso. Considerando esta suspensão como afectando todo o vínculo, tornando-o ineficaz pelo termo estabelecido, entendia o autor desse primeiro parecer que, para efeitos de concurso, só seria possível a apresentação do interessado a concursos externos, enquanto durasse a suspensão.

Parecer em sentido diverso foi o da Auditoria Jurídica do Ministério em causa. Devendo partir-se do princípio da especialidade das penas e da necessidade de uma interpretação

restritiva das normas sancionatórias, quando respeitantes aos direitos, liberdades e garantias dos indivíduos, assentava esse parecer no teor do n.º 1 do artigo 13.º do Decreto-Lei 24/84, de 16 de Junho (Estatuto Disciplinar da Função Pública), segundo o qual as penas apenas produzem os efeitos declarados no mesmo Estatuto. Esclarece o n.º 2 do mesmo artigo, quanto à pena de suspensão, que a mesma determina o "não exercício do cargo (...) e a perda, para efeitos de remuneração, antiguidade e aposentação, de tantos dias quantos" sejam aplicados.

Ora, não estava assim legalmente prevista qualquer efeito de suspensão do vínculo, globalmente considerada, em nada obstando a apresentação a concurso interno ao não exercício do cargo, à perda de remuneração e antiguidade.

Considerou-se, assim, nada indiciar qualquer tratamento de favor do recurso em causa, muito pelo contrário concordando-se com o teor do parecer que fundamentou a decisão.

2.6.4. Pareceres

R-4138/01
Assessor: João Batista

Entidade visada: Ministério da Saúde
Assunto: Decreto-Lei nº. 305/98. Portaria n.º 543/2001.

Solicitou V.ª Ex.ª a intervenção do Provedor de Justiça a respeito dos diplomas indicados em epígrafe.

Estariam os diplomas em causa, bem como todos os que consagrassem a majoração da comparticipação pública do custo de certos medicamentos apenas para as situações indicadas pelo médico no receituário, através da obrigatoriedade de se referir neste o despacho que regulamenta a comparticipação, a pôr em causa a reserva da vida privada, consagrada no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa.

Tenha-se presente que este direito fundamental se pode analisar em duas posições jurídicas menores, qual seja o impedimento do acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar e o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem (cfr. Canotilho, Gomes/Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 3.ª edição, pg. 181).

Relativamente ao primeiro aspecto, não parece estar o mesmo em causa na medida em que, na relação doente/médico o acesso a informação relativa ao foro da vida privada e, eventualmente, familiar do primeiro, está subjacente ao cabal exercício da actividade médica e ao sucesso da acção destes profissionais.

Assim também, de igual forma, relativamente aos farmacêuticos e seus colaboradores se colocará a questão de

decorrer lógica e necessariamente do elenco de actividades que lhes são cometidas, em complementaridade com a actuação daqueles outros profissionais, o conhecimento mínimo de aspectos supostamente afectos ao domínio da vida privada, decorrentes todavia de uma especial relação encetada com o diagnóstico e prescrição, na qual os primeiros representam o último elo, dando exequibilidade, em termos de terapêutica medicamentosa, à actuação médica.

No que concerne, por sua vez, à não divulgação de informações sobre a vida privada e familiar de outrem, decorre das próprias exigências deontológicas, a que também estão subordinados os profissionais em causa, não só os médicos mas também os farmacêuticos, todos impedidos, através do segredo profissional, de divulgar informações respeitantes a factos de que tenham conhecimento no exercício da sua actividade, sob pena de, violando este comando normativo, incorrerem em responsabilidade civil, disciplinar e criminal, nos termos do artigo 135.º do Código Penal.

Por outro lado, a eventual identificação da patologia feita através do receituário médico, em cumprimento do disposto na Portaria n.º 543/2001 não vem violar qualquer comando constitucional ou, inclusivamente, desrespeitar o segredo profissional associado à prática médica. Na realidade, é indissociável da actividade médica a necessidade de, ao prescrever determinado tratamento, identificar o tipo de medicamento e, com isto, pelo menos de forma implícita e na esmagadora maioria das situações, indicar qual o tipo de patologia ou, pelo menos, sintomatologia, de que é vítima o paciente, na medida em que os medicamentos se agrupam em função dos efeitos curativos ou preventivos que lhes estejam associados relativamente a certas e determinadas doenças, pelo que, mesmo que não surgisse a expressa indicação da patologia, a mesma decorrerá, com maior ou menor abrangência, do tipo de medicamento prescrito.

Por outro lado, cumpre ainda referir que, de resto, em nenhuma das portarias contestadas pelo Conselho Regional do

Norte consta a necessidade de indicação expressa da doença de que padece o beneficiário, exigindo-se tão só que se identifique na receita a portaria que aprovou o regime especial de medicamentos em causa.

Se considerarmos que, desta forma, o sigilo médico é posto em causa, ter-se-á de considerar que toda a actividade prescritiva realizada por clínico, mesmo que através de medicamentos genéricos, compreende a violação daquele dever ético-profissional e o desrespeito dos comandos constitucionais que este visa salvaguardar, o que não é razoável.

Para melhor se enquadrar toda esta questão, ter-se-á ainda de ter em consideração o fim que presidiu à adopção da presente solução legislativa. Nesta matéria será de considerar que a necessidade da indicação do grupo de patologia em que determinado doente se insere, decorre da necessidade de dar cumprimento a uma outra exigência constitucional decorrente do artigo 64.º, n.º 3, alínea c) no que respeita ao dever do Estado orientar a sua acção para a socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos, ao instituir regimes especiais de comparticipação como o que presentemente se analisa, tendo em vista a efectivação do direito à protecção da saúde, decorrente do n.º 1 do citado preceito da Lei Fundamental.

Na realidade, impondo o princípio da igualdade vertido no artigo 13.º da Constituição que se trate igualmente o que é essencialmente igual e, desigualmente o que é efectivamente diverso, resulta em perfeita conformidade com aquele, a adopção de escalões de comparticipação que proporcionalmente acompanhem as doenças mais graves e, com custos globais mais elevados para o doente, impondo-se inclusivamente por razões de interesse público, que sobre estes haja um efectivo controlo, com a inerente responsabilização dos profissionais através de mecanismos como o que presentemente se discute, tornando-se assim indispensável que a receita indique se o medicamento é ou não prescrito a doentes cuja patologia permite maior

comparticipação, sob pena de o farmacêutico não saber que importância cobrar ao utente.

Nestes termos, nenhuma diligência entendi por útil a respeito desta situação.

R-170/02
Adjunta do Gabinete: Catarina Sampaio Ventura

Entidade visada: Legislador

Assunto: Casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Situação jurídica plurilocalizada. Reconhecimento. Direito internacional privado e estatuto pessoal. Noção de casamento. Ordem pública internacional. Direito a contrair casamento.

1. Solicitou V. Ex.ª a intervenção do Provedor de Justiça relativamente à questão do reconhecimento, pelos estados membros da União Europeia (UE), de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, celebrado ao abrigo da lei de um desses estados membros, alegando que o não reconhecimento sinonimiza "uma nova forma de poligamia permitida" aos cidadãos da UE.

2. Cumpre, antes de mais, advertir que, por força do enquadramento jurídico-normativo que delimita as competências do Provedor de Justiça, a actuação deste órgão do Estado, para além dos casos em que lhe é permitido intervir nas relações entre particulares, apenas pode visar poderes públicos *nacionais*. Significa isto que, no presente caso, o problema exposto apenas poderá ser analisado na perspectiva da conduta das autoridades portuguesas, já não, obviamente, na das autoridades de outros estados membros da UE, nem das instituições e órgãos comunitários. Quanto a estes últimos, gostaria de informá-lo que o Provedor de Justiça Europeu é o órgão homólogo, no seio da UE, com competência para apreciar queixas relativas a casos de má

administração por parte dos mesmos (cf. art.os 21.º e 195.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia (Tratado CE)).

3. Informou V. Ex.ª que, sendo cidadão português residente nos Países Baixos, celebrou neste país, em ..., casamento civil com cidadão neerlandês do mesmo sexo, ao abrigo da legislação civil neerlandesa em vigor desde 1 de Abril de 2001 – a *Lei de 21 de Dezembro de 2000 modificando o Livro I do Código Civil, sobre a abertura do casamento a pessoas do mesmo sexo* (*Staatsblad van het Koninkrijk der Nederladen*, 2001, N.º 9) –, a primeira no mundo a permitir essa forma de comunhão não heterossexual, exemplo entretanto já seguido também na Bélgica (*Lei de 13 de Fevereiro de 2003 abrindo o casamento a pessoas do mesmo sexo e modificando certas disposições do Código* Civil, que entrou em vigor em 1 de Junho de 2003).

Ao abrigo do direito neerlandês, um dos requisitos para a celebração do casamento entre pessoas do mesmo sexo consiste na exigência de que pelo menos um dos nubentes tenha um vínculo de ligação aos Países Baixos, revelado seja pela nacionalidade neerlandesa seja pela residência neste país; em relação ao nubente que não seja cidadão neerlandês, é considerado irrelevante que a lei da respectiva nacionalidade permita ou não o casamento entre pessoas do mesmo sexo, aspecto este do direito neerlandês que encerra uma certa noção de *favor matrimonii* (já não, assim, no direito belga, ao abrigo do qual o casamento entre pessoas do mesmo sexo apenas é possível se ambas as partes satisfizerem os requisitos de fundo postos pela respectiva lei nacional para poderem contrair casamento, o que traduz uma opção clara por um regime jurídico *autolimitado*).

4. Tendo V. Ex.ª efectuado, junto do Consulado-Geral de Portugal em Roterdão, pedido de alteração do estado civil no seu bilhete de identidade – pedido este supostamente oral, uma vez ter relatado não possuir qualquer tipo de comprovação do mesmo –, terá sido verbalmente informado que, nos termos da legislação portuguesa, o casamento contraído por pessoas do mesmo sexo é juridicamente inexistente, não podendo, como tal, ser registado

pelo agente consular. Instado a pronunciar-se sobre o assunto, veio o Exm.º Senhor Cônsul-Geral, em Roterdão, informar não ter V. Ex.ª «*efectuado qualquer diligência com vista à transcrição do seu casamento ao abrigo da lei holandesa que permite o matrimónio entre pessoas do mesmo sexo*». Subentenda-se: qualquer diligência formal, como, aliás, é comprovado pela afirmação de V. Ex.ª de que apenas solicitou e obteve uma informação oral.

5. Independentemente da questão em torno das diligências efectivamente realizadas – as quais podem, a todo o tempo, ser renovadas/desencadeadas, desde logo, por escrito, se assim o entender (para esse efeito, cf. o disposto nos art.os 184.º, n.º 3, e 185.º do Código do Registo Civil (CRC) sobre a transcrição de casamento civil celebrado no estrangeiro entre portugueses ou entre português e estrangeiro) –, e na medida em que considero relevar, no presente caso, o problema de fundo que está na sua base – isto é, a questão do reconhecimento em Portugal de casamento civil entre duas pessoas do mesmo sexo, celebrado ao abrigo da legislação vigente noutro Estado – entendi não deixar de proceder ao estudo do mesmo, ligado que está a uma indubitável novel realidade jurídica.

Com efeito, é patente, nos últimos anos, uma evolução, consubstanciada na multiplicação de instrumentos jurídicos dirigidos à tutela da comunhão de vida entre duas pessoas do mesmo sexo (alguns dos quais, consoante as legislações pertinentes, abrangem também as uniões heterossexuais).

Assim, se nos ativermos geograficamente ao espaço da UE, verificamos, por um lado, que essa tutela passa por institutos como o da *união de facto* (Portugal – v. Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, que adopta medidas de protecção das uniões de facto), da "*pareja estable*" ou "*union de hecho*" de algumas comunidades autónomas espanholas, da "*cohabitation légale*" (Bélgica), da "*Lebensgemeinschaft*" (Áustria), da "*Lebenspartnerschaft*" (Alemanha), do "*pacte civil de solidarité*" (França) ou das chamadas *uniões registadas* ("*registered partnerships*") dos países

nórdicos (Dinamarca, Países Baixos e Finlândia). Não obstante as diferenças que possam existir na regulação de cada um destes institutos, ao nível dos respectivos efeitos jurídicos, sempre é de registar que alguns deles – como é o caso do modelo das *uniões registadas* ("*registered partnerships*") de pessoas do mesmo sexo – produzem efeitos jurídicos em quase tudo similares aos do casamento, afigurando-se como um "sucedâneo" deste último, para utilizarmos a expressão de Nuno de Salter Cid (NUNO DE SALTER CID, «Direitos Humanos e Família: Quando os homossexuais querem casar», *Economia e Sociologia*, N.º 66 (1998), p. 222).

Por outro lado, a evolução referida não se limitou ao enquadramento normativo das uniões de pessoas do mesmo sexo através de institutos juridicamente distintos do casamento (ainda que nalguns casos próximos deste no plano dos efeitos jurídicos, como acabado de referir) e, tal como ocorrido, de forma paradigmática nos Países Baixos – e agora, também, na Bélgica –, comportou mesmo a abertura do casamento civil a casais não heterossexuais. Não será, por conseguinte, de estranhar que os juristas se vejam confrontados com novos desafios, desde logo ao nível das consequências jurídicas, postos por semelhante evolução legislativa.

Neste contexto, é da análise feita da questão apresentada por V. Ex.ª que venho, agora, dar-lhe conhecimento, pedindo, desde já, escusa por a mesma ter sido algo morosa, circunstância que decorre da complexidade do estudo jurídico a que teve de se proceder e da necessidade de tomar em linha de consideração os últimos desenvolvimentos jurídicos, pertinentes para a apreciação da matéria.

6. Importa salientar, em primeiro lugar, que o próprio legislador neerlandês, ao introduzir as necessárias alterações ao respectivo Código Civil, por forma a permitir a celebração de casamento entre pessoas do mesmo sexo, teve plena consciência das dificuldades que outros estados poderiam colocar quanto ao seu reconhecimento, nas respectivas ordens jurídicas.

Com efeito, como se expôs no Relatório Parlamentar da Segunda Câmara, de 8 de Julho de 1999, sobre a proposta de lei originalmente apresentada pelo Governo dos Países Baixos, «*a questão relativa ao completamente novo fenómeno jurídico do casamento entre pessoas do mesmo sexo relaciona-se com a interpretação da noção de ordem pública que possa esperar-se noutros países. (...) O resultado de um exame pelo (...) Comité* [Kortmann] *entre estados membros do Conselho da Europa é o de que reconhecimento apenas pode ser esperado em muito poucos países. O que não é surpreendente*».

Em consonância com semelhante conjectura, na informação disponibilizada pelo Ministério da Justiça dos Países Baixos sobre a matéria, chama-se a atenção para o facto de os casamentos em questão, bem como as suas consequências jurídicas, nem sempre serem aceites noutros países e, em conformidade, para os possíveis problemas com que os casais de pessoas do mesmo sexo podem defrontar-se no estrangeiro, no que concerne ao reconhecimento do respectivo casamento (cf. *Same-sex mariages Fact Sheet*, disponível em <www.ministerievanjustitie.nl/english>).

7. Com efeito, no caso de V. Ex.ª infere-se da situação descrita que a mesma está conectada com diferentes ordens jurídicas – *in casu*, a portuguesa (dada a sua nacionalidade) e a neerlandesa (atendendo ao local da celebração do seu casamento, à nacionalidade da pessoa com quem o celebrou e ao domicílio comum). Trata-se, por conseguinte, do que se designa de uma situação jurídica plurilocalizada, o que, na perspectiva do aplicador do Direito, coloca, à partida, o *problema da lei aplicável ou da lei competente* para a respectiva regulação.

A resolução deste problema implica, por seu turno, chamar à colação as normas do chamado *direito internacional privado* (DIP) ou direito dos conflitos, justamente o ramo do Direito que integra os princípios e regras conducentes à designação da lei aplicável, que deva resolver uma dada questão jurídica, não encerrada numa única ordem jurídica. Note-se que, enquanto

normas de carácter instrumental, as normas de DIP (as chamadas "normas de conflitos") não se propõem fixar a disciplina que rege, materialmente, determinada relação ou situação jurídica plurilocalizada (o *regime aplicável*), mas tão-somente indicar, através do chamado elemento de conexão, a lei em cujas normas tal disciplina há-de procurar-se (a *lei que se aplica*). Serão, por conseguinte, nesta medida, normas "localizadoras".

8. Neste contexto, de acordo com as normas de DIP vigentes na ordem jurídica portuguesa, releva, em matéria de *estatuto pessoal*, o elemento de conexão pessoal ou subjectivo, ou seja, atende-se ao *sujeito* da relação, considerando-se como factor decisivo a respectiva ligação a determinado Estado, revelada seja pela *nacionalidade* (*lex patriae*) seja pelo *domicílio* ou residência habitual (*lex domicilii*).

Assim, dispõe o art.º 25.º do Código Civil (CC) português que as relações de família – incluindo a condição jurídica (*i.e.*, o estado) da pessoa relacionada com a sua situação jurídico-familiar, desde logo, no que para o presente caso interessa, por força do casamento – «*são regulad*[a]*s pela lei pessoal dos respectivos sujeitos, salvas as restrições estabelecidas na presente secção*». Determina o n.º 1 do art.º 31.º do mesmo Código que «*a lei pessoal é a da nacionalidade do indivíduo*». Em conformidade com as disposições citadas, e como princípio geral, os actos que se afigurem como os mais relevantes da vida jurídica de um cidadão português ficam, pois, sujeitos à lei portuguesa.

No que especificamente concerne à constituição do estado de casado, conforme o preceituado no art.º 49.º do CC, as condições de validade intrínseca do casamento – ou seja, a capacidade para contrair casamento ou celebrar convenção antenupcial, o regime da falta e dos vícios da vontade dos contraentes e, por maioria de razão, os próprios requisitos de existência do próprio casamento – são regulados, em relação a cada nubente, pela respectiva lei pessoal, ou seja, a lei da sua nacionalidade. Nestes termos, estando em causa, no caso em apreço, um casamento entre cidadão português e cidadão

estrangeiro, a verificação das condições de validade intrínseca desse casamento em relação ao nubente português há-de ser feita à luz da lei portuguesa. Tendo o casamento já sido celebrado, as consequências da eventual violação de alguma das disposições de fundo são regidas pela mesma lei que fixa essas condições de validade, incluindo a sanção pelo seu desrespeito.

9. Ora, segundo a lei portuguesa, o «casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida (...)» (art.º 1577.º do CC), estatuindo expressamente a mesma lei que é juridicamente inexistente – não produzindo, por conseguinte, qualquer efeito jurídico – o casamento contraído por duas pessoas do mesmo sexo (cf. art.os 1628.º, al. e), e 1630.º do CC).

Decorre, por conseguinte, do exposto que a heterossexualidade permanece, na legislação portuguesa, como característica fundamental do casamento, sendo requisito da sua própria existência, pelo que, nos termos do direito português vigente, um contrato de comunhão de vida celebrado entre pessoas do mesmo sexo não poderá ser "cognoscível" como casamento.

Recorde-se, aliás, que uma das características comummente apontadas ao Direito da Família se traduz na preponderância, nesta matéria, de normas imperativas, isto é, de normas inderrogáveis pela vontade das partes (entre as quais, as relativas aos requisitos de fundo do casamento), circunstância «*que revela o interesse público atinente à organização da vida familiar*» (PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, Vol. I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 163; cf., também, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. IV, 2.ª ed. rev. e actual., Coimbra: Coimbra Editora, 1992, pp.13-14).

Nesta medida se compreende, pois, que o casamento surja envolto em formalidades específicas, previstas na lei, e que incluem, entre outras, a organização de um processo preliminar de publicações (regulado no art.º 134.º e seg. do CRC). No caso de

casamento contraído por cidadão português no estrangeiro, a lei portuguesa admite que o mesmo possa ser celebrado perante as autoridades locais competentes, pela forma prevista na lei do lugar da celebração (cf. art.º 161.º do CRC). Dispõe, ainda, o art.º 163.º, n.º 4.º, do CRC que «*o português residente no estrangeiro que pretenda casar perante as autoridades locais pode requerer a verificação da sua capacidade matrimonial à Conservatória dos Registos Centrais ou aos agentes diplomáticos ou consulares competentes para a organização do processo de publicações para casamento, devendo o duplicado do certificado ser remetido à conservatória* [competente para lavrar o assento do casamento]».

No caso de V. Ex.ª não houve lugar a organização de processo preliminar de publicações, o que aliás bem se compreende. Por um lado, porque – tal como teve a gentileza de esclarecer este órgão do Estado – enquanto cidadão residente nos Países Baixos, constava já obrigatoriamente do Registo de População desse país, para o que teve de juntar, entre outros documentos, certidão internacional de nascimento, comprovando o seu estado civil; por outro lado, porquanto o direito neerlandês desconsidera o facto de, no caso de um dos nubentes ser cidadão estrangeiro, a respectiva *lex patriae* admitir ou não o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

De todo o modo, mesmo nos casos em que o Estado português seja solicitado a emitir um certificado de capacidade matrimonial, à luz da *Convenção Relativa à Emissão de um Certificado de Capacidade Matrimonial* (adoptada em 5 de Setembro de 1980, no seio da Comissão Internacional do Estado Civil, e em que Portugal é parte), o mesmo só fica obrigado à sua emissão «*sempre que um dos seus nacionais o solicite para o fim de celebrar o seu casamento no estrangeiro e preencha as condições para contrair esse casamento segundo a lei do Estado que emite o certificado*» (art.º 1 da Convenção, sublinhado nosso), ou seja, neste caso, a lei portuguesa.

Por último, em matéria de formalidades do casamento, quanto ao registo do casamento, no caso de casamento celebrado

no estrangeiro na forma prevista do lugar da celebração, perante as autoridades locais competentes, o mesmo é registado «*por transcrição do documento comprovativo do casamento, passado de harmonia com a lei do lugar da celebração*» (art.º 184.º, n.º 2, *in fine*, do CRC). Este registo pode ser feito no livro próprio do consulado competente ou directamente na conservatória competente (neste caso, v. art.º 187.º do CRC). Em todo o caso, a transcrição apenas pode ter lugar mediante prévia organização do processo preliminar, determinando a lei que a mesma deve ser recusada caso se verifique «*que o casamento foi celebrado com algum impedimento que o torne anulável*» (art.os 185.º, n.º 3, e 187.º, n.º 3, do CRC). Se assim é perante as causas de anulação de um casamento, por maioria de razão se compreende que a mesma não opere perante circunstâncias que tornam o casamento juridicamente inexistente.

10. Perante tudo quanto precede, sendo juridicamente inexistente na ordem jurídica portuguesa o casamento que celebrou nos Países Baixos, por força da aplicação da lei portuguesa, que é a lei da sua nacionalidade, importará, contudo, indagar se a outra conclusão chegaríamos em virtude da relevância da sua ligação àquele país revelada pelo seu domicílio no mesmo.

Ou seja, como já deixámos expresso noutro momento (*supra* § 8), em matéria pertencente à esfera do *estatuto pessoal*, o legislador português considerou, a par da nacionalidade, o *domicílio* dos sujeitos de determinada situação plurilocalizada para efeitos de designação do direito aplicável, que regule essa mesma situação.

No presente caso, a circunstância de V. Ex.ª residir, desde ..., nos Países Baixos conduz-nos a apurar se e em que medida a situação que expôs deverá ou não ser apreciada, nos seus contornos jurídicos, sob o ponto de vista, já não da lei da sua nacionalidade (a lei portuguesa), mas antes do da lei do seu domicílio (a lei neerlandesa), à luz da qual, justamente, são permitidos os casamentos entre pessoas do mesmo sexo, daí se

retirando as necessárias consequências em termos de reconhecimento desses casamentos na nossa ordem jurídica interna.

Na verdade, o art.º 31.º do CC, depois de determinar que a lei pessoal é a lei da nacionalidade do indivíduo, franqueia, no n.º 2, em derrogação a essa regra, o reconhecimento em Portugal dos «*negócios jurídicos celebrados no país da residência habitual do declarante, em conformidade com a lei desse país, desde que esta se considere competente*». Inequivocamente, o legislador aflorou aqui o princípio do *favor negotii* ou da conservação dos negócios jurídicos, numa solução que favorece o reconhecimento de negócios jurídicos, do âmbito do estatuto pessoal dos indivíduos, celebrados no estrangeiro, por força da aplicação de lei diferente da da nacionalidade das partes – justamente, a lei da sua residência habitual (*lex domicilii*).

Por outras palavras, para que situação jurídica pessoal criada no estrangeiro seja tida como válida (*favor validitatis*) em Portugal é suficiente que a mesma tenha sido constituída em conformidade com as disposições da residência habitual dos respectivos sujeitos, mesmo ainda que a relação pertença à esfera de competência da lei portuguesa, enquanto lei nacional do interessado, desde que a *lex domicilii* se considere competente para disciplinar a questão *sub judice*.

Sem embargo, sempre há que fazer notar que a validade ou eficácia na nossa ordem jurídica de situação decorrente da celebração, no país do domicílio e em conformidade com a lei desse país, de dado negócio jurídico, por esta via se tutelando as expectativas das partes, implica ainda a verificação de uma outra condição: que o reconhecimento do acto não seja contrário à *ordem pública internacional* do Estado português. Importa, pois, esclarecer em que consiste a chamada *excepção de ordem pública internacional*.

11. Com esse intuito, chamemos à colação o elucidativo esclarecimento de Ferrer Correia. Nas palavras do emérito Professor, «cada Estado tem naturalmente os seus valores

jurídicos fundamentais, de que entende não dever abdicar, e interesses de toda a ordem, que reputa essenciais e que em qualquer caso lhe incumbe proteger. A preservação desses valores e a tutela desses interesses exigem que a todo o acto de atribuição de competência a um ordenamento jurídico estrangeiro vá anexa uma ressalva: a lei definida por competente não será aplicada na medida em que essa aplicação venha lesar algum princípio ou valor básico do ordenamento nacional, tido por inderrogável, ou algum interesse de precípua grandeza da comunidade local» (A. FERRER CORREIA, Lições de Direito Internacional Privado I, Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 406).

A ressalva da ordem pública internacional encontra-se consagrada, entre nós, no art.º 22.º do CC, com a seguinte formulação: «não são aplicáveis os preceitos da lei estrangeira indicados pela norma de conflitos, quando essa aplicação envolva ofensa dos princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado português» (n.º 1 daquele preceito); neste caso, determina o n.º 2 serem aplicáveis «as normas mais apropriadas da legislação estrangeira competente ou, subsidiariamente, as regras do direito interno português».

Esta reserva de ordem pública limita, por conseguinte, a aplicação, a determinada factualidade concreta, da lei estrangeira tida como competente segundo as normas de conflitos da ordem jurídica nacional, delineando como que um baluarte intangível desta última. Ora, como nota Baptista Machado, é, justamente, *«em matéria do direito de família que mais acusadas são as divergências e particularismos das legislações nacionais. (...) Daí (...) que o direito de família seja o terreno de eleição da reserva de ordem pública»* (JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 4.ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1990, p. 393).

Assim, na situação exposta por V. Ex.ª aceitar a aplicação da lei neerlandesa atinente ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, para efeitos do reconhecimento em Portugal, como plenamente válido e eficaz, de semelhante casamento, poderá

conduzir a um *resultado* não consentâneo, no momento actual, com a consciência jurídica geral dominante na matéria. Ou seja, *de jure constituto*, o casamento apresenta-se, no nosso sistema jurídico, como instituto marcado inexoravelmente pela característica da heterossexualidade, pelo que esta concepção ético-jurídica ainda reinante poderá ser mobilizada, por forma a obstaculizar – reiteremo-lo, segundo o direito constituído e ao abrigo da excepção de ordem pública – o reconhecimento em Portugal do casamento, enquanto tal, entre pessoas do mesmo sexo.

Note-se que, o tornar operativa, na situação em apreço, a ressalva da ordem pública, nos termos aventados, não significa de modo algum ajuizar da bondade da solução do direito neerlandês, nem promover activamente as concepções do direito interno ou, sequer, agitar uma compreensão subjectiva de justiça, mas tão-somente verificar a compatibilidade daquela solução, *num caso concreto*, com concepções fundamentais que estão na base da ordem jurídica portuguesa vigente, em plena consonância com o que a doutrina designa de "*concepção aposteriorística*" da ordem pública internacional.

Por outro lado, é certo que os conceitos jurídicos não são imutáveis, pelo que semelhante comparação sempre será relativa, na medida em que se encontra espácio-temporalmente condicionada, e, portanto, sempre será susceptível de actualização, em função da evolução dos princípios fundamentais que informam o Estado do foro. Em suma, o que pode ser hoje considerada uma intolerável ofensa a concepções fundamentais que estão na base da ordem jurídica desse Estado, justificando a inaplicabilidade da lei estrangeira designada pela norma de conflitos em determinada situação concreta, pode não o ser amanhã.

Perante tudo quanto precede, face a uma recusa das autoridades portuguesas, fundada na lei portuguesa vigente, em reconhecer, no nosso país, o casamento que contraiu com pessoa do mesmo sexo, recusando a transcrição desse acto para efeitos de

registo civil, a mesma pode, em último termo, ser contenciosamente contestada perante os tribunais, aos quais competirá decidir acerca da aplicabilidade ou não da lei indicada pela norma de conflitos como competente para regular a relação jurídica plurilocalizada descrita, de que V. Ex.ª é sujeito, em função da determinação que, no caso concreto *sub judice*, façam do conceito indeterminado de ordem pública. Presumo, porém, que os tribunais portugueses não decidiriam de forma diferente àquela que referenciei.

12. Sem prejuízo de uma dilucidação, em última instância, pelos tribunais, relativamente à sua pretensão, permito-me, ainda, tecer, neste ponto, a seguinte consideração.

Ainda que em situações, como a que expõe, seja invocada a excepção da ordem pública, esta deverá limitar-se às disposições do direito estrangeiro incompatíveis com os princípios fundamentais do Estado do foro, sendo naquela ordem jurídica que devem em primeira linha ser procuradas outras disposições não lesivas daqueles princípios (cf. o disposto no supracitado art.º 22.º, n.º 2, do CC), solução que salvaguarda o princípio, entre nós vigente, da igualdade ou paridade de tratamento entre a lei do foro e as leis estrangeiras.

Nesta linha de raciocínio, mesmo que a sua comunhão de vida com pessoa do mesmo sexo não seja reconhecida em Portugal *como* casamento (nomeadamente, para efeitos de alteração do seu estado civil), tal não significa, porém, que, na medida em que tenha sido constituída validamente à luz do direito neerlandês, a mesma não possa produzir quaisquer efeitos jurídicos no nosso ordenamento jurídico, como, por hipótese, efeitos patrimoniais. Neste caso, não estará em causa o reconhecimento directo do casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas tão-somente o reconhecimento, na nossa ordem jurídica, de um concreto efeito jurídico decorrente da celebração, no estrangeiro, daquele casamento, sempre, porém, com a ressalva dos limites da ordem pública internacional portuguesa, ou seja, na medida em que o efeito jurídico a tutelar seja ainda admissível à luz das concepções

ético-jurídicas fundamentais que estruturam o nosso sistema de direito.

13. Chegados aqui, não gostaria de esgotar a abordagem da questão em análise sem antes, e numa tentativa de equacionar outras vias argumentativas, perspectivar a situação exposta, partindo da seguinte interrogação: constituirá ou não o reconhecimento em Portugal, por força da operatividade da excepção da ordem pública do DIP, nos termos expostos, de um casamento entre pessoas do mesmo sexo, validamente celebrado no estrangeiro um resultado *legítimo* à luz das normas constitucionais respeitantes aos direitos fundamentais, bem como das normas internacionais sobre direitos humanos que vinculam o Estado português? Por outras palavras, mantendo o legislador português a heterossexualidade como condição *sine qua non* da própria existência do casamento, cumpre indagar se esta é uma solução consentânea com os *standards* contemporâneos de protecção da dignidade da pessoa humana.

Esta análise sob o ponto de vista do respeito dos direitos humanos é tanto mais relevante quanto é certo que o "*corpus iuris*" composto pela normas consagradoras desses direitos, pelo seu significado material fundamentante, se impõe, ele próprio, ao aplicador do Direito, mesmo quando invoca a ressalva de ordem pública internacional.

14. No que tange à protecção *constitucional* dos direitos fundamentais, releva, desde logo, o disposto no art.º 36.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), preceito que consagra, no seu n.º 1, o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade, remetendo, no seu n.º 2, para a lei civil a disciplina jurídica do casamento, no que toca aos seus requisitos, efeitos e dissolução, independentemente da forma de celebração.

Nestes termos, o legislador constituinte, ainda que garantindo a todos, em condições de igualdade, o direito de contrair casamento, admitiu que o mesmo ficasse «*subordinado a* limites» (assim J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA,

Constituição da República Anotada, 3.ª ed. revista, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 221), aspecto que se relaciona com a definição pelo legislador ordinário dos respectivos requisitos, para o que dispõe de liberdade de conformação, a exercer sempre dentro dos limites constitucionais.

Os mesmos constitucionalistas, no seu comentário de 1993 à Constituição portuguesa, afirmam ainda, em relação ao art.º 36.º, o seguinte: «*fora do programa normativo directo deste preceito afiguram-se estar* (...) *as* uniões homossexuais. *Seguramente que basta o princípio do Estado de direito democrático e o princípio da liberdade e autonomia pessoal que lhe vai naturalmente associado para garantir o direito individual de cada pessoa a estabelecer vida em comum com qualquer parceiro da sua escolha. Mas uma coisa é a sua protecção ao nível da liberdade e da autonomia individual, outra coisa é o seu reconhecimento e garantia específica a título de direito à constituição de família ou de celebração de casamento*» (*id.*, *ibid.*, p. 223).

Independentemente da posição que se perfilhe quanto à questão de saber se a *união de facto*, tutelada pela legislação portuguesa, cai no âmbito de protecção do direito a constituir família (na doutrina portuguesa, em sentido positivo e no quadro legislativo existente no início da década de 90, v. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (*op. cit.*, p. 220); em sentido negativo, mas sem deixar de qualificar como *parafamiliares* as relações que decorrem da união de facto, v. PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA (*Curso...*, *cit.*, pp. 87-91 e138-143); encarando as uniões de facto heterossexuais, mas já não as homossexuais, como forma de constituir família, v. FRANÇA PITÃO (*Uniões de Facto e Economia Comum*, Coimbra: Livraria Almedina, 2002, *v.g.* a pp. 26, 56 e 71)), independentemente dessa questão, dizia, dúvidas parecem não existir quanto à interpretação do art.º 36.º da CRP no sentido de não impor, de *per* si, a abertura do *casamento* a pessoas do mesmo sexo.

Neste mesmo sentido, aliás, apontam os pertinentes instrumentos internacionais sobre direitos humanos.

15.Com efeito, em sede de protecção internacional dos direitos humanos, merece destaque o sistema instituído no seio do Conselho da Europa, com especial referência à *Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, de 4 de Novembro de 1950 – abreviadamente, *Convenção Europeia dos Direitos do Homem* (CEDH) –, em que Portugal é parte, estando, por conseguinte, internacionalmente vinculado pelas obrigações que da mesma decorrem, além de que essa convenção internacional faz parte integrante da ordem jurídica interna, por força do art.º 8.º, n.º 2, da CRP.

Na redacção do art.º 12.º da CEDH, «a partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de casar-se e de constituir família, segundo as leis nacionais que regem o exercício deste direito».

Ainda que a letra da presente norma aponte para a característica da heterossexualidade do casamento – o que, aliás, tem sido confirmado pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) –, o elemento que se nos afigura verdadeiramente decisivo, com vista a aferir o respeito pelas obrigações decorrentes da CEDH, é o da margem ainda concedida aos Estados nesta matéria e as limitações que, sem atingir o direito em causa no seu "núcleo essencial", os direitos internos possam impor ao seu exercício. Nas palavras dos juízes de Estrasburgo, «*o exercício do direito a casar acarreta consequências sociais, pessoais e jurídicas. Ele obedece às leis nacionais dos Estados contratantes, mas as limitações daí resultantes não o devem restringir ou reduzir de uma maneira ou num grau que o afectem na sua própria substância*» (v., na jurisprudência mais recente do TEDH, *Christine Goodwin v. Reino Unido*, Acórdão de 11 de Julho de 2002, § 99, e acórdãos aí citados).

Neste contexto, e com relevo para a delimitação do âmbito de protecção das normas recortadas no art.º 12.º da CEDH, atendendo, especificamente, ao que seja o reduto inviolável do

direito a contrair casamento, o TEDH começou por firmar jurisprudência no sentido de que o impedimento jurídico relativo a casamento entre pessoas que não são do sexo *biológico* oposto não contende com a essência do direito reconhecido no art.º 12.º da CEDH, conclusão que procedia do raciocínio segundo o qual o direito em apreço visava o casamento tradicional entre pessoas de sexo biológico diferente (cf. *Rees v. Reino Unido*, Acórdão de 17 de Outubro de 1986, §§ 49-50). Ou seja, e na leitura que Ireneu Cabral Barreto faz deste Acórdão, «*os Estados podem proibir os casamentos de homossexuais*» (IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção dos Direitos do Homem: Anotada*, 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 220).

Mais recentemente, no já célebre acórdão *Goodwin* – e estando aqui em debate, tal como no caso *Rees*, acabado de citar, a situação de uma pessoa transexual que pretende casar com pessoa de sexo oposto àquele que resultou da sua operação de conversão sexual, inexistindo reconhecimento jurídico da sua nova identidade sexual – o TEDH, depois de afirmar que o art.º 12.º da CEDH garante «*o direito fundamental, para um homem e uma mulher, de casar-se e de constituir família*» (sem que o segundo aspecto seja uma condição do primeiro, note-se) e de reiterar que o direito a casar obedece às leis nacionais dos Estados partes na CEDH, com salvaguarda da sua própria "substância" (*Christine Goodwin v. Reino Unido*, *cit.*, §§ 98 e 99), o que o TEDH veio reconhecer foi não estar convencido de que os termos "homem" e "mulher", no preceito em questão, «*impliquem que o sexo deva ser determinado de acordo com critérios estritamente biológicos*» (*id.*, § 100). Com efeito, continua o TEDH, «*depois da adopção da Convenção* [CEDH], *a instituição do casamento foi profundamente alterada pela evolução da sociedade, e os progressos da medicina e da ciência conduziram a alterações radicais no domínio da transexualidade*» (*id., ibid.*). Em face destas considerações, o Tribunal de Estrasburgo concluiu não considerar justificado que as pessoas transexuais sejam privadas, *em todas as*

circunstâncias, do direito a casar, na medida em que a lei nacional considere, para efeitos do casamento, o sexo registado à nascença.

Sem pretender obnubilar o significado desta inflexão na jurisprudência do TEDH e do seu potencial para arvorar eventuais futuras evoluções na interpretação do art.º 12.º da CEDH – *maxime*, através da consideração que o TEDH venha a tomar dos efeitos da evolução da sociedade na instituição do casamento –, há que, contudo, situá-la, no presente, no seu preciso sentido.

No fundo, o que deflui do caso *Goodwin* é a abertura ao reconhecimento do direito de pessoa transexual, após operação de conversão do seu sexo, a casar com pessoa de sexo cromossomaticamente (*i.e.* o sexo biológico, determinado à nascença) idêntico mas distinto do sexo pós-conversão da pessoa transexual. Por outras palavras, apenas fundou, por ora, uma concepção mais abrangente para efeitos de definição do sexo de dada pessoa, não a cingindo a critérios puramente biológicos, por forma a contornar a impossibilidade de duas pessoas do mesmo sexo biológico casarem, quando é certo que uma delas, sendo transexual pós-conversão sexual, afigura-se como tendo sexo diferente, juridicamente não reconhecido, do(a) parceiro(a).

Ou seja, fora da questão específica das pessoas transexuais, nada nesse acórdão permite concluir que o não reconhecimento, pelos Estados partes, do direito de uma pessoa a casar com outra do mesmo sexo constitua uma violação da CEDH e, mais concretamente, do seu art.º 12.º. Aliás, registe-se que, na mesma altura em que o acórdão *Goodwin* era proferido, o Comité dos Direitos do Homem (instituído no seio da ONU, ao abrigo do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 (PIDCP), em que Portugal é também parte) sustentava, no caso *Joslin*, que a negação, pelo direito neozelandês, de autorização de casamento civil a duas pessoas do mesmo sexo não constituía violação do PIDCP (cf. Comité dos Direitos do Homem, *Joslin et al. v. Nova Zelândia* (Comunicação N.º 902/1999), 30 de Julho de 2002, Doc. NU CCPR/C/75/D/902/1999 (2002)).

16. Não colhendo a *obrigatoriedade* de abertura do casamento a pessoas do mesmo sexo arrimo na protecção conferida, no momento presente, pela CEDH e pelo respectivo órgão de controlo, não será despiciendo esgotar uma outra via argumentativa, atinente aos *standards* de protecção, em matéria de casamento, no quadro da UE.

Como organização supranacional, a UE consubstancia, *maxime* através da Comunidade Europeia (CE), o exercício em comum dos poderes necessários ao processo de integração europeia. Neste quadro, os estados membros consentem na limitação da sua soberania e na correspondente transferência de poderes para a esfera da União. Não obstante, não é forçoso que tal restrição de soberania opere em todos os domínios de actividade. Na verdade, a UE não dispõe, formalmente, de uma competência no domínio da regulação das relações jurídicas familiares e do estado civil das pessoas, matérias que permanecem essencialmente na esfera da competência dos estados membros.

Afirmar isto, contudo, não significa que a ordem jurídica da UE permaneça imune a dimensões que relevam do direito da família ou que a mesma não tenha refracções em semelhante domínio. Desde logo, as relações jurídicas familiares dos cidadãos da União interessam ao direito comunitário, nomeadamente, no que respeita à livre circulação desses cidadãos e dos membros da suas famílias, ou ainda em matéria de emprego e da função pública comunitária.

Tendo como destinatários as instituições e órgãos da UE, assim como os estados membros quando apliquem o direito da União, a solenemente proclamada em 7 de Dezembro de 2000, sem carácter jurídico-formal vinculativo, Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a Carta, de agora em diante) incluiu disposição – o art.º 9.º – nos termos da qual «*o direito de contrair casamento e o direito de constituir família são garantidos pelas legislações nacionais que regem o respectivo exercício*».

Esta disposição confirma, pois – na linha, aliás, da CEDH, em cujo correspondente preceito se baseia –, a reserva das

legislações internas em relação à conformação dos termos em que aqueles direitos podem ser exercidos. A eliminação no citado preceito da Carta, e ainda em cotejo com o art.º 12.º da CEDH, da expressão "o homem e a mulher" parece-nos consentânea com a evolução jurídica-normativa que cada estado membro da UE entenda dever prosseguir nesta matéria (consubstanciada, *inclusive*, como nos casos da Bélgica e dos Países Baixos, na abertura do casamento civil a pessoas do mesmo sexo), sem significar, contudo, uma vez mais, a *imposição* para os Estados de uma definição do casamento que contemple necessariamente a situação de uma comunhão não heterossexual.

Esta mesma percepção é corroborada pelas Anotações à Carta, da responsabilidade do *Præsidium* (Comité de Redacção respectivo), porquanto aí se clarifica – sem pretensão de juridicidade, é certo, mas com irrecusável valor hermenêutico – ter a redacção do art.º 9.º sido «*modernizada de modo a abranger os casos em que as legislações nacionais reconhecem outras formas de constituir família além do casamento*», em seguida se esclarecendo que o mesmo preceito «*não proíbe nem impõe a concessão do estatuto de casamento a uniões entre pessoas do mesmo sexo*» (CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: Anotações relativas ao texto integral da Carta*, Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2001, p. 27).

Neste contexto, mesmo à luz do mais moderno catálogo internacional de direitos fundamentais, continuam a relevar as soluções legislativas plasmadas ao nível das ordens jurídicas internas, mais uma vez se deixando margem de conformação ao legislador nacional, muito especialmente em relação ao estatuto jurídico que se confira às formas de comunhão entre pessoas do mesmo sexo, matéria que permanece, por conseguinte, inserta na esfera da reserva de soberania dos estados membros da UE, continuando as leis nacionais a ser a fonte de direito na matéria.

Afirmar o que precede não significa negar que a relevância jurídica da plena comunhão de vida entre pessoas do mesmo sexo

possa evidenciar-se em domínios clássicos do direito da UE, alguns dos quais *supra* mencionados.

Assim, por exemplo, em sede de protecção social no quadro da função pública comunitária, a Comissão Europeia, perante a alteração do Código Civil neerlandês, permitindo a celebração de casamento entre pessoas do mesmo sexo, logo manifestou que o casamento de um funcionário comunitário reconhecido por aquele Código seria tratado de igual forma que qualquer outro casamento reconhecido num estado membro (cf. Resposta da Comissão à *Pergunta Escrita E-3261/01 apresentada por Joke Swiebel (PSE)*, sobre a abertura do matrimónio civil e da adopção nos Países Baixos a pessoas do mesmo sexo, disponível em <http://europa.eu.int/eur-lex>). Esta solução não é difícil de compreender, porquanto a mesma, respeitando a domínio que se esgota na esfera comunitária, não tem implicações nas legislações internas dos restantes estados membros.

Já não assim no debate em curso, no quadro do procedimento legislativo comunitário sobre o direito à livre circulação e residência dos cidadãos da União e membros das suas famílias – cf. *Proposta alterada de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao direito à livre circulação e residência dos cidadãos da União e membros das suas famílias no território dos estados membros* (COM(2003) 199final, 15 de Abril de 2003). Com efeito, tendo o Parlamento Europeu proposto alterações no preceito que define as pessoas que são consideradas como *membros da família* para efeitos daquela directiva, no sentido, nomeadamente, de ser reconhecido como membro da família o cônjuge do mesmo sexo ao mesmo título que o cônjuge de sexo diferente, entendeu a Comissão não poder aceitar tal alteração. A justificação invocada residiu na consideração de que «*a harmonização das condições de residência dos cidadãos da União nos estados membros de que não têm a nacionalidade não pode implicar a imposição, a certos estados membros, de alterações legislativas que tenham repercussões no direito de família, domínio em que a Comunidade não dispõe de competência*

legislativa» (COM(2003) 199final, *cit.*, p. 3). E mais adiante, acrescentou: «*no que diz respeito ao casamento, a Comissão não pretende adoptar uma definição do termo cônjuge que introduza uma referência expressa ao cônjuge do mesmo sexo. Por enquanto, só dois estados membros prevêem na sua legislação o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Além disso, o Tribunal de Justiça indicou na sua jurisprudência* [*D e Reino da Suécia v. Conselho*, Acórdão de 31 de Maio de 2001] *que o termo casamento, segundo a definição comummente aceite pelos estados membros, designa uma união entre pessoas de sexo diferente. O Tribunal de Justiça declarou também que uma interpretação de noções jurídicas baseada na evolução da sociedade e com consequências em todos os estados membros deve fazer-se através de um exame da situação em toda a Comunidade* [*Reed*, Acórdão de 17 de Abril de 1986]. *Por conseguinte, a Comissão prefere limitar a proposta a uma noção de cônjuge que se entenda, em princípio, como cônjuge de sexo diferente, salvo evolução futura*» (*id.*, p. 11). Por último, a Comissão advertiu que «*o reconhecimento de direitos que não são reconhecidos aos nacionais a casais provenientes de outros estados membros poderia criar situações de discriminação invertida, que a Comissão pretende evitar*» (*ibid.*).

Em suma, sejam quais forem as soluções normativas que o direito da UE venha a contemplar na matéria, a actuação do Provedor de Justiça fica reservada aos casos em que o Estado português seja chamado a aplicar o direito comunitário, hipótese que, ainda assim, não se recorta no objecto da presente queixa, na parte atinente à pretensão de alteração do seu estado civil, por força do casamento que celebrou no estrangeiro com pessoa do mesmo sexo.

17.Por último, não se perde igualmente de vista que a evolução normativa recente, no plano do direito internacional e em termos de direito comparado, incluindo na ordem jurídica portuguesa, atesta a tendência para a *orientação sexual* relevar para efeitos da igualdade de tratamento, designadamente pela via da sua consagração expressa como factor ilegítimo de

discriminação, como ocorre, em termos marcantes, no quadro da UE, dentro dos limites das competências que lhe estão conferidas (cf. art.º 13.º do Tratado CE e art.º 21.º, n.º 1, da supracitada Carta).

Assim, no que toca à CEDH, não obstante a orientação sexual não estar explicitamente mencionada no seu art.º 14.º, nem no art.º 1.º do Protocolo n.º 12 à mesma Convenção, de 4 de Novembro de 2000[168], para além de não ser exaustiva a enumeração dos motivos de discriminação ilegítimos constantes, em termos idênticos, de ambos os preceitos, o próprio TEDH teve já a oportunidade de explicitar que a noção de orientação sexual está indubitavelmente coberta pelo art.º 14.º da CEDH (cf. *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, Acórdão de 21 de Dezembro de 1999, § 28). Em todo o caso, tal factor não relevou ainda na jurisprudência do TEDH em sede de protecção da vida familiar de um indivíduo por forma a ser-lhe reconhecido o direito a casar com pessoa do mesmo sexo.

Também a ordem jurídico-constitucional consagra expressamente, no art.º 13.º, n.º 2, da CRP, a proibição de discriminação, contendo igualmente um elenco não taxativo de motivos ilícitos de diferenciação, abertura esta consentânea com a consideração, neste plano, de outros tantos motivos, entre os quais a orientação sexual. Importante é, contudo, reter que o princípio da igualdade não expressa uma obrigação de igualdade absoluta em todas as situações, nem proíbe diferenciações de tratamento, desde que não arbitrárias, entendimento este bem sedimentado pela doutrina e jurisprudência constitucionais.

Neste contexto, o que se me afigura verdadeiramente decisivo é que as relações de plena convivência entre indivíduos do mesmo sexo não permaneçam à margem do Direito, merecendo deste a tutela adequada. No momento presente, essa tutela jurídica passa por formas distintas, mais ou menos oficializadas, consoante os países. Elencámos já, noutra ocasião, distintos

[168] Este Protocolo não entrou ainda em vigor.

modos de regulação jurídica das relações em causa em países que integram a UE (cf. *supra* § 5), pelo que, perante essa realidade incontornável, pareça prejudicado o argumento de que a heterossexualidade constitua, neste plano e no presente, o único referente social juridicamente "encorajado" (semelhante argumento é, por exemplo, agitado, em França, pelo académico DANIEL BORRILLO, *in* «Pluralisme conjugal ou hiérarchie des sexualités: la reconnaissance juridique des couples homosexuels dans l'Union européenne», *McGill Law Journal*, Vol.46 (2001), p. 875).

Aliás, na sua *Resolução sobre a igualdade de direitos dos homens e mulheres homossexuais na Comunidade Europeia* (A3-0028/94), de 8 de Fevereiro de 1994, o Parlamento Europeu, ao instar a Comissão a apresentar um projecto de recomendação naquela matéria, não concebeu a abertura do casamento a pessoas do mesmo sexo como a *única via* de pôr termo ao que considerava ser uma discriminação dos pares homossexuais, ao entender que tal recomendação deveria procurar pôr termo à «*exclusão de pares homossexuais da instituição do casamento* ou de um enquadramento jurídico equivalente*, devendo igualmente salvaguardar todos os direitos e benefícios do casamento, incluindo a possibilidade de registo de uniões*» (§ 14 da resolução, sublinhado nosso).

18. Em suma, de tudo quanto ficou expresso, a principal conclusão a retirar é a de que estamos a assistir a um processo lento de mudança.

A abertura do casamento civil a pessoas do mesmo sexo constitui uma opção ainda geograficamente bem localizada, em domínio sensível a diferentes concepções jurídicas e sociais, que são também o húmus do próprio Direito. É indubitável que na esmagadora maioria dos sistemas jurídicos perpassa ainda a noção de que o casamento é um acordo entre um homem e uma mulher, apresentando-se, pois, a heterossexualidade como requisito de validade, senão mesmo de existência, do casamento nas respectivas legislações.

É certa, porém, tal como os cultores do direito da família não deixam de sublinhar, a permeabilidade deste ramo do jurídico às mutações na sociedade. Aliás, a evolução, nas últimas décadas, do direito da família português, no que especificamente respeita à matéria do casamento, atesta bem essa permeabilidade e capacidade de adaptação. Assim sendo, o sentimento jurídico dominante em determinado momento, assim como as opções que prevaleçam num dado Estado, estando intrinsecamente associadas a determinada conjuntura social, política, económica e cultural, estão em permanente evolução, acompanhando o desenvolvimento dessa mesma conjuntura.

Acresce que assistimos à intensificação da mobilidade de pessoas no plano internacional – e, desde logo, no espaço da UE, que se afirma como um espaço de liberdade –, o que, por seu turno, favorece o estabelecimento de relações pessoais conectadas com várias ordens jurídicas, cuja variedade se relaciona decisivamente com a evolução acima apontada, em termos de direito comparado, da regulação de uma relação de convivência afectiva entre duas pessoas, incluindo entre pessoas do mesmo sexo.

Na esfera comunitária, onde a questão se coloca de uma forma mais premente, o Parlamento Europeu tem estado particularmente atento à questão. Com efeito, na sua *Resolução sobre o respeito pelos direitos humanos na União Europeia (1998-1999)* (A5-0050/2000), de 16 de Março de 2000, afirmou entender «*ser necessário conseguir rapidamente progressos quanto ao reconhecimento mútuo na UE* [das] *diversas formas legais de uniões de facto e de matrimónios legais entre pessoas do mesmo sexo*» (§ 57 da Resolução), e, mais recentemente, na sua *Resolução sobre a situação dos direitos fundamentais na União Europeia (2001)* (A5-0451/2002), de 15 de Janeiro de 2003, exortou «*a União Europeia a inscrever na agenda política o reconhecimento mútuo de uniões não conjugais e a questão do casamento entre pessoas do mesmo sexo, bem como a elaborar propostas específicas nessa matéria*» (§ 103 da Resolução).

A solução desta questão no espaço da UE – dimensão em que entroncam, a final, as preocupações manifestadas por V. Ex.ª –, nos termos equacionados pelo Parlamento Europeu, representa, no momento, uma opção política, que, como tal, escapa de todo à esfera de actuação do Provedor de Justiça. Sempre creio, todavia, que esta é uma questão que exigirá reflexão, debate público e consenso alargado no seio das nossas sociedades.

19. Tendo partilhado com V. Ex.ª os aspectos que julgo pertinentes na análise da situação exposta, na perspectiva deste órgão do Estado, mais informo que determinei o arquivamento do respectivo processo, por não ser possível ao Provedor de Justiça, no caso, qualquer intervenção.

R-1743/02
Assessor: Isaura Junqueiro

Entidade visada: Procuradoria-Geral da República
Assunto: Transferência de condenado para Portugal.

Com vista ao esclarecimento da sua carta, efectuei sucessivas diligências junto da Procuradoria-Geral da República, entidade competente em matéria de transferência de pessoas condenadas em pena de prisão, tendo obtido informações no sentido de que o seu processo foi objecto de instrução e sequência habituais sem que se tenha verificado qualquer demora injustificável.

Efectivamente, a Procuradoria-Geral da República recebeu uma comunicação de 9 de Maio de 2002, do United States Department of Justice - International Prisoner Transfer Unit, autoridade competente sobre a matéria nesse País, que declarava que o Estado de Massachusetts não tencionava dar início a qualquer processo de transferência de V.Ex.ª para Portugal, juntando um documento de 25 de Setembro de 2001, do Massachusetts Department of Corrections, que declara não ter

recebido qualquer pedido de transferência de V.Ex.ª nem, ainda que assim não fosse, ter qualquer intenção em proceder a essa transferência, neste momento.

Independentemente desses documentos manifestarem expressamente a posição das autoridades competentes nesse País para decidirem a sua pretensão, nada se podendo fazer quanto a isso, informo que, a respeito do artigo 3.º, 1.º §, da Convenção para a Transferência de Pessoas Condenadas, os Estados Unidos da América apresentaram oportunamente e nos termos aplicáveis de Direito Internacional uma declaração interpretativa, cuja cópia junto em anexo para melhor esclarecimento. Segundo essa declaração, o Governo Federal dos Estados Unidos esclareceu que não procederia à transferência de pessoas condenadas se as autoridades competentes do Estado Federado onde essa pessoa infringiu a lei e se encontra preso não derem primeiro o seu consentimento.

Da lista desse grupo de estados federados que se encontra anexa à mesma Comunicação, como V.Ex.ª poderá verificar, está referenciado o Estado do Massachusetts.

Ainda assim, retira-se da comunicação acima expressa que o Governo Federal dos Estados Unidos tem feito esforços de incentivo junto desses Estados Federados para que procedam às transferências de pessoas condenadas, no âmbito da Convenção de que os EUA são parte.

Não estão os Estados Unidos ou o Estado do Massachussets a violar a referida Convenção, tudo dependendo da concordância que expressamente os dois estados, o de origem e o de chegada, derem a determinada transferência.

Por essa razão, o Estado Português não pode exigir que as autoridades do Estado Federado do Massachusetts e/ou do Governo Federal dos Estados Unidos da América, procedam à transferência de V.ª Ex.ª.

De acordo com informação acrescida da Coordenadora dos Serviços de Cooperação Judiciária Internacional em matéria penal da Procuradoria-Geral da República, participante nas últimas

reuniões sobre o assunto, em Setembro passado no Conselho da Europa e em Outubro passado em Washington, não há receptividade de alguns estados federados em proceder à transferência de pessoas condenadas sob as suas leis, sendo uma posição que se manifesta tanto em relação a portugueses como em relação a cidadãos de outros países europeus.

De qualquer forma, sempre poderá V.Ex.ª formalizar um pedido de transferência junto das autoridades competentes desse Estado, uma vez que, conforme informação inicialmente referida, o Massachusetts Department of Corrections declarou não ter recebido qualquer pedido de transferência de V.Ex.ª. É possível, contudo, que tal seja completamente infrutífero.

Esclarecido V.ª Ex.ª nestes termos, não há qualquer diligência que me caiba adicionalmente executar, motivo pelo qual encerro aqui a minha intervenção nestes assunto.

R-2027/02
Assessor: Maria Eduarda Ferraz

Entidade visada: Legislador
Assunto: Artigo 35.º, n.º 5, da Lei de Processo nos Tribunais Administrativos.

1. Reporto-me à queixa apresentada por V.ª Ex.ª a este Órgão do Estado, a propósito do teor do preceito legal acima referenciado.

Adianta V.ª Ex.ª que a norma constante do art.º 35.º, n.º 5, da Lei de Processo nos Tribunais Administrativos (LPTA), aprovada pelo Decreto-Lei n.º 267/85, de 16 de Julho, ao estabelecer que a petição de recurso contencioso *"pode ser enviada, sob registo postal, à secretaria do tribunal a que é dirigida, quando o respectivo signatário não tiver escritório na comarca da sede desse tribunal"*, potencia uma diferenciação arbitrária no tratamento dos advogados, ao favorecer, sem

fundamento material bastante, os advogados que não têm escritório na comarca da sede do tribunal no qual a petição deve ser entregue.

2. Importa antes de mais referir, como é decerto do conhecimento de V.ª Ex.ª que a solução legal contestada na reclamação apresentada está em vias de ser banida do quadro jurídico respeitante à matéria em discussão, com a aprovação da Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro, que entrará em vigor no dia 01 de Janeiro de 2004 (cf. art.º 2.º da Lei n.º 4-A/2003, de 19 de Fevereiro, na parte em que dá nova redacção ao art.º 7.º da Lei n.º 15/2002).

No mencionado diploma, prevê-se que aos termos em que se procede à entrega ou remessa das peças processuais seja aplicável o disposto na lei processual civil (cf. art.º 23.º).

Ora, a lei processual civil não estabelece qualquer diferenciação do tipo daquela aqui em análise, prevendo apenas o Código de Processo Civil, no seu art.º 150.º, n.º 2, quatro formas pelas quais os articulados, designadamente, podem chegar ao tribunal. Assim, pode a petição ser:

a) entregue na própria secretaria judicial;
b) remetida pelo correio, sob registo, valendo como data da prática do acto a da efectivação do respectivo registo postal;
c) enviada através de telecópia;
d) enviada por correio electrónico, valendo, nestes casos, como data da prática do acto a da sua expedição.

Diga-se que a mencionada norma do Código de Processo Civil (CPC) só entrou em vigor em Janeiro último (embora as partes pudessem valer-se dela a partir de 01 de Janeiro de 2001 – cf. art.º 7.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 183/2000, de 10 de Agosto), sendo, de acordo com o contexto legislativo actual e no pressuposto de que o mesmo se manterá, a norma que vigorará à data da entrada em vigor da Lei n.º 15/2002 e, assim, do regime previsto no respectivo art.º 23.º, atrás citado.

Muito embora a norma constante do art.º 35.º, n.º 5, da LPTA esteja ainda em vigor, repare V.ª Ex.ª que, à data da apresentação da reclamação que deu origem ao presente processo (Junho de 2002), já a revogação da mesma havia sido publicada – embora, conforme referido, com a entrada em vigor diferida, primeiro para 22 de Fevereiro de 2003 (cf. art.º 7.º da Lei n.º 15/2002, na sua redacção inicial), depois para 01 de Janeiro de 2004 (cf. art.º 7.º da Lei n.º 15/2002, na redacção dada pelo art.º 2.º da Lei n.º 4-A/2003) – pela mencionada Lei n.º 15/2002, que aprovou o Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

Assim, mesmo na hipótese de poder considerar-se fundamentada a queixa de V.ª Ex.ª qualquer actuação por parte do Provedor de Justiça estaria fortemente condicionada. Antes de mais, revelar-se-ia preludiada a possibilidade de ser recomendada a revogação da solução legal em apreço, pela própria natureza das coisas, decidido e praticado que estava tal acto pelo legislador, por sua própria iniciativa, com a aprovação da Lei n.º 15/2002. Por outro lado, recordo a V.ª Ex.ª a jurisprudência do Tribunal Constitucional, no sentido do não conhecimento do pedido de fiscalização da constitucionalidade de normas revogadas. Sendo certo que a norma em causa se encontrava à data, e ainda hoje, em vigor, a verdade é que são bem conhecidos os prazos associados à apreciação dos pedidos de fiscalização abstracta da constitucionalidade, circunstância que muito provavelmente levaria o tribunal a decidir quando a norma revogatória do preceito já tivesse produzido os seus efeitos.

Caso V.ª Ex.ª como advogado ou cidadão, tivesse sido prejudicado por esta norma, sempre poderia ter suscitado em juízo a sua inconstitucionalidade, abrindo assim caminho à fiscalização concreta da constitucionalidade, mecanismo que ainda tem ao seu dispor enquanto estiver em vigor a norma em causa e for aplicada a situações concretas.

3. De qualquer forma, apesar do que acima fica dito, não me parece ser de acolher a argumentação de V.ª Ex.ª sustentada na reclamação.

Assim sendo, convém, antes de mais, situarmo-nos na época em que foi publicada a LPTA, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 267/85, na qual eram substancialmente mais escassas as possibilidades na comunicação dentro do território nacional. Desde então, alguns progressos foram notáveis, de que é naturalmente exemplo paradigmático a actual massificação da utilização do correio electrónico. Também as próprias vias de comunicação terrestres e mesmo a qualidade de alguns serviços, como por exemplo os serviços postais, terão conhecido um desenvolvimento não despiciendo.

Aliás, o n.º 5 do art.º 35.º da LPTA não aparece isolado no contexto em discussão, prevendo o mesmo artigo, desta feita no respectivo n.º 2, uma solução apoiada no mesmo tipo de considerações.

O facto de existirem, distribuídos no país, muito menos tribunais administrativos que, por exemplo, tribunais judiciais, conjugado com o que acima fica dito, justificará também o teor da norma em apreço, especificamente reportada ao processo judicial administrativo.

Não devemos ainda esquecer que o prazo para entrega de uma petição de recurso contencioso é um prazo substantivo, o que equivale a dizer que o seu não cumprimento, até por razões alheias ao signatário da petição – imaginemos um advogado que tem de deslocar-se, a título ilustrativo, de automóvel, vários quilómetros, para entregar, numa secretaria judicial, uma petição, e se vê impedido de chegar a horas ao tribunal, por exemplo, por causa de um acidente que motivou um corte de estrada prolongado –, implicará a preclusão da possibilidade de acesso aos tribunais, em violação manifesta dos princípios mais elementares sobre a matéria contidos na nossa Lei Fundamental.

Por outro lado, convirá V.ª Ex.ª que a diferença dos horários de fecho das secretarias judiciais e das estações de correios não é tão grande que potencie uma diferenciação insustentável, como se pretende na queixa apresentada.

Repare ainda V.ª Ex.ª que a possibilidade de todos os advogados enviarem por correio postal as petições em causa – já em vigor para o processo civil e consagrada também para o processo administrativo na Lei n.º 15/2002 –, implicará inevitavelmente uma diferenciação decorrente das diferentes possibilidades, designadamente ao nível dos serviços, existentes – por exemplo, os advogados com escritório na Grande Lisboa poderão sempre recorrer, até horas bastante tardias, às estações de correios existentes na capital e que praticam horários nocturnos.

Reconhece-se que o processo administrativo não terá desenvolvido – como aconteceu com processo civil, que prevê, desde a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro, que alterou o CPC, a possibilidade de as peças processuais serem enviadas por correio postal, sem qualquer distinção entre os signatários das mesmas – todas as potencialidades no âmbito da matéria em discussão, permanecendo "agarrado" ao conceito tradicional da formalização da apresentação em juízo de uma pretensão, com a entrega, em mão, na secretaria judicial, do documento em papel, provavelmente considerando-a a solução mais segura.

Apesar de o processo civil se aplicar subsidiariamente ao processo nos tribunais administrativos, não se revelará no entanto plausível integrar a norma contida no n.º 1 do art.º 35.º da LPTA com a possibilidade conferida, no processo civil, desde a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 329-A/95, quanto ao envio postal dos articulados, na medida em que, assim sendo, perderiam sentido útil as disposições contidas precisamente no n.º 5, e também no n.º 2, do art.º 35.º da LPTA.

Apesar da inércia do legislador no sentido acima apontado, hoje já superada, a verdade é que, no contexto específico acima relatado, a facilidade concedida aos advogados pela norma contida no n.º 5 do art. 35.º da legislação em análise encontrará, nas razões também acima aduzidas, fundamento material suficiente justificativo da diferenciação aí estabelecida.

4. Por tudo o que acima fica exposto, não me parece viável a adopção, por parte deste Órgão do Estado, de quaisquer medidas no âmbito da questão colocada por V.ª Ex.ª na queixa que me dirigiu.

R-4012/02
Assessor: Genoveva Lagido

Entidade visada: Ministério da Saúde
Assunto: Técnico de diagnóstico e terapêutica. Equivalência de habilitações.

Apresentou V. Ex.ª uma exposição neste Órgão de Estado relativamente, no essencial, às seguintes questões:

a) Desigualdade de tratamento dos técnicos de diagnóstico e terapêutica em relação aos enfermeiros, quanto aos métodos de reconhecimento do grau de bacharel e/ou diploma de estudos superiores especializados, sendo que, entre outros motivos, "enquanto para os enfermeiros serem bacharéis necessitavam de 145 pontos, aos técnicos de diagnóstico é-lhes exigido 250 pontos";

b) Discordância com os critérios constantes do Anexo à Portaria n.º 958/2000, designadamente na importância dada às actividades pedagógicas daqueles técnicos como critério para a atribuição do reconhecimento do grau de bacharel;

c) Dilucidação da dúvida sobre a necessidade de diploma do ensino secundário, nos termos do n.º 3 do ponto 1 do Anexo ou apenas do diploma do 9º ano de escolaridade ou equivalente, nos termos do n.º 1.1 e 1.2., para reconhecimento do grau de bacharel;

d) Discordância com a imposição de um limite de 20 pontos no que diz respeito à valorização da formação contínua.

Concluída a análise do processo, cumpre informar o seguinte.

1. Quanto ao primeiro aspecto, importa esclarecer que é totalmente improcedente qualquer análise comparativa que se

queira fazer, se outras razões não houvera, pelo inexistência de qualquer identidade ou paralelismo entre as duas profissões em causa.

Assim, não existe qualquer semelhança entre o conteúdo funcional da profissão de enfermeiro e o conteúdo funcional da profissão de técnico de diagnóstico e terapêutica como decorre dos arts.º 7º, 8º e 9º do Decreto-Lei n.º 437/91, de 8 de Novembro, na redacção dada pelo Decreto-Lei 412/98, de 30 de Dezembro, que aprovou o regime legal da carreira de enfermagem, e dos arts.º 6º e 7º do Decreto-Lei n.º 564/99, de 21 de Dezembro, que estabelece o estatuto legal da carreira de técnico de diagnóstico e terapêutica, bem como do elenco de profissões constantes do art.º 5º desse diploma.

Igualmente, não há qualquer paralelismo entre os vários cursos que formam profissionais que integram a carreira de técnico de diagnóstico e terapêutica e o curso de enfermeiro, no sentido de se poder dizer que para uma profissão é exigida determinada habilitação e para a outra a mesma ou idêntica. Assim, não se pode considerar que deva ser idêntico o processo de equivalência para o curso de uma e de outra profissão, justificando-se esquemas de equiparação distintos, não comparáveis com base em critérios qualitativos ou quantitativos, pois, repete-se, a base de aferição é completamente diversa.

Tão pouco, num caso como noutro, se pode falar em direitos adquiridos ou mesmo expectativas tuteláveis, já que os destinatários das normas de equivalência em causa frequentaram um curso que atribuiu determinados efeitos jurídicos, que não incluía a obtenção do grau de bacharel ou de licenciado, situação que era objecto do seu conhecimento prévio e pleno.

O reconhecimento de tal equiparação é uma faculdade que se encontra no âmbito da discricionariedade da Administração, sendo razoável que esta estabeleça critérios para a atribuição do reconhecimento do grau de bacharel ou licenciado totalmente distintos, no âmbito de cursos e profissões distintos, precisamente na medida dessa diferença.

Não creio, assim, existir qualquer desrespeito ao princípio constitucional da igualdade, pois este também impõe que se trate de forma diferente situações objectivamente diferentes.

Importa ainda notar que a abordagem quantitativa ensaiada na carta a que ora respondo não resiste à mínima análise. Na verdade, ao mencionar V.ª Ex.ª a diferença existente entre um esquema e outro no plano da pontuação exigida, teria, para ser coerente e ainda que provasse dever ser o grau e tipo de exigências idêntico, num e noutro caso, de provar que o aspecto quantitativo focado correspondia a uma real variação, quando integrado no contexto qualitativo de apreciação dos casos concretos.

Explicitando melhor, sempre seria irrelevante saber se num caso são precisos 10 pontos e no outro 100, visto que o que interessa é a realidade subjacente que é assim pontuada, e não o formalismo dos esquemas encontrados para proceder ao reconhecimento de equivalências.

Ora, a abordagem estabelecida num e noutro caso foi diversa, sendo, aliás, pouco seguro afiançar, como V.ª Ex.ª faz, de que o regime previsto para os técnicos de diagnóstico e terapêutica seja mais espinhoso para alcançar uma equivalência.

Em concreto, será sempre possível encontrar situações que provariam a "bondade" de um ou outro regime. De qualquer modo, como afirmei, nada permite estabelecer a obrigatoriedade da existência de um esquema normativo único para a concessão destas equivalências.

2. Quanto ao segundo ponto, alega V. Ex.ª que se está a valorizar funções que não integram o conteúdo funcional de cada uma das profissões em causa e que, portanto, não deviam as actividades pedagógicas conferir pontos para reconhecimento do grau de bacharel.

Ora, refira-se que a própria Portaria n.º 256-A/86, de 28 de Maio, determina que "compete ao técnico de 1ª classe e ao técnico principal (...) al. c) "colaborar, como monitor, nos cursos de formação, promoção e aperfeiçoamento profissional (...)",

remetendo-se para o então vigente Decreto-Lei n.º 384-B/85, de 30 de Setembro, revogado pelo Decreto-Lei 564/99, de 21 de Dezembro, que no seu art.º 6º expressamente integra no conteúdo funcional da carreira de técnico de diagnóstico e terapêutica, entre outras funções, a de "ministrar o ensino das tecnologias da saúde e ou orientar estágios profissionais no âmbito da sua profissão."

Naturalmente que o exercício de funções docentes, pelo que implicam de preparação e reflexão sobre os mais diversos problemas da profissão, constituem um espaço ímpar de enriquecimento para o docente, que muito aprende se se dedicar à nobre função de ensinar.

Face ao exposto, não me parece ser descabida a inclusão deste parâmetro para avaliação do percurso profissional do técnico de diagnóstico e terapêutica, sendo antes a actividade docente, uma mais valia a considerar, para apreciação curricular do candidato.

Se, como V. Ex.ª alega e será natural, não existe possibilidade de técnicos colocados em determinados serviços e regiões do país poderem ter acesso a essa actividade de formadores, tal apenas significa que esse técnicos não desempenharam essa mesma actividade, assim não se justificando um tratamento idêntico do que é desigual.

Naturalmente que haverá aqui também um vasto campo de autonomia própria dos vários técnicos, escolhendo este ou aquele serviço a que, em regra por concurso, se viram vinculados, elaborando o seu próprio projecto de vida.

3. Quanto ao terceiro ponto, o que resulta do n.º 1.2 do Anexo é que, embora seja suficiente para a detenção do 9.º ano para ingresso no curso profissional aí mencionado, para efeitos de obtenção dos 250 pontos adicionalmente exigidos apenas é considerado o diploma do ensino secundário ou equivalente legal.

Ou seja, a opção da mencionada portaria foi a de a posse do diploma do 9º ano não conferir, por si só, qualquer pontuação.

Não há, assim, qualquer contradição: quem tenha o 9.º ano e o curso profissional em causa poderá procurar obter os 250 pontos de entre os vários parâmetros previstos no anexo sendo certo que, das suas habilitações literárias, apenas retirará pontos caso possua o ensino secundário.

O n.º 3, a), não derroga, assim, o n.º 1.1. ou o n.º 1.2. do Anexo, apenas só considerando como relevante para a pontuação o diploma do ensino secundário ou superior.

Mesmo assim, nenhuma desigualdade relevante se pode encontrar face ao regime aplicável a enfermeiros. Nestes, o 9.º ano é pontuado mas tal não sucede com a habilitação profissional de base; aqui, o 9.º ano não é pontuado, mas a habilitação de base pode ascender ao total da pontuação requerida.

4. Quanto ao aspecto focado no 4.º ponto, importa referir que não é manifestamente desadequada a imposição de um tecto máximo de 20 pontos no que à formação contínua diz respeito. De facto, trata-se de 13,33% do total de pontos necessário, isto quando o requerente tenha a habilitação profissional de base mais baixa, ascendendo a 40% no caso da habilitação do patamar inferior àquela que confere, por si só, a totalidade dos pontos.

Se assim não fora, fácil é verificar que um parâmetro apenas, aliás relacionado com actividades não sujeitas a avaliação mas apenas dependente da simples frequência, poderia facultar a totalidade dos pontos em apreço.

Existem outros parâmetros, valorados igualmente até um máximo de 20 pontos, como por exemplo a actividade pedagógica prevista no ponto 4.3., o contributo para o desenvolvimento técnico-científico da profissão, entre outros, que não podem considerar-se como de valia inferior à frequência de acções de formação contínua.

Não há aqui qualquer incoerência ou erro grosseiro que ponha em crise a solução adoptada.

Face ao exposto, entendi não se justificar qualquer atitude da minha parte.

R-0102/03
Assessor: Genoveva Lagido

Entidade visada: Universidade do Porto
Assunto: Estatuto de trabalhador-estudante. Desemprego involuntário.

A carta de V.ª Ex.ª coloca uma questão bastante interessante e que, manifestamente, não obtém resposta directa na lei que regula o estatuto do trabalhador-estudante, actualmente a Lei n.º 116/97, de 4 de Novembro.

Na verdade, dispõe o art.º 2.º, n.º 3, da referida lei que *"não perdem o estatuto de trabalhador-estudante aqueles que, estando por ele abrangidos, sejam entretanto colocados na situação de desemprego involuntário." Não constando as pessoas em situação desemprego do elenco do n.º 1 do mesmo artigo, era, assim necessário, salvaguardar a sua situação caso este evento surgisse durante o decorrer do percurso escolar.*

Colocado em situação de desemprego, a meio do ano lectivo de 2000/2001, pretendia V.ª Ex.ª que, mercê da norma invocada, continuasse a ser-lhe reconhecido o estatuto de trabalhador-estudante, não só no remanescente desse ano lectivo, o que foi feito, mas também nos anos lectivos subsequentes.

Esta pretensão, na sua segunda parte, foi negada pela Faculdade de Economia da Universidade do Porto, arguindo-se a necessidade de estabelecimento de um limite, considerando como razoável o ano lectivo em curso, e a circunstância de um desempregado, naturalmente, ter nessa situação mais disponibilidade para se dedicar ao estudo do que anteriormente.

Alega V.ª Ex.ª, por sua vez, que tal motivação não tem base legal, sugerindo que, se dúvidas há, o procedimento adequado a seguir seria a consulta do "legislador".

Assim, sempre se diria não ser determinante a informação ditada pela teleologia da norma do art.º 2.º, n.º 3, da Lei n.º 116/97, para aplicação do aforismo que manda cessar o alcance da norma onde cessa a sua razão de ser.

Sem dúvida que a alteração da Lei n.º 116/97 poderia dirimir este conflito, esclarecendo qual é a vontade juridicamente relevante que deve prevalecer. Todavia, sempre se dirá que os actos normativos ganham autonomia em relação aos órgãos que os aprovam, não sendo viável, também, imaginar uma malha jurídica tão densa que permitisse, sempre, considerar como expressamente regulada a miríade de situações hipotéticas que a realidade fornece.

É precisamente no reconhecimento da incompletude do sistema jurídico que surge a problemática da chamada integração de lacunas, isto é, o modo de se obter um critério de solução para situações que não foram decididas expressamente pela legislação em vigor.

A este respeito, manda o art.º 10.º, n.º 1, do Código Civil, primeiramente, aplicar a esse caso em apreço a norma que exista para casos análogos, definindo essa analogia como a situação em que procedem as mesmas razões justificativas dessa solução, num e noutro caso.

Não encontro, na situação em apreço, qualquer analogia com a regulação existente, dada a especificidade daquela. Assim, resta-nos, nos termos do n.º 3 do mesmo art.º 10.º, resolver a situação de acordo com "a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema."

É, assim, na análise das valorações em presença que se poderá aferir da justeza ou não da solução propugnada pela Universidade do Porto e aplicada no caso concreto suscitado por V.ª Ex.ª

Na verdade, é legítima a indagação do termo final da manutenção do estatuto de trabalhador-estudante, nos termos do art.º 2.º, n.º 3, da lei acima citada. Sem curar ainda de defender uma ou outra, julgo como possíveis duas soluções extremas, sendo

a primeira aquela que motivou a queixa de V.ª Ex.ª, colocando esse termo no final do ano lectivo em curso, e a segunda, na decorrência lógica do que escreveu, configurando aquela manutenção até à obtenção do grau ou à perda do estatuto, nos termos gerais do art.º 10.º, n.ºs 1 e 2, da Lei n.º 116/97.

É na melhor adequação, de uma ou de outra destas soluções, ao "espírito do sistema" que se fundamenta a opção a seguir pelas entidades a quem cabe o cumprimento da mencionada lei.

Noto, a este respeito, que esta questão só tem interesse se se mantiver a situação de desemprego para além do ano lectivo então em curso, já que, adquirindo-se nova situação laboral, por conta própria ou por conta de outrem, readquire-se, por via do art.º 2.º, n.º 1 e 2, a condição de trabalhador-estudante.

Ora, parece-me que a intenção do art.º 2.º, n.º 3, é, primordialmente, a de garantir que a situação, em geral imprevista, de desemprego involuntário, não acarreta efeitos negativos adicionais para o ex-trabalhador que estava nesse momento a prosseguir os seus estudos. Seria, na verdade, perturbador da estruturação do percurso escolar e no limite injusto que o planeamento de um ano escolar em função de determinadas regras, designadamente as constantes da Lei n.º 116/97, fosse subvertido pela colocação involuntária em situação de desemprego. Tomo, assim, como assente que a manutenção do estatuto até final do ano lectivo em que ocorreu o despedimento, aqui se incluindo a época especial determinada no art.º 8.º, n.º 4, da Lei n.º 116/97, é um resultado inquestionável da leitura do art.º 2.º, n.º 3, desta mesma Lei.

Justificar-se-á, então, estender esse regime enquanto perdurar a situação de desemprego involuntário e no pressuposto de que não ocorre nenhum dos factos extintivos enunciados no art.º 10.º? Não creio. Na verdade, julgo que a pedra de toque está na possibilidade de se justificar objectivamente a permanência de um estatuto que, V.ª Ex.ª terá que aceitar, está pensado para aquelas pessoas que cumulam, com enormes sacrifícios, duas

actividades que, em condições normais, seriam qualificadas como exigindo tempo completo. Sem essa justificação objectiva, a manutenção do estatuto redundaria num simples privilégio, não materialmente fundado e, desde logo, proscrito pelo princípio constitucional da igualdade.

Repare V.ª Ex.ª que a um outro desempregado, que esteja nessa situação *antes* de começar os seus estudos, não é reconhecido qualquer estatuto específico, já que o art.º 2.º, n.º 3, se reporta apenas às situações em que o despedimento ocorre após a aquisição do estatuto de trabalhador-estudante. Ora, ultrapassado o ano lectivo em curso, não pode V.ª Ex.ª deixar de reconhecer que a sua situação é perfeitamente idêntica à daquele desempregado que já o era quando começou a estudar. Os problemas que vivem serão substancialmente os mesmos, decorrentes da situação de desemprego, não sendo lícito beneficiar V.ª Ex.ª face ao seu hipotético colega acima figurado, o qual, ademais, até estará desempregado há mais tempo.

Alargando o leque de situações que trazem à colação outros tópicos argumentativos, veja-se que nada diferencia a situação de V.ª Ex.ª da de um seu colega que esteja à procura do primeiro emprego, nem, aliás, da dos demais alunos, sendo certo que não é função do estatuto de trabalhador-estudante responder a situações de carência económica.

Pelos motivos exposto, creio que o critério seguido no caso de V.ª Ex.ª é o correcto, escusando-me a repisar muito nos absurdos a que tese contrária podia levar, como por exemplo a celebração de contrato a termo no início do curso apenas no intuito de assegurar durante o mesmo um estatuto claramente injustificado.

A questão da publicidade desta solução, também aventada por V.ª Ex.ª, torna-se despicienda, dado que se está perante a interpretação e aplicação de diploma legislativo, alvo da devida publicitação, e perante acto administrativo praticado muito atempadamente.

Processo R-0125/03
Assessor: Genoveva Lagido

Entidade visada: Direcção-Geral de Viação
Assunto: Legalidade do Despacho n.º 12159/99, de 25 de Junho.

Colocou-me V.ª Ex.ª, em recente audiência, a questão da suposta ilegalidade do despacho n.º 12159/99, de 25 de Junho, adiante apenas designado como despacho, alegando estar o mesmo na origem da aplicação de coimas a instrutores das escolas associadas, quando se encontravam nas zonas urbanas de concelho distinto daquele que é sede da respectiva escola.

Noto, preliminarmente, que está fora do âmbito desta reclamação a questão da aplicabilidade do Despacho n.º 10989/98, de 29 de Junho, resolvida que está pela Lei n.º 51/98, de 18 de Agosto, e pelas várias decisões judiciais que aplicaram a modificação estabelecida por este último diploma no teor do art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 86/98, de 3 de Abril (todas as normas adiante designadas sem outra indicação reportam-se a este diploma legal).

Alega V.ª Ex.ª que as alterações introduzidas pela Lei n.º 51/98 não consentem o teor do despacho impugnado, mais invocando em abono dessa posição o teor de uma comunicação de serviço interna da Polícia de Segurança Pública.

Tratando-se de uma mera contradição entre norma regulamentar e norma legal, a existir esse vício, estar-se-ia perante uma ilegalidade simples, das não contempladas no art.º 281.º, n.º 1, b), c) e d), da Constituição. Desta forma, está a presente questão fora do âmbito de competência traçado no art.º 281.º, n.º 2, d), da Constituição, sendo dos tribunais administrativos a competência para conhecimento daquele vício, nenhum poder de iniciativa cabendo ao Provedor de Justiça nessa matéria.

Poder-se-ia, sim, a manifestar-se essa ilegalidade, recomendar ao Governo a sua eliminação, pela revogação do despacho. Não é esta a minha opção, pelos motivos que passo a explicar.

A primeira questão a dilucidar é a da definição do espaço físico onde é lícito às escolas de condução levarem a cabo o ensino prático de condução, aqui cabendo a invocação do Decreto-Lei 86/98 e somente relevando a alteração introduzida pela Lei n.º 51/98.

Assim, diz-nos o art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 86/98, na sua versão actual, que "*a ministração do ensino prático inclui a condução em vias urbanas e não urbanas, podendo também ser exercido em auto-estrada*", eliminando a Lei 51/98, neste particular, a limitação do ensino nas auto-estradas aos "*termos a fixar por despacho do Director-geral de Viação*", conforme obrigava a versão originária da citada norma.

A resposta à pergunta sobre que vias urbanas e não urbanas diz respeito o art.º 8.º, n.º 1, é-nos dada pelo n.º 2 do mesmo artigo, ao estabelecer que "*o ensino prático dentro das localidades deve cingir-se à área do concelho em que a escola se situa e, fora das localidades, à área do respectivo distrito, podendo, neste caso e para atingir vias não urbanas, atravessar as vias urbanas dos concelhos vizinhos.*"

Nenhuma dúvida pode existir sobre a ilicitude do ensino prático de condução fora dos limites traçados pelos n.ºs 1 e 2 do art.º 8.º do Decreto-Lei 86/98, sendo nesse âmbito que se deve enquadrar a questão colocada, sobre a legalidade do despacho.

Ora, o despacho em causa não vem adicionar quaisquer novos limites ou entraves ao ensino prático de condução, antes alargando a sua possibilidade, quando esteja em causa a realização de exame em local não abrangido pela previsão dos citados n.ºs 1 e 2 do art.º 8.º.

Na verdade, a aplicação do despacho só faz sentido caso se conclua pela impossibilidade do ensino no local em questão, face ao critério legal estabelecido no art.º 8.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º

86/98. Isso mesmo resulta da leitura do seu n.º 1, quando se estabelece o seu âmbito "sempre que o proponente exerça a sua actividade em concelho diferente daquele em que foi marcado o exame".

Partindo do princípio que a desigualdade entre candidatos de diversas escolas, do concelho do local do exame e de fora, só se coloca nas vias urbanas, é por referência ao limite concelhio estabelecido no art.º 8.º, n.º 2, do diploma legal citado que se compreende a razão de ser do despacho.

Ora, se se compreendem as dúvidas de V.ª Ex.ª sobre a legalidade de tal despacho, permitindo o ensino da condução onde, à partida, a lei vigente o proibiria, noto que tal ilegalidade, a existir, só beneficia os interesses por si defendidos, evitando que a penalização a sofrer por violação do art.º 8.º, n.º 2, seja efectivamente aplicada.

Por esta razão e por me parecer também atendível a razão de ser do despacho, possibilitando uma maior igualdade de oportunidades entre todos os examinandos, abstenho-me de qualquer iniciativa a este respeito.

Resta explicitar a questão das coimas aplicadas. Sendo certo que o despacho impugnado nada refere a respeito de coimas, parece-me indisputável que, alargando o âmbito da permissão legal para o ensino prático da condução, reduz concomitantemente o leque de situações penalizáveis.

É verdade, como V.ª Ex.ª alega e foi expressamente reconhecido pela Divisão de Loures do Comando Metropolitano de Lisboa da PSP, que a citada Lei n.º 51/98, ao revogar o art.º 8.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 86/98, na sua versão originária, aboliu a sanção contra-ordenacional aí especificamente estipulada para quem violasse o disposto no n.º 2.

Tomado isto sem mais, a primeira conclusão a tirar seria a de que se estaria, possivelmente por lapso do legislador, perante uma norma sem sanção, isto quanto à limitação ínsita no art.º 8.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 86/98. Dir-se-ia que esta norma vedaria o ensino fora do concelho ou do distrito da sede da escola, consoante

se tratasse de via urbana ou não urbana, mas que a violação desses limites nenhuma consequência acarretaria para os infractores.

Tal conclusão é precipitada, já que, em sede de "deveres dos instrutores", dispõe o mesmo diploma legal, no seu art.º 24.º, n.º 1, a), como o primeiro deles, "cumprir os normativos respeitantes à ministração do ensino", desde logo os constantes do Decreto-Lei n.º 86/98. A violação deste dever, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, é sancionada com coima de 50 000$00 a 250 000$00, para além da possibilidade de sanções acessórias estabelecidas no art.º 40.º

Assim se vê que continua tipificada contra-ordenacionalmente a violação do disposto no art.º 8.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 86/98, inexistindo o vazio jurídico que uma leitura mais precipitada, como a que redundou na Comunicação de Serviço 18/98/ST, podia originar.

Perguntará V.ª Ex.ª, então, que sentido dar à revogação e não substituição do antigo art.º 8.º, n.º 5, pela Lei n.º 51/98. Obviamente, a sua virtualidade foi eliminar a penalização especial até então estabelecida, remetendo o sancionamento da violação do art.º 8.º, n.º 2, para a regra geral resultante da conjugação dos n.ºs 1 e 2 do art.º 24.º Veja-se que a coima aplicável, antes da Lei n.º 51/98, era de 100 000$00 a 500 000$00, isto é, o dobro da prevista no art.º 24.º, n.º 2.

Esta norma do art.º 24.º, n.º 2, só opera face à inexistência de norma especial que agrave ou diminua a moldura sancionatória do comportamento ilícito. Noto que não se pode aqui falar em qualquer analogia ou, mesmo, interpretação extensiva. O art.º 8.º, n.º 2, estabelece um claro "normativo sobre o ensino", assim se integrando da maneira mais declarativa na previsão do art.º 24.º, n.º 1, a). Nenhuma dúvida pode existir, aliás, sobre a licitude desta técnica de tipificação, estando em causa uma adstrição expressamente prevista no mesmo diploma.

A eficácia do despacho, ao contrário do que V.ª Ex.ª parece julgar, seria sim a de excluir a punição nos termos do art.º 24.º,

n.º 2, isto considerando o referido despacho como modificando, o que, aliás, é de licitude duvidosa, o âmbito do art.º 8.º, n.º 2, restringindo o seu âmbito proibitivo e, concomitantemente, autorizando o ensino de condução em locais que, sem o mesmo despacho, seriam vedados.

É, nestes termos, irrelevante a invocação do despacho na aplicação de coimas, já que, ao desrespeitar o seu teor, está verdadeiramente o infractor a desrespeitar o art.º 8.º, n.º 2. Se, porventura estiver a ser cumprido o disposto no despacho, estar-se-á, ainda assim a infringir a citada disposição legal. Numa perspectiva mais rigorista, como seria a assumida por V.ª Ex.ª nesta reclamação, justificar-se-ia considerar como de sancionar a conduta em causa, fazendo prevalecer a lei sobre o mero regulamento. Na perspectiva de quem defenda a licitude do despacho, tal conduz a uma não penalização de quem se encontre nas condições nele prescritas.

Esperando ter elucidado V.ª Ex.ª devidamente, reitero que entendi não desenvolver qualquer diligência adicional, principalmente por me parecer justa a suavização da norma legal que é feita no despacho.

Sem prejuízo deste entendimento, na sequência de apresentação de uma outra questão respeitante ao Despacho n.º 12159/99, foi dirigida ao Senhor Director-Geral de Viação a sugestão que se inclui também neste Relatório.

R-1116/03

Entidade visada: Santa Casa da Misericórdia de ...
Assunto: Admissão em Santa Casa da Misericórdia de ...

Informo V.ª Ex.ª que determinei o arquivamento da queixa recebida com data e assunto em epígrafe, pelos motivos que passo a expor.

A Santa Casa da Misericórdia de ... é uma associação de direito privado, reconhecida nos termos da Concordata entre o Estado e a Santa Sé (art.ºs 3.º e 4.º). Na medida em que a sua actividade se insere no âmbito da assistência e beneficência, obedece ainda a mesma instituição ao regime estabelecido no Decreto–Lei n.º 119/83, de 25 de Fevereiro.

Como em qualquer pessoa colectiva deste tipo, a pertença como irmão à Santa Casa da Misericórdia de ... constitui uma expressão da liberdade de associação, traduzida, por um lado, na livre manifestação da vontade do candidato a membro da mesma, e por outro, na livre aceitação, nos termos estatutários, claro está, desse candidato pelos restantes membros da associação.

Estando em causa esta segunda vertente, dispõe o art.º 70.º, n.º 1, do diploma legal acima citado que "Podem ser admitidos como associados das irmandades da Misericórdia os indivíduos maiores, de ambos os sexos, que se comprometam a colaborar na prossecução dos objectivos daquelas instituições, com respeito pelo espírito próprio que as informa." Esclarece ainda o art.º 68.º, n.º 1, que "as irmandades da Misericórdia ou santas casas da Misericórdia são associações constituídas na ordem jurídica canónica com o objectivo de satisfazer carências sociais e de praticar actos de culto católico, de harmonia com o seu espírito tradicional, informado pelos princípios de doutrina e moral cristãs."

Isto explica que, embora o art.º 13.º da Constituição seja aqui directamente aplicável, por força do regime jurídico estabelecido nos art.ºs 46.º e 18.º, n.º 1, da Lei Fundamental, isto é, impondo princípios de não discriminação, tal não possa abranger a recusa da candidatura de pessoas que não preencham requisitos que, livremente, compete aos órgãos estatutários apreciar. Está neste caso a apreciação das qualidades morais e religiosas do candidato, tendo em conta que estamos perante uma associação católica. É assim admissível a recusa de candidatos que, no entender da associação, não preencham esses requisitos estatutários e inerentes à essência da mesma.

V.ª Ex.ª sugere que terão sido motivos ideológicos ou partidários a influir na decisão. À partida, a pertença a determinado partido político não deve ser critério para apreciação da conduta moral e religiosa, tão logo a ideologia professada por esse partido não colida directamente com valores defendidos pela confissão religiosa em causa. Explicando, a pertença a um partido que professasse a ideologia nazi ou que defendesse sentimentos xenófobos, condenados pela Igreja Católica, podia servir como aferição da sinceridade dos sentimentos religiosos e da apreciação moral da pessoa em causa. Dando outro exemplo, a participação pública em actos de natureza política que manifestassem a adesão a propostas condenadas pela Igreja Católica podiam também ser um caso de participação política com tradução e relevância moral e religiosa. Consideraria normal que, se V.ª Ex.ª, por hipótese, tivesse tido uma participação activa (em si mesma inteiramente legítima) no pretérito referendo sobre a possibilidade de alargamento da despenalização do aborto, tal pudesse constituir motivo para exclusão da pertença à Irmandade da Santa Casa da Misericórdia, por colidir directamente com posições explicita e publicamente defendidas pela hierarquia da Igreja Católica.

Tudo isto para dizer que, sem mais, não é possível retirar regras absolutas de princípios, como o da igualdade, cuja formulação tem que ser devidamente concatenada com os vários interesses constitucionalmente protegidos, neste caso com a própria liberdade de associação, no sentido da admissibilidade de constituição de entes associativos em torno de ideias ou princípios, com exclusão de quem se entenda não professar os mesmos.

De todo o modo, a fundamentação da decisão de não admissão foi feita com base no art.º 6.º, segunda parte, dos Estatutos, isto é, por rejeição unânime de votos. Não creio que se mostre útil apurar os fundamentos, por natureza íntimos, da decisão de todos e cada um dos votantes que não terão decidido favoravelmente a sua proposta de admissão. Mesmo a confirmar-se a alegação de V.ª Ex.ª, não me parece que esta questão possa transcender a apreciação internamente feita pelo conjunto dos

irmãos da Santa Casa da Misericórdia de ... ou, eventualmente, das autoridades religiosas que, canonicamente, tutelam a instituição, ou ainda, num plano mais vasto, a própria comunidade.

No que toca às omissões de pronúncia sobre pretensões formuladas pelos demais subscritores da carta a que respondo, em violação dos Estatutos, tendo em conta a natureza privada da associação em causa, apenas vejo como possível a resolução do assunto no quadro da mesma, com intervenção junto dos demais órgãos sociais, restando sempre, como é evidente, a tutela jurisdicional, não, claramente, para forçar uma admissão, mas sim para, dirimindo o conflito entre particulares, obter o cumprimento da referida norma estatutária e a prática do acto devido de apreciação da candidatura à qualidade de irmão.

Quanto à alegada infracção do dever de comunicação do exercício das funções de Provedor da Santa Casa da Misericórdia, pelo autarca em causa, naturalmente que poderá V.ª Ex.ª, junto das instâncias competentes para o recebimento das declarações em causa, suscitar a sua falsidade por subrepção, existindo remédios jurídicos adequados para suprir essa falta. Não mostrando V.ª Ex.ª existir violação substantiva das regras sobre incompatibilidades e impedimentos e ter recorrido, a esse respeito bem como dos vícios de ordem formal que invoca, às entidades públicas competentes, não se verifica um pressuposto de actuação do Provedor de Justiça, qual seja a existência de acção ou omissão ilícita por parte de entidade pública.

R-1548/03

Entidade visada: Direcção Regional de Educação de Lisboa
Assunto: DREL – Ofício-circular n.º 16, de 2003.03.03. Assiduidade. Retenção.

Inquiriu-me V.ª Ex.ª a respeito da legalidade das determinações contidas no documento referenciado em epígrafe, recentemente emanado da DREL para aplicação do disposto na Lei n.º 30/2002, de 20 de Dezembro.

Aduz V.ª Ex.ª que, em seu entender, o regime previsto nesta lei só será de aplicar, no âmbito da escolaridade obrigatória, aos alunos que excedam o número fixado de faltas injustificadas após a entrada em vigor da lei, isto é, nos 2.º e 3.º períodos, argumentando com o teor do art.º 59.º do mesmo diploma.

Como é bem de ver, a questão colocada por V.ª Ex.ª reduz-se afinal, à determinação das regras que devem conduzir à transição entre dois regimes, o contido em determinadas normas do Decreto-Lei n.º 301/93, de 31 de Agosto, e as da Lei n.º 30/2002, diploma este que vem substituir e revogar aquelas.

Em matéria de direito transitório, a Lei n.º 30/2002 apenas nos ajuda no seu art.º 59.º, estabelecendo que o seu regime só se aplica a "situações constituídas após a sua entrada em vigor".

Da averiguação do que corresponda a este conceito de "situações constituídas" depende a validade da interpretação feita pela DREL, ao explicitar as regras constantes da segunda parte do Ofício-circular n.º 16. Na verdade, sendo vedado a um acto infra-legislativo modificar o teor deste, qualquer contradição gera ilegalidade, com a consequente repercussão ao nível da validade da norma de grau hierárquico inferior.

Importa ainda ter presentes as regras gerais sobre a aplicação da lei no tempo, constantes do art.º 12.º do Código Civil. É aí que está expresso, designadamente, o princípio de que as leis visam regular para o futuro, o qual parece ser a base da reclamação de V.ª Ex.ª.

Esclareço desde já que não se está perante situação prevista no art.º 12.º, n.º 2, do Código citado. Não pretende a lei nova dispor sobre as condições de validade de factos passados, como seria o caso se se tivesse alterado as causas de justificação das faltas, de alguma forma qualificando determinada falta

pretérita como injustificada, quando antes assim não seria. Não é esse o caso na presente situação.

Passando ao teor do ofício-circular n.º 16, verifica-se que o mesmo divide a realidade em três situações hipotéticas:

1. o caso do aluno que, no número legalmente previsto, falta injustificadamente, ocorrendo todas as faltas *antes* da entrada em vigor da Lei n.º 30/2002;

2. o caso do aluno que falta nas mesmas circunstâncias, mas com todas as ocorrências a registarem-se *após* a entrada em vigor da Lei n.º 30/2002;

3. finalmente, o caso em que, das faltas exigidas pela Lei n.º 30/2002, *algumas* ocorreram *antes* da sua entrada em vigor.

Naturalmente que a contestação de V.ª Ex.ª incide exclusivamente sobre o 3.º caso, aplicando-se claramente ao primeiro o regime do Decreto-Lei n.º 301/93 e ao segundo o da Lei n.º 30/2002, sem quaisquer dúvidas.

Ora, quanto ao terceiro caso, importa reconhecer que a situação juridicamente relevante – a da ultrapassagem do número máximo de faltas injustificadas legalmente permitidas como motivo de retenção – constitui-se exclusivamente no momento em que esse limiar é superado, correspondendo a um somatório de factos juridicamente relevantes.

É assim correcto pensar-se que, constituindo-se a situação que motiva a retenção – a verificação da falta que excede o limite legal permitido – em momento posterior ao da entrada em vigor da Lei n.º 30/2002, tem assim aplicação positiva o estatuído no seu art.º 59.º, com consequente obediência ao preceituado no novo diploma legal.

A este fenómeno, em que a factos passados é dada relevância pela lei nova, sem que contudo os mesmos sejam objecto por esta de regulação, apelida a doutrina de retroconexão (cfr. João Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, pg. 236), sendo pacificamente admitida na generalidade dos ramos normativos, com notável excepção no domínio sancionatório, como é o caso das normas penais.

A situação jurídica (retenção) constitui-se, no domínio da lei nova, pela verificação de um certo número de faltas injustificadas, bastando que estas o sejam à luz do Direito vigente no momento da sua prática e sendo irrelevante a eventual diferença ou ausência de consequência jurídica na lei antiga face àquela ora prevista na lei nova.

Noto, aliás, que, ao contrário do que V.ª Ex.ª parece sugerir, a falta de assiduidade gerava, no domínio da escolaridade obrigatória, a retenção do aluno, conforme estabelecido nos n.ºs 1 e 3 do art.º 22.º do Decreto-Lei n.º 301/93.

Situação contrária, a da irrelevância das faltas cometidas anteriormente, numa espécie de amnistia, contribuiria para a criação de desigualdades entre os alunos cumpridores, que no 1.º período não deram qualquer falta, e os "incumpridores", sem qualquer juízo de censura ética ou de outra ordem, que hipoteticamente estivessem no limiar do número máximo de faltas permitido.

Questão hipoteticamente interessante ocorreria se o número máximo de faltas permitido fosse menor na lei nova, verificando-se situações em que determinado aluno, face à lei antiga, estivesse ainda abaixo do limiar nesta previsto. Neste caso, claramente, não seria possível, pelo menos no silêncio da lei, considerar como *ope legis* verificada a situação de retenção, parecendo mais adequado que ficasse a retenção dependente da ocorrência de uma falta adicional. Trata-se, contudo, de questão aqui inexistente, nada se modificando, neste caso concreto, entre os dois diplomas que se sucederam.

Nada vejo, assim, que apontar ao teor do ofício-circular em apreço, no que toca à sua compatibilidade com a Lei n.º 30/2002.

R-2640/03
Assessor: Genoveva Lagido

Entidade visada: Direcção Regional de Educação do Algarve

Assunto: Crianças com necessidades educativas especiais.

Na sequência das informações recebidas, foi possível verificar, para o ano de 2002/2003, a existência de crianças com NEE em 10 jardins-de-infância.

Numa dessas estruturas, a de Conceição de Faro, bem como no JI de Vila Real de Santo António, mostrou-se observado o limite propugnado na reclamação, de 20 alunos por turma quando presente uma criança com NEE, isto se bem que no primeiro caso a área diminuta das instalações seja indicada como seu motivo principalmente determinante.

Nos demais 8 JI, é quase uniformemente observado o limite de 25 alunos por turma (exceptuando-se duas turmas com 24), integrando cada entre uma a três crianças com NEE.

Alegou V.ª Ex.ª que tal situação violaria o limite estabelecido no art.º 9.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 319/91, de 23 de Agosto.

Ora, tal como V.ª Ex.ª aliás indica, tal limite tem como pressuposto, nos termos do n.º 3 do mesmo artigo, "as necessidades especiais dos alunos requeiram atenção excepcional do professor". É, assim, esta, jurídica que não estatisticamente, a excepção e não a regra.

De alguma forma, caberia, assim, a V.ª Ex.ª (ou aos peticionantes da redução de turmas) demonstrar que essa necessidade existia nestes casos concretos. Essa demonstração não pode ser desligada dos dois pólos imprescindíveis à obtenção de uma prognose adequada, a saber, a existência de crianças com NEE (mais do que numericamente, avaliando essas necessidades) e os recursos humanos que são disponibilizados na estrutura escolar. Não é relevante, na verdade, olhar-se apenas ao lado da procura (de "atenção" do professor), esquecendo a oferta dessa "atenção".

Nessa medida, não há que criticar, em abstracto, a posição da DRE do Algarve, aliás adequada a resolver também o problema

do desemprego nas classes profissionais envolvidas, bem como a alargar a oferta nesta faixa etária do sistema educativo público.

Olhando os dados fornecidos, quanto aos meios humanos adicionais disponibilizados, vê-se que em todos os casos foi pelo menos disponibilizada uma educadora a meio tempo, em JI que albergavam, em uma ou mais turmas, entre uma a três crianças com NEE. Naturalmente que qualquer redução destas questões a mera aritmética é extremamente simplista, mas muito grosseiramente será de notar que a redução de turma a 20 alunos corresponderia a um aumento de 20% na "atenção" do professor; a disponibilização de um educador a meio tempo para um aluno corresponde, para os limites citados, a um aumento entre 14% e 33%.

Em dois casos foram disponibilizados dois educadores, a tempo completo, ou seja, nos JI de Albufeira (6 crianças com NEE) e de Faro (8 crianças). No primeiro caso, poder-se-á asseverar, nos termos que, repito, considero simplistas, mas não mais do que seria um cego assumir de um dado número máximo por turma, que ocorre um aumento de "atenção" de cerca de 28%; no segundo caso, tal incremento é de 14%.

Por "atenção", está-se naturalmente a referenciar a disponibilidade dos educadores e esta não se pode desligar do apoio de outro pessoal que nesses termos seja disponibilizado. Ora é nos JI que, quantitativamente, parecem mais problemáticos, os de Albufeira e de Faro, que se vê cada um ser dotado de mais 4 unidades.

Embora toda esta análise seja muito indiciária, é de notar que o JI de Vila Real de Santo António, onde, como se disse, se respeitou o limite de 20 alunos e apenas com uma criança com NEE, beneficiou também de uma educadora a meio tempo.

No que diz respeito ao ano lectivo em curso, apresentou V.ª Ex.ª agora a existência de situações deste tipo nos JI de São João da Venda, Faro (n.º 1), Olhão (n.º 1), Mexilhoeira Grande, Portimão (n.º 5), Portimão (.º 6), Alcantarilha, Castro Marim, Algoz e Tunes.

Colheu-se a este respeito a informação da existência de apenas três pedidos de redução de turma, a saber, provenientes dos JI de São João da Venda, Castro Marim e n.º 2 de Olhão, tendo este último sido deferido.

Acredito que a auto-restrição denunciada por V.ª Ex.ª explique a disparidade do âmbito de uma e outra informação.

Todavia, importaria saber, isso sim, se nos casos em que não foram deferidos os pedidos de redução de número de alunos ocorreu ou não a adopção de medidas alternativas de reforço de pessoal, conforme acima descrito, situação que será especialmente preocupante e imputável às próprias escolas caso, por atitude que não aceito, tenham omitido tal necessidade à DRE do Algarve.

Pelos dados conhecidos, julgo, assim, não existir motivo de crítica, globalmente considerada a situação e na ausência de elementos respeitantes a cada caso concreto, no que à actuação da DRE do Algarve diz respeito.

Lembro, contudo, que uma outra questão, não levantada por V.ª Ex.ª, podia estar em causa de acordo com os dados reportados ao ano lectivo que findou. Refiro-me ao limite, este sim regra, enunciado no art.º 9.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 319/91.

A este respeito, verifica-se exceder o limite de dois alunos com NEE por turma o JI de Faro (duas turmas, cada uma com três crianças), o JI da Conceição de Faro (uma turma com 4 crianças) e o JI de Vila Nova de Cacela (três crianças na única turma).

Sem dúvida que, também aqui, se poderá ter verificado a excepcionalidade prevista na parte final da mesma norma, embora julgue mais plausível pensar-se na conveniência de pais e crianças, por motivos de proximidade a lares ou empregos.

Devo positivamente notar que o excesso verificado em Vila Nova de Cacela é, ainda assim, minorado, pela presença do número duplo de auxiliares, face ao normal, e que o JI da Conceição de Faro, tendo embora 4 alunos com NEE, possui uma turma de 20, com três auxiliares e uma educadora de apoio a

tempo inteiro, no que globalmente será a melhor relação quantitativa apresentada.

Tendo em conta a imprescindibilidade de a avaliação ser feita caso a caso, não havendo indicação ou suspeita de assim não ser, nada creio adequado diligenciar a este respeito.

R-2682/03

Entidade visada: Consulado-Geral de Portugal em Goa
Assunto: Visto para entrada em Portugal. Cidadão português com dupla nacionalidade.

Acusando a recepção da comunicação de V.ª Ex.ª sobre o assunto em epígrafe, respondo sucintamente às suas três perguntas desta forma:

1) Sendo cidadão português, V.ª Ex.ª só pode entrar em Portugal com passaporte português, sendo obviamente livre de utilizar o seu passaporte indiano nas viagens que queira fazer para outros países.

2) Não só o referido visto pode ser negado como nunca poderia ser concedido. Inexistindo pena de banimento do território nacional e não podendo ser expulso um cidadão nacional de Portugal, salvo excepções bastante limitadas, não há possibilidade de ser emitido um acto político-administrativo que, por lei, só pode ser outorgado a favor de cidadãos estrangeiros. Um visto, na definição do Decreto-Lei n.º 244/98 (na redacção actual dada pelo Decreto-Lei n.º 34/2003, de 25 de Fevereiro), é o acto que habilita o cidadão *estrangeiro* a apresentar-se na fronteira e a solicitar a admissão no território nacional (conjugação dos seus art.ºs 1.º, 2.º, 13.º, 1 e 2). Ora, qualquer cidadão português, por o ser, tem o direito de entrar no território nacional sem necessidade de qualquer formalidade ou autorização, exceptuando, é claro, a prova da qualidade que invoca. O visto pretendido por V.ª Ex.ª, a ser concedido, representaria mesmo um

acto inconstitucional por parte do consulado em questão, arrogando-se este, ainda que a pedido do interessado, o poder de autorizar a entrada em Portugal de quem tem o direito irrestrito de o fazer.

3) Tudo o que fica acima dito não decorre de quaisquer "condicionantes" que se queiram impor a V.ª Ex.ª, antes resultando do conjunto de regras vigentes aplicáveis a todos os cidadãos portugueses, em particular e designadamente dos que possuem outra nacionalidade. A satisfação da pretensão de V.ª Ex.ª seria tão bizarra como, se estivesse já em Portugal, requeresse ao Serviço de Estrangeiros e Fronteiras uma autorização de residência no País de que é cidadão.

É que, além do mais, a Lei portuguesa da Nacionalidade (Lei n.º 37/81, de 3 de Outubro, alterada pela Lei n.º 25/94, de 19 de Agosto), no seu art.º 27.º, dispõe que "se alguém tiver duas ou mais nacionalidades e uma delas for portuguesa, só esta releva face à lei portuguesa".

Dito de outra forma, no âmbito de aplicação do direito português é irrelevante que V.ª Ex.ª seja também cidadão indiano, só interessando ser português e só podendo invocar esta qualidade nas suas relações com o Estado português. Para o bem e para o mal, para Portugal V.ª Ex.ª é apenas considerado como cidadão português, sendo livre de deter uma outra ou mais nacionalidades, sem que tal seja minimamente tomado em consideração.

Assim, tendo presentes os factos descritos, não considero de censurar a actuação dos serviços consulares identificados.

Se V.ª Ex.ª pretender viajar para Portugal, terá de o fazer com documentação portuguesa, para tanto requerendo o passaporte a que tem direito.

Se, em alternativa, a sua viagem ocorrer com escala noutro país que não Portugal, designadamente outro pertencente à União Europeia, poderá viajar para esse país estrangeiro com o seu passaporte indiano, munido do visto que seja necessário, emitido pelas autoridades consulares desse terceiro Estado,

posteriormente viajando até Portugal e aqui entrando mediante a apresentação do seu bilhete de identidade de cidadão nacional.

R-2855/03
Assessor: João Batista

Entidade visada: Conselho dos Registos Centrais
Assunto: Nacionalidade.

Solicitou V.ª Ex.ª a intervenção do Provedor de Justiça, através de exposição apresentada junto deste Órgão do Estado, relativamente à possibilidade de lhe ser reconhecida a nacionalidade portuguesa, face à naturalidade do seu bisavô, por linha materna.

Afirma V.ª Ex.ª que, não obstante o facto de ser bisneto de cidadão português originário, pela via materna, não lhe é reconhecido o direito a adquirir a nacionalidade portuguesa, com base no vínculo de parentesco indiscutivelmente existente.

Na sequência do processo de descolonização, determinou o artigo 1.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 308-A/75, de 24 de Junho, que conservariam a nacionalidade portuguesa, após a independência dos territórios ultramarinos sob administração portuguesa, "os descendentes até ao terceiro grau dos portugueses" "nascidos em Portugal continental e nas ilhas adjacentes".

Parecia, assim, à partida possível que V.ª Ex.ª invocasse a norma legal em causa. Todavia, à data da independência de São Tomé e Príncipe, o laço de parentesco com base no qual V.ª Ex.ª vem invocar o direito à manutenção da nacionalidade portuguesa, ainda não havia sido formalmente estabelecido, ou seja a sua mãe ainda não havia sido perfilhada pelo Senhor ... , filho de ... .

Assim, na data da independência e para os efeitos previstos na lei invocada, a situação da sua mãe e de V.ª Ex.ª era a de quem juridicamente não era descendente de pessoa nascida em Portugal continental ou nas ilhas adjacentes, razão pela qual ambos, nos

termos previstos no seu artigo 4.º, perderam então o vínculo de nacionalidade que até então detinham.

Posteriormente à independência de São Tomé e Príncipe, a mãe de V.ª Ex.ª foi perfilhada. Se tal acto lhe conferiu novos direitos, designadamente os sucessórios, não permitiu a aquisição da nacionalidade portuguesa, por ter ocorrido na sua maioridade, em obediência ao que dispunha a Base IX, n.º 3, da Lei n.º 2098, de 29 de Julho de 1959, então vigente, tal como hoje, em sentido idêntico, dispõe o art.º 14.º da Lei n.º 37/81, de 3 de Outubro.

Pode V.ª Ex.ª pensar que, sendo menor, esta norma legal não o afectaria. Não é assim, já que, como o Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República se pronunciou a respeito (Parecer n.º 152/76, publicado no Diário da República, II série, de 25 de Novembro de 1977), era necessário que o vínculo do parentesco estivesse juridicamente estabelecido no momento relevante para se verificar a conservação ou manutenção da nacionalidade portuguesa, isto é, no próprio dia da independência de São Tomé e Príncipe.

Resta assim a V.ª Ex.ª, presumindo que por via paterna não descende de português natural do continente ou ilhas, a possibilidade de adquirir a nacionalidade portuguesa por naturalização, nos termos do art.º 6.º da citada Lei n.º 37/81.

Na verdade, o recurso a semelhante expediente parece estar, à partida, facilitado, na observância dos pressupostos exigidos para a concessão da nacionalidade portuguesa por aquela via, constantes no n.º 1 do referido preceito, uma vez que, nos termos do seu n.º 2, os cidadãos estrangeiros que tenham tido comprovadamente a nacionalidade portuguesa, ou sejam descendentes de portugueses, podem vir a ser dispensados dos requisitos relativos à residência em território português, ao conhecimento suficiente da língua portuguesa, bem como à prova de existência de uma ligação efectiva à comunidade nacional.

Assim, deverá V.ª Ex.ª formular junto do SEF essa pretensão, aí entregando documentos que provem o preenchimento dos requisitos exigidos, designadamente o facto de

ser maior de idade, a sua idoneidade cívica e a capacidade para se reger a si e assegurar a sua subsistência. Deverá também requerer a dispensa dos requisitos acima aludidos que efectivamente não preencha, comprovando a nacionalidade portuguesa do seu bisavô.

R – 2983/03
Assessor: Maria Eduarda Ferraz

Entidade visada: Casino do Estoril
Assunto: Casino do Estoril. Reserva do direito de admissão.

1. Reporto-me à comunicação de V.ª Ex.ª, a propósito do assunto igualmente supra identificado, para o esclarecer do seguinte.

Como V.ª Ex.ª decerto saberá, a actividade de exploração de jogos de fortuna ou azar é, nos termos da lei, reservada ao Estado, sendo exercida por empresas a quem o Estado concessiona a actividade, entre as quais se encontra a empresa que exerce a actividade na zona de jogo do Estoril.

Decorre de tal circunstância que a actividade de exploração de jogos de fortuna ou azar, atendendo ao interesse público que as consequências do respectivo exercício comportará aos mais diversos níveis, é levada a efeito, no nosso país, debaixo não só de uma apertada regulamentação legal, como de uma rigorosa fiscalização por parte do Estado.

Assim, os termos em que a actividade de que aqui nos ocupamos pode ser exercida são, diria mesmo, minuciosamente estabelecidos pelo legislador, com o intuito de precisamente deixar pouco espaço de manobra às concessionárias na utilização de eventuais parâmetros de discricionariedade, ficando aquelas obrigadas a agir no âmbito estrito da disciplina legal criada.

Actualmente, é o Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro, com as alterações que lhe foram introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 10/95, de 19 de Janeiro, que regulamenta o jogo e

o exercício, pelas entidades em causa, da actividade relativa à sua exploração.

2. Um dos aspectos amplamente tratados pela citada legislação tem precisamente a ver com a questão do acesso aos casinos, sendo o princípio, nesta matéria, o da reserva do direito de acesso, tal como vem designado na epígrafe do art.º 29.º do Decreto-Lei n.º 422/89.

Assim sendo, e para já, sempre se dirá que tais restrições, que no fundo actuam no âmbito dos direitos, liberdades e garantias, são tratadas pela própria lei, e não por um regulamento – como adianta V.ª Ex.ª na queixa –, tendo sido esse acto legislativo, da autoria do Governo, emitida ao abrigo de autorização legislativa concedida para o efeito pela Assembleia da República, órgão legislativo ao qual competirá em princípio, nos termos constitucionais, legislar sobre a matéria, mas que pode, como aconteceu no caso, autorizar o Governo a fazê-lo.

Especificamente quanto à questão que suscitou a formulação da reclamação de V.ª Ex.ª, pode ler-se, no mencionado preceito legal, que *"o acesso aos casinos é reservado, devendo as concessionárias não permitir a frequência de indivíduos que designadamente (...) possam incomodar os demais utentes do casino com o seu comportamento e* apresentação*"* (n.º 2, alínea e); sublinhado meu).

A situação relatada por V.ª Ex.ª na queixa que me dirigiu, e o comportamento da empresa concessionária em causa, poderá ter suporte legal no mencionado dispositivo. Dir-me-á V.ª Ex.ª que a formulação da lei é, neste caso, demasiado vaga, permitindo, ao contrário do que acima ficou dito, uma actuação de certa forma discricionária por parte da concessionária.

Sendo certo que caberá à empresa densificar o conteúdo da norma citada, na perspectiva em discussão, a verdade é que, conforme estabelece o n.º 3 do mesmo artigo, *"sempre que a direcção do casino exerça o dever que lhe é imposto no número anterior, deverá comunicar a sua decisão ao serviço de inspecção no casino, no prazo de vinte e quatro horas, indicando os motivos*

que a justificam e as testemunhas que possam ser ouvidas sobre os factos, pedindo a confirmação da medida adoptada". Ou seja, apesar de competir à própria empresa a definição e apreciação dos termos que a apresentação de alguém pode incomodar os demais utentes, para entrar no casino onde exerce a sua actividade concessionada, a verdade é que essa atribuição é, mais uma vez, controlada pela tutela, nos termos mencionados. E será, ou deverá ser, controlada em que termos?

3. Antes de mais, a prerrogativa concedida à concessionária nos moldes referidos não pode levar a uma atitude discriminatória na actuação daquela.

Assim sendo, não poderá, desde logo, a concessionária discriminar em função dos aspectos a que alude o art.º 13.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, isto é, em razão, por exemplo, do sexo – do simples facto de se ser de um ou de outro sexo – ou da raça.

Noutra vertente associada ao necessário respeito pelo mesmo princípio da igualdade, e pegando no caso apresentado por V.ª Ex.ª na queixa que me dirigiu, não pode a direcção do casino permitir a entrada a um homem que se apresenta vestido com uma camisola sem mangas e negá-la a outro que se apresenta também vestido com uma camisola sem mangas, alegando esta circunstância, isto é, o facto de esta última pessoa se apresentar vestida com uma camisola sem mangas. Como implicitamente se retira das observações produzidas, poderá a direcção do casino, com base no princípio geral da reserva do direito de admissão e designadamente na possibilidade conferida pelo art.º 29.º, n.º 2, alínea e), do Decreto-Lei n.º 422/89, inviabilizar a entrada designadamente aos homens – veremos a seguir que não é por acaso que aqui utilizo a expressão homens e não pessoas – que se apresentem vestidos com uma camisola sem mangas. Não poderá é permitir a entrada a alguns destes homens e negá-la a outros, com base exclusivamente naquele argumento.

Para além da questão que envolve a não violação do princípio da igualdade, nas suas diversas vertentes, é óbvio que

subjacente às opções da concessionária na definição do que é "estar apresentável" para entrar no casino onde exerce a sua actividade concessionada – esta definição poderá variar de casino para casino, até pelas características do local onde o mesmo se encontra localizado – estarão naturalmente as convenções e usos sociais vigentes em determinado momento histórico, que possam de alguma forma contribuir para tal definição.

Ninguém pode negar que, na perspectiva estrita do que se encontra neste momento, e no nosso país, convencionado em termos sociais, por exemplo, quanto ao vestuário masculino, uma camisola sem mangas será sempre associada, face designadamente a outra peça de vestuário como, por exemplo, uma camisa com mangas, a um maior informalismo. Ninguém contestará igualmente, dentro da perspectiva em referência, que a utilização, por uma mulher, de uma peça de vestuário sem mangas, será interpretada e enquadrada, no âmbito do que se encontra hoje em dia socialmente convencionado, de forma significativamente diferente da opção pelo uso de uma camisola sem mangas por parte de um homem, isto sem prejuízo de o tipo de vestuário aqui em questão, mesmo no caso feminino, ser muito variável quanto à sua adequação a cada momento da vida social .

Invoca V.ª Ex.ª, a este propósito, a violação do princípio da igualdade. A propósito deste mesmo princípio, adiantam J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira (*in* "Constituição da República Portuguesa Anotada", 3.ª edição revista, 1993, Coimbra Editora, p. 127) que *"a proibição do arbítrio constitui um limite externo da liberdade de conformação ou de decisão dos poderes públicos, servindo o princípio da igualdade como princípio negativo de controlo. Nesta perspectiva, o princípio da igualdade exige positivamente um tratamento igual de situações de facto iguais e um tratamento diverso de situações de facto diferentes. Porém, a vinculação jurídico-material do legislador ao princípio da igualdade não elimina a liberdade de conformação legislativa, pois a ele pertence, dentro dos limites constitucionais, definir ou qualificar as situações de facto ou as relações da vida que hão-de*

funcionar como elementos de referência a tratar igual ou desigualmente. Só quando os limites externos da "discricionariedade legislativa" são violados, isto é, quando a medida legislativa não tem adequado suporte material, é que existe uma infracção do princípio da igualdade (...)".

Atendendo a que se encontrará vinculado a estas regras também aquele que tem que interpretar a lei, e aplicando o que fica dito pelos autores mencionados a uma eventual actuação da direcção do casino no âmbito do caso concreto apresentado por V.ª Ex.ª, não se pode em bom rigor dizer que os usos e convenções sociais sobre vestuário – e que ditam designadamente que a mesma peça de vestuário num homem e numa mulher não terá o mesmo significado – não possam influir na tal definição e qualificação das situações de facto ou relações da vida que funcionarão como elementos de referência a tratar igual ou desigualmente.

Não procederá, assim, de forma alguma, a pretensa discriminação apontada por V.ª Ex.ª na queixa.

Naturalmente que não se pretende aqui dizer que esta ou aquela peça de vestuário é a peça certa ou errada designadamente para se entrar num casino – está-se apenas a transmitir o que se encontra convencionado em termos sociais quanto ao aspecto em análise –, nem tão pouco que estaria V.ª Ex.ª, no caso que me apresentou na queixa, em situação indigna para entrar no local em questão, o que desconheço.

Contudo, em abstracto, considero possível que a presença de uma pessoa vestida informalmente, em ambiente que se quer ver revestido de maior formalismo, possa chocar, até pelos contrastes, os demais frequentadores, constituindo de todo uma perturbação significativa do ambiente vivido na sala de jogo.

A verdade é que quis o legislador, ao determinar que a empresa concessionária poderá não permitir o acesso às pessoas que designadamente pela sua apresentação possam incomodar os demais utentes do casino, possibilitar à direcção do casino uma certa uniformização – mais uma vez o que está em causa é a

uniformização na perspectiva do que se encontra socialmente convencionado sobre, por exemplo, o vestuário em função do sexo e das circunstâncias – da clientela, por forma a que todas as pessoas que se encontrem no local estejam, quanto à sua apresentação, a um nível equiparado.

Compreenderá V.ª Ex.ª que um homem que se vestiu para ir ao casino com um fato e gravata, não mencionando já vestuário de mais cerimónia, não se sentiria bem no meio de um conjunto de homens vestidos, no mesmo local, com uns calções de praia.

Sendo certo que o inverso também será verdadeiro, as praxes sociais explicam a razão pela qual um casino, em princípio, é um lugar formal e não o contrário.

Naturalmente que a possibilidade que o casino tem de uniformizar, de certa forma, a clientela ao nível da sua apresentação, passará pelo estabelecimento de requisitos mínimos de apresentação, considerados, conforme vários vezes repetido, em função das convenções e usos sociais em vigor num determinado contexto.

Tal objectivo é, de resto, expressamente admitido pelo legislador que, no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 422/89 refere que *"ao acentuar-se o princípio da reserva de admissão, visa-se melhorar o nível de frequência das salas de jogos e das restantes dependências dos casinos"*.

4. Após a conclusão de que a actuação da direcção do casino contestada por V.ª Ex.ª terá, nos termos acima descritos, e em abstracto – não se conhece os contornos exactos da situação concreta – suporte legal, resta apurar se estas regras legais serão ou não conformes ao texto constitucional.

A este propósito, permito-me referir a V.ª Ex.ª que, embora não se pronunciando sobre a norma concreta ínsita no art.º 29.º, n.º 2, alínea e), do Decreto-Lei n.º 422/89, tomou já o Tribunal Constitucional posição sobre alguns dos outros preceitos da legislação referentes ao princípio da reserva do direito de admissão nos casinos, no sentido da sua não

inconstitucionalidade, cuja fundamentação aproveita, de alguma forma, à norma que aqui nos ocupa.

Assim, e no Acórdão n.º 436/00, de 17 de Outubro, diz o Tribunal Constitucional que *"o jogo é permitido (...) apenas em locais a ele especificamente destinados, denominados casinos, situados em áreas pré-determinadas, as áreas de jogo, com exploração atribuída pelo Estado, em regime de exclusivo, a entidades privadas, através de concessão – as concessionárias das zonas de jogo. (...) A regulamentação do acesso a esses espaços é ditada por considerações de teor ético, social e económico, sendo consequência da opção entre a interdição absoluta da prática dos jogos em causa – medida que historicamente se revelou ser ineficiente, incrementando a prática clandestina desses jogos – e uma legalização sujeita a regulamentação apertada (...)"*.

Acrescenta o Tribunal, analisando a questão das restrições ao direito de acesso aos espaços em apreço na perspectiva de uma eventual violação do princípio da igualdade, aliás na esteira da jurisprudência do mesmo tribunal sobre o referido princípio constitucional, que *"pode o legislador, no âmbito da sua liberdade de conformação, estabelecer diferenciações de tratamento, desde que fundadas racional e objectivamente e ditadas pela razoabilidade, sob pena de incorrer em arbítrio; por outras palavras, há-de ocorrer fundamento material suficiente que neutralize o arbítrio e afaste a discriminação infundada"*.

Sobre a possibilidade da admissão das diferenciações de tratamento, referem J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, supra citados, que se exige que as mesmas sejam *"materialmente fundadas sob o ponto de vista da segurança jurídica, da proporcionalidade, da justiça e da solidariedade e não se baseiem em qualquer motivo constitucionalmente impróprio"*. Tais diferenciações devem basear-se numa distinção objectiva de situações, não podem fundamentar-se em qualquer dos motivos indicados no n.º 2 do art.º 13.º da Constituição, devem ter um fim legítimo segundo o ordenamento constitucional positivo, e devem

revelar-se necessárias, adequadas e proporcionadas à satisfação do seu objectivo (ob. cit., p. 128).

No caso da norma contida no art.º 29.º, n.º 2, alínea e), do Decreto-Lei n.º 422/89, já acima ficou ditou que visa a mesma permitir uma uniformização e elevação do nível de frequência dos casinos.

Implícita nesse objectivo está a denominada *"função turística do jogo"*, realçada pelo legislador no preâmbulo do diploma em discussão, como *"factor favorável à criação e ao desenvolvimento de áreas turísticas"*. Esse mesmo objectivo, assumido pelo legislador – no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 10/95, que introduziu algumas alterações na referida legislação, fala-se em *"benefícios para o sector público"* – está presente ao longo da regulamentação da actividade de exploração de jogos de fortuna ou azar.

Assim, refere-se no art.º 27.º do Decreto-Lei n.º 422/89, que essa regulamentação visa *"assegurar a honestidade do jogo, a concentração e comodidade dos jogadores e proporcionar uma oferta turística de alta qualidade"* (n.º 1). Mais à frente, no n.º 4 da mesma norma, pode ler-se que *"os casinos devem satisfazer os requisitos de funcionalidade, conforto e comodidade próprios de um estabelecimento turístico de categoria superior e serão dotados de mobiliário, equipamento e utensilagem cuja qualidade e estado de funcionamento devem manter-se continuadamente adequados às exigências das explorações e serviços respectivos"*.

Isto é, o Estado, tendo optado por não proibir o jogo, considerando que outra postura incrementaria o jogo clandestino, preferiu autorizá-lo dentro de um enquadramento legal apertado, retirando ainda dessa opção de base benefícios para o país, através do desenvolvimento, com a ajuda dos casinos, de áreas turísticas.

Não se pode dizer que o propósito de retirar benefícios para o país, na perspectiva anunciada e num contexto em que o Estado opta à partida por autorizar o jogo, não tenha acolhimento no âmbito constitucional. Assim sendo, não parece que o tipo de restrição aqui enunciada não tenha apoio, no particular

enquadramento em que deve ser analisada e pelo conjunto de razões acima assinalado, no quadro normativo da nossa Lei Fundamental, aparecendo justificada nos termos atrás explicitados.

5. Por tudo o que acima fica exposto, não me parece oportuna a adopção, por parte do Provedor de Justiça, de quaisquer medidas quanto à questão apresentada por V.ª Ex.ª.

R-3051/03

Entidade visada: Instituto dos Mercados de Obras Públicas e Particulares do Imobiliário
Assunto: Autorização de permanência. Actividade independente.

Recebida reclamação no interesse de V.ª Ex.ª, a respeito da recusa do IMOPPI em registá-lo como exercitando por conta própria a actividade de construção civil, por via da falta de ostentação de título legal bastante que autorize o exercício da mesma actividade em Portugal, informo que nada há a censurar na referida posição.

Assim, V.ª Ex.ª é titular de autorização de permanência, mecanismo jurídico criado em 2001 e, entretanto, já extinto, com manutenção somente das situações já constituídas, para, de algum modo, regularizar a situação de quem, encontrando-se já em Portugal, desempenhava uma actividade laboral subordinada.

Assim o indica o teor do art.º 55.º, n.º 1, a), do Decreto-Lei n.º 244/98, de 8 de Agosto, na versão que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 4/2001, de 10 de Janeiro, ao exigir, cumulativamente com os demais requisitos, a apresentação de proposta de contrato de trabalho. A prorrogação da autorização de permanência exigirá, assim, a manutenção dessa ou a constituição de outra relação laboral, em termos que, contudo, sempre excluem a possibilidade do exercício lícito de actividade por conta própria.

Na verdade, quanto a este último aspecto, V.ª Ex.ª, como estrangeiro, carece do visto ou, se for o caso, da autorização de residência que o habilite a exercer por conta própria a actividade de construção civil.

Não tem qualquer cabimento invocar o princípio da igualdade, já que, como estrangeiro, V.ª Ex.ª não tem à partida os mesmos direitos, designadamente os de residir em Portugal e aqui viver, que os cidadãos nacionais, para tanto precisando de uma autorização do Estado português.

Foi essa mesma autorização, prevista na lei, que V.ª Ex.ª entendeu não solicitar, entrando em Portugal e aqui permanecendo irregularmente, ao que suponho, até lhe ser concedida a autorização de permanência. Esta, todavia, só confere os estritos direitos que foram previstos pela lei, não se podendo comparar a sua situação com a dos demais estrangeiros que seguiram o caminho adequado, pedindo o seu visto e, depois de entrarem em Portugal, requerendo a autorização de residência.

Também não tem o mínimo cabimento invocar que os diplomas respeitantes ao licenciamento pelo IMOPPI são omissos a respeito da apresentação de documento comprovativo da regularidade da presença em Portugal. É que a ordem jurídica é só uma e, sendo V.ª Ex.ª estrangeiro, não pode o IMOPPI deixar de se assegurar, antes de licenciar determinada actividade, que V.ª Ex.ª está na verdade habilitado a exercê-la em Portugal.

De igual forma não se compreende a argumentação em torno da possibilidade de o IMOPPI conceder vistos. A norma citada no requerimento de V.ª Ex.ª corresponde, na verdade, ao art.º 46.º da versão originária do diploma legal acima identificado, e não ao 45.º como erradamente vem dito. Sucede, contudo, que a mesma norma foi revogada pelo citado Decreto-Lei n.º 4/2001, de 8 de Janeiro.

Esclareço, todavia, que aí se impunha a necessidade de parecer da instituição apta a controlar o exercício da profissão, sem que se pusesse em causa a competência para a concessão do

visto de residência, que nos termos do art.º 30.º, n.º 1, b), cabe aos postos consulares portugueses de carreira.

Nestes termos, a situação de V.ª Ex.ª só poderá ser tutelada, no quadro legal actual, através de pedido de visto a formular na Secção Consular da Embaixada de Portugal em Bucareste.

Esperando ter esclarecido V.ª Ex.ª, mais informo que dúvidas que porventura ainda tenha poderão ser resolvidas por escrito ou telefonicamente, solicitando o contacto com o coordenador responsável por este processo.

2.6.5. Censuras, reparos e sugestões à Administração Pública

R-610/93
Assessor: Maria Eduarda Ferraz

Entidade visada: Presidente da Associação Portuguesa de Bancos

Assunto: Pagamento de complemento de reforma aos trabalhadores bancários que abandonaram o sector bancário antes de terem atingido a situação de reforma.

1. A matéria objecto do presente ofício é naturalmente conhecida de V.ª Ex.ª. Provavelmente também o será a troca de correspondência mantida entre este Órgão do Estado, o Governo, e também a Associação Portuguesa de Bancos, desde há alguns anos atrás, a propósito da mesma.

A circunstância de a generalidade dos trabalhadores bancários não estar abrangida pelo regime geral de segurança social nas eventualidades de invalidez, velhice e morte, sendo a protecção social, nas vertentes mencionadas, assegurada por um sistema próprio, constante dos sucessivos instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho para o sector, tem mantido viva a questão que envolve a atribuição de uma pensão de reforma aos trabalhadores bancários que, sem terem então atingido a situação de reforma, abandonaram o sector bancário antes de 15 de Julho de 1982 – data contida na cláusula 141.ª, n.º 6, do Contrato Colectivo de Trabalho Vertical (CCTV) de 1982 –, ou o abandonaram, por sua iniciativa, no período compreendido entre 15 de Julho de 1982 e a entrada em vigor da revisão de 1998 do

Acordo Colectivo de Trabalho Vertical (ACTV) então vigente, nos termos a seguir mencionados.

2. Assim, é o CCTV de 1982 que, na sua cláusula 141.ª, vem pela primeira vez responder à situação dos trabalhadores que saíram do sector bancário antes de terem atingido a situação de reforma, aduzindo, no respectivo n.º 3, que *"o trabalhador que abandonar o sector bancário, por razões que não sejam da sua iniciativa, nomeadamente o despedimento, terá direito, quando for colocado na situação de reforma por invalidez ou velhice prevista no regime de segurança social que lhe for aplicável, ao pagamento pela respectiva instituição de crédito da importância necessária a complementar a sua pensão de reforma, até ao montante que lhe corresponderia se o tempo de serviço prestado no sector bancário fosse considerado como tempo de inscrição na segurança social"*.

O n.º 6 da mesma cláusula vem depois esclarecer que *"o regime estabelecido no n.º 3 desta cláusula só se aplica aos trabalhadores que abandonarem o sector bancário nas condições aí referidas a partir de 15 de Julho de 1982"*.

Mais tarde, a revisão de 1998 do ACTV então em vigor, veio modificar o regime em análise, estipulando na cláusula 142.ª, n.º 1, que *"o trabalhador ao serviço de instituição de crédito ou parabancária que não esteja inscrito no regime geral de segurança social e que, por qualquer razão, deixe de estar abrangido pelo regime de segurança social garantido pelo presente Acordo Colectivo de Trabalho terá direito, quando for colocado na situação de reforma por invalidez ou velhice prevista no regime de segurança social que lhe for aplicável, ao pagamento pelas instituições de crédito ou parabancárias, na proporção do tempo de serviço prestado a cada uma delas, da importância necessária para complementar a sua pensão de reforma até ao montante que lhe corresponderia se o tempo de serviço prestado no sector bancário fosse considerado como tempo de inscrição no regime de segurança social que lhe for aplicável"*.

O ACTV de 1990, neste momento vigente com várias alterações, viria a consagrar, na respectiva cláusula 140.ª,

orientação idêntica, estendendo, ainda, a solução mencionada, aos trabalhadores bancários que não venham a adquirir direitos em outro regime de segurança social.

O n.º 1 da cláusula 140.ª em vigor, sob a epígrafe "Reconhecimento de direitos em caso de cessação do contrato de trabalho", reza da seguinte forma: *"O trabalhador de Instituição de Crédito ou Parabancária, não inscrito em qualquer Regime de Segurança Social e que, por qualquer razão, deixe de estar abrangido pelo Regime de Segurança Social garantido pelo presente Acordo, terá direito, quando for colocado na situação de reforma por invalidez ou invalidez presumível, ao pagamento pelas Instituições de Crédito ou Parabancárias, na proporção do tempo de serviço prestado a cada uma delas, da importância necessária para que venha a auferir uma pensão de reforma igual à que lhe caberia se o tempo de serviço prestado no Sector Bancário fosse considerado como tempo de inscrição no Regime Geral da Segurança Social, ou outro Regime Nacional mais favorável que lhe seja aplicável"*.

Os números seguintes da mesma cláusula prevêem as formas de cálculo das quantias em causa, sendo que o respectivo n.º 5 estipula que *"no caso de o trabalhador não chegar a adquirir direitos noutro Regime Nacional de Segurança Social, a retribuição de referência para aplicação do disposto no n.º 1 desta Cláusula será a correspondente à do nível em que aquele se encontrava colocado à data em que deixou de estar abrangido pelo Regime de Segurança Social deste Acordo, actualizada segundo as regras do mesmo regime"*.

3. O quadro acima descrito leva-nos a colocar os trabalhadores bancários que abandonaram o sector antes de terem atingido a situação de reforma, em três situações distintas:

a) Sem direito a que lhes seja contado o tempo de serviço prestado no sector bancário, para efeitos de atribuição de uma pensão de reforma, se o fizeram, por qualquer razão, em data anterior a 15 de Julho de 1982 (cláusula 141.ª, n.º 3 e 6, do CCTV de 1982);

b) Com direito a que lhes seja contado o tempo de serviço prestado no sector bancário, para efeitos de atribuição de uma pensão de reforma, se esse abandono não tiver resultado de iniciativa própria, no período compreendido entre 15 de Julho de 1982 e a entrada em vigor da revisão de 1988 do ACTV então vigente;

c) Com direito a que lhes seja contado o tempo de serviço prestado no sector bancário, para efeitos de atribuição de uma pensão de reforma, independentemente das razões que estiveram na origem do abandono, a partir da entrada em vigor da revisão de 1988 do ACTV então vigente.

O ACTV de 1990 vem estender tal direito aos trabalhadores bancários que não vieram posteriormente a adquirir direitos em outro regime de segurança social.

4. Foram muitas as queixas que ao longo de uma década chegaram – e continuam a chegar – ao Provedor de Justiça, a propósito da matéria em discussão.

A instrução do presente processo neste Órgão do Estado centrou-se em duas linhas essenciais. Antes de mais, na tentativa, junto do Governo, no sentido da completa integração dos trabalhadores bancários no regime geral de segurança social, na decorrência do estatuído na então em vigor Lei de Bases da Segurança Social (Lei n.º 28/84, de 14 de Agosto, já revogada). Por outro lado, na expectativa de que a questão fosse resolvida no âmbito da contratação colectiva, designadamente através da previsão expressa, no clausulado do ACTV, de uma solução que permitisse a protecção social do grupo de funcionários abrangido pelas alíneas a) e b) acima mencionadas.

Nenhuma das referidas vias veio a revelar resultados no sentido pretendido.

Assim sendo, muitos dos cidadãos que se sentiram lesados – a desprotecção social em análise é manifestamente contrária aos princípios constitucionalmente consagrados sobre a matéria, nos termos adiante explicitados – recorreram aos meios judiciais para

verem satisfeitos os seus direitos e interesses legítimos e com sucesso, conforme será decerto do conhecimento de V.ª Ex.ª.

5. Assim, veja-se por exemplo o recente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06 de Fevereiro de 2002 (*in* "Acórdãos Doutrinais do Supremo Tribunal Administrativo" n.ºs 488-489, pp. 1218 e segs.) – que decidiu que um trabalhador bancário despedido em 1980, e reformado por velhice já no regime de segurança social, em 1996, tem direito a receber, da entidade bancária para a qual trabalhou até 1980, e desde 1996, um complemento de pensão de reforma calculado nos termos da cláusula 140.ª do actual ACTV do sector bancário –, identifica um leque de arestos do mesmo Tribunal que sustentam o sentido daquela decisão (pp. 1233 e 1234 – para além dos aí enunciados, v. designadamente Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 18.04.01, *in* "Acórdãos Doutrinais do Supremo Tribunal Administrativo" n.º 482, pp. 258 e segs., e de 14.02.01, *ibidem*, n.º 479, pp. 1530 e segs.).

Refere-se, no mesmo Acórdão, o seguinte: *"há que, desde já, rejeitar a tese de que não seria aplicável nem a cláusula 137.ª, porque esta se referiria aos trabalhadores relativamente aos quais se verificasse a eventualidade (invalidez ou invalidez presumida) quando ainda se encontravam no activo, nem a cláusula 140.ª, por esta ter sido editada posteriormente à saída do autor do sector bancário e as cláusulas da convenção colectiva só disporem para o futuro. Assim, segundo esta tese, o autor não teria direito a qualquer pensão a suportar pelo sector bancário, conclusão esta que, porém, ofenderia os princípios gerais que regulam o sistema de segurança social, e, além disso, afrontaria o disposto no artigo 63.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, segundo o qual todos têm direito à segurança social, estabelecendo o n.º 5, acrescentado pela revisão constitucional de 1989, que "todo o tempo de trabalho contribuirá, nos termos da lei, para o cálculo das pensões de velhice e invalidez, independentemente do sector de actividade em que tiver sido prestado", princípio este que não pode ser ignorado quer pelo sistema público de segurança social, como*

pelos subsistemas por este permitidos, como é o caso do sector bancário, que é um sistema substitutivo daquele. Seria extremamente injusto e discriminatório não contar para efeitos de atribuição de pensão de reforma o tempo de serviço prestado pelos trabalhadores que abandonassem o sector bancário antes da ocorrência das eventualidades que determinam a atribuição desta (invalidez ou idade), pois, por um lado, os trabalhadores deste sector estavam impedidos de descontar para o sistema de segurança social, por não estar constituída a respectiva Caixa de Previdência, e , por outro lado, as entidades patronais do sector bancário assumiram as responsabilidades que àquela Caixa competiriam, enquanto não fosse constituída, e o sistema bancário nunca chegou a constituir a referida Caixa, decisão esta a que não terão sido alheios interesses corporativos, pois isso evitou o pagamento das contribuições, tanto patronais como dos trabalhadores, para um sistema de segurança social, beneficiando as entidades patronais deste sector com esse facto" (p. 1233).

O mesmo Acórdão resume o "encadeamento argumentativo" desenvolvido na acima mencionada jurisprudência, nos seguintes termos (pp. 1234 e 1235):

"- no "regime transitório" instituído pelos n.ºs 3 e 6, da cláusula 141.ª do ACTV de 1982, reproduzido nos n.ºs 3 e 6, da cláusula 142.ª, do ACTV de 1984 e nos n.ºs 1 e 4, da cláusula 142.ª do ACTV de 1986, o complemento de reforma previsto apenas beneficiava os trabalhadores que tivessem abandonado o sector bancário sem ser por iniciativa própria e a partir de 15 de Julho de 1982;

- porém, esta restrição temporal (a 15 de Julho de 1982), constante dos aludidos ACTV, veio a revelar-se supervenientemente inconstitucional, por incompatível com o princípio, introduzido pela revisão constitucional de 1989, ao aditar o n.º 5, ao artigo 63.º, da Constituição (n.º 4 do mesmo artigo 63.º, após a revisão constitucional de 1997), de que "todo o tempo de trabalho contribuirá, nos termos da lei, para o cálculo

das pensões de velhice e de invalidez, independentemente do sector de actividade em que tiver sido prestado";

- por isso, nas correspondentes cláusulas dos subsequentes ACTV se omitiu qualquer referência ao momento em que o trabalhador, "por qualquer razão", deixe de estar abrangido pelo regime de segurança social do sector bancário;

- assim, as instituições bancárias que tenham tido ao seu serviço trabalhadores que venham a ser colocados na situação de reforma por invalidez ou por invalidez presumível, quando já não exerciam funções nesse sector de actividade, estão obrigadas ao pagamento, "na proporção do tempo de serviço prestado a cada uma delas, da importância necessária para que venha a auferir uma pensão de reforma igual à que lhe caberia se o tempo de serviço prestado no sector bancário fosse considerado como tempo de inscrição no regime geral da segurança social ou outro regime nacional mais favorável que lhe seja aplicável (n.º 1 da cláusula 140.ª, do ACTV de 1992);

- este entendimento respeita os aludidos princípios constitucionais e a diferença de regimes entre as cláusulas 137.ª (só aplicável aos trabalhadores que se encontravam ao serviço da instituição bancária quando passarem para a situação de reforma) e 140.ª, justifica-se por contemplarem situações diversas: a diversidade entre uma carreira homogeneamente desenvolvida até ao seu termo no sector bancário (com um regime próprio de segurança social, caracterizado, além do mais, pela inexistência de contribuições, quer dos trabalhadores, quer das entidades patronais) e uma carreira heterogénea em termos de diversificados regimes de segurança social ou até incompleta (contemplando-se mesmo as situações em que o antigo trabalhador não adquiriu direitos no âmbito de qualquer outro regime nacional de segurança social – situação prevista e regulada no n.º 5 da citada cláusula 140.ª)".

6. A desprotecção social, na perspectiva aqui em discussão, de que são vítimas as pessoas que prestaram serviço – às vezes durante décadas – às instituições bancárias, e que, por qualquer

motivo, vieram a desvincular-se das mesmas, antes de atingirem a situação de reforma, designadamente em data anterior à entrada em vigor da revisão de 1988 do ACTV para o sector – e para um grupo particular desses trabalhadores, antes do ACTV de 1990 –, é frontalmente contrária aos princípios mais básicos sobre a matéria, estabelecidos na nossa Lei Fundamental, designadamente ao que se encontra expresso no art.º 63.º, n.º 4, onde se pode ler que *"todo o tempo de trabalho contribui, nos termos da lei, para o cálculo das pensões de velhice e invalidez, independentemente do sector de actividade em que tiver sido prestado"*.

Do que fica exposto, não tenho dúvidas, na esteira da jurisprudência recente do Supremo Tribunal de Justiça, acima citada, de que as diversas entidades patronais abrangidas pelo ACTV para o sector bancário terão de cumprir, mais tarde ou mais cedo, relativamente aos ex-funcionários nas condições aqui em discussão, os pagamentos a que se refere a respectiva cláusula 140.ª, nos termos aí mencionados.

Não obstante a possibilidade de os particulares visados reclamarem, nos termos mencionados, os respectivos direitos junto das instâncias judiciais competentes, a verdade é que todos sabemos que os prazos nos quais as decisões em causa são tomadas, não se compadecem infelizmente, muitas vezes, com a situação e condições concretas de vida das pessoas destinatárias das mesmas.

É por essa razão que lanço a V.ª Ex.ª através do presente ofício, um veemente apelo para que, junto das entidades associadas da instituição a que preside – que aderiram ao ACTV do sector, e designadamente à respectiva cláusula 140.ª –, promova uma iniciativa de sensibilização para que, independentemente de decisão judicial sobre a matéria e em nome de uma postura de seriedade e de rigor que indiscutivelmente envolve a actividade do sector bancário, acedam a pagar aos seus ex-funcionários que abandonaram o sector bancário, por qualquer razão, antes de atingirem a situação de reforma, designadamente

em data anterior à entrada em vigor da revisão de 1988 do ACTV – e em data anterior à entrada em vigor do ACTV de 1990 para os que não adquiriram posteriormente direitos em outro regime de segurança social –, e que naturalmente o solicitem, o complemento de reforma a que alude a cláusula 140.ª do actual ACTV, nos termos aí mencionados.

Tenho a certeza que uma decisão concertada no sentido apontado seria verdadeiramente dignificante para o sector bancário, e para a actividade laboral privada em geral, em nome da construção conjunta de um Estado de Direito mais consentâneo com os princípios constitucionais que o enformam.

Assim sendo, convicto de que o teor da presente missiva merecerá a melhor das atenções de V.ª Ex.ª e na certeza de que se revelará plausível dar o tão necessário seguimento ao que acima se propõe, agradeço a comunicação de V.ª Ex.ª sobre a posição que virá a tomar sobre o mesmo.

Ofício de idêntico teor foi dirigido a Sua Excelência o Governador do Banco de Portugal

R-3662/00
Assessor: João Batista

Entidade visada: Secretário de Estado da Juventude e Desportos
Assunto: Protocolo n.º 16/2000 . Centro de Estudos e Formação Desportiva. Federação Portuguesa de Futebol.

Como será do conhecimento de Vossa Excelência, já que se contou com a colaboração do Gabinete de Vossa Excelência, o que se agradece, foi oportunamente apresentada ao Provedor de Justiça uma exposição relativamente à conformação e aplicação, alegadamente irregular, do Protocolo n.º 16/2000, celebrado no dia 25 de Maio de 1999, entre o então Centro de Estudos e Forma-

ção Desportiva e a Federação Portuguesa de Futebol, prevendo, nos termos da sua cláusula 1.ª, a afectação da comparticipação financeira representativa do apoio do Estado "à formação de praticantes ao nível das competições não profissionais, nomeadamente na 2.ª Divisão B e na 3.ª Divisão do Campeonato Nacional de Futebol".

Para o efeito, afirmava o reclamante não terem sido respeitados os prazos previstos no citado protocolo, designadamente o estabelecido na cláusula 8.ª, n.º 5 daquele documento, atendendo desde logo ao facto de o mesmo apenas ter sido publicado cerca de um ano após a sua assinatura, sem que tivesse sido entretanto entregue, pela Federação Portuguesa de Futebol, o relatório previsto naquela disposição.

Ainda de acordo com uma interpretação conjunta do disposto nas cláusulas 5.ª e 10.ª do citado protocolo, o montante disponibilizado para o efeito deveria ser distribuído pela Federação Portuguesa de Futebol até meados do mês de Janeiro de 2000, contestando o reclamante o facto de, até Agosto desse mesmo ano, não ter sido efectivamente atribuída qualquer verba aos clubes amadores.

Instado o Centro de Estudos e Formação Desportiva a pronunciar-se sobre a aplicação do protocolo homologado por Despacho do Senhor Secretário de Estado do Desporto datado de 31 de Maio de 1999, atento o leque de competências reconhecido ao abrigo do disposto na cláusula 11.ª, foi a Provedoria de Justiça informada, por ofício, datado de 8 de Novembro de 2000, das diligências realizadas junto da Federação Portuguesa de Futebol, tendo em vista o acompanhamento e fiscalização da execução daquele documento, designadamente do disposto na cláusula 8.ª, n.º 5.

De acordo com a documentação então enviada, constatou-se que aquela entidade pública terá solicitado à Federação Portuguesa de Futebol, no dia 16 de Fevereiro de 2000, o envio do relatório previsto no n.º 5 da cláusula 8.ª do protocolo em apreço, uma vez ultrapassado o prazo limite naquele fixado para o efeito.

Tal pedido, insatisfeito em termos de completude da documentação remetida pela Federação, foi alvo de reiteração, em 24 de Março desse mesmo ano, sem que se mostrasse resolvida a questão.

Consultada directamente a Federação Portuguesa de Futebol, informou a mesma, a coberto do ofício de 13 de Outubro de 2000, já terem sido distribuídas todas as verbas objecto do Protocolo n.º 16/2000, sendo as mesmas entregues às diversas associações distritais, responsáveis, por sua vez, pela repartição do montante disponibilizado pelos clubes nestas filiados (2.ª Divisão B e 3.ª Divisão), à imagem e semelhança do que aconteceu relativamente aos clubes membros da Liga Profissional de Futebol.

Determinava a cláusula 8.ª, n.º 5, do Protocolo n.º 16/2000, que "a Federação, até 15 de Janeiro de 2000, deverá apresentar junto do CEFD relatório, do qual conste a identificação da entidade apoiada, o montante da comparticipação e o fim a que se destinou".

Entendeu no entanto o Centro de Estudos e Formação Desportiva não haver quaisquer reparos a fazer ao modo como o Protocolo n.º 16/2000 veio a ser executado, quer do ponto de vista do seu objecto, quer no tocante ao controlo que deste veio a ser feito, potenciado pelo envio de relatório de aplicação deste instrumento, pela Federação Portuguesa de Futebol, com base no qual veio a Comissão de Fiscalização daquele Centro de Estudos a pronunciar-se sobre a regularidade financeira da afectação das verbas atribuídas.

No tocante à actividade fiscalizadora levada a cabo pelo Centro de Estudos e Formação Desportiva, entendo, sem prejuízo da validade dos esforços desenvolvidos, ter revelado a mesma algumas fragilidades, designadamente ao nível da garantia do efectivo cumprimento, por parte da Federação Portuguesa de Futebol, dos prazos e requisitos/condições estabelecidos na cláusula 8.ª, n.º 5 do instrumento em apreço, particularmente relevante se considerarmos o facto de o relatório neste previsto se

afigurar fundamental na prossecução da actividade de acompanhamento a desenvolver por aquela entidade administrativa quanto à aplicação dos dinheiros públicos e respeito pelos fins que estiveram na origem desse apoio financeiro.

Por outro lado, não creio que seja adequado limitar-se o controlo da execução do instrumento contratual em causa à prova de distribuição feita, num primeiro momento, pela Federação Portuguesa de Futebol dos montantes atribuídos pelo Estado às associações distritais.

Resulta dos contactos estabelecidos com o Centro de Estudos e Formação Desportiva, cuja colaboração sempre pronta também se regista, ter-se limitado o controlo da efectiva afectação dos montantes entregues à Federação Portuguesa de Futebol pela simples verificação da entrega das verbas acordadas à Liga Profissional de Clubes e às associações distritais e regionais, sem que se tenha vindo a apurar, em termos finais, se os clubes seus filiados, reais destinatários das verbas consignadas no Protocolo, as receberam e, mais importante, se as aplicaram no que era objectivo deste apoio estadual.

De facto, estabelecendo a cláusula 11.ª do Protocolo n.º 16/2000, ser "atribuição do CEFD verificar o desenvolvimento do presente protocolo, nomeadamente procedendo ao acompanhamento e controlo da sua execução", sem que a este respeito se estabelecesse qualquer tipo de limitação, entendo não ter sido integralmente observado o então acordado, uma vez que a tarefa de fiscalização se restringiu a uma parte do processo em curso.

Nem tão-pouco se poderá afirmar que a actividade de fiscalização a levar a cabo pelo Centro de Estudos e Formação Desportiva, se devesse restringir, em termos subjectivos, à actividade desenvolvida nesta matéria pela Federação Portuguesa de Futebol.

Sendo certo que, em uma primeira fase, o acompanhamento da execução do protocolo em apreço passou

necessariamente pelo conhecimento dos critérios e formas de distribuição da comparticipação financeira do Estado, assegurados pela Federação Portuguesa de Futebol, não menos correcto será afirmar que ao Centro de Estudos e Formação Desportiva competia, de forma objectiva, apurar do destino final dado aos montantes disponibilizados.

Ora, resulta da análise da documentação remetida a este Órgão de Estado, a qual terá titulado a afectação das verbas distribuídas pelo Estado, através da Federação Portuguesa de Futebol, às associações distritais e regionais, ser apenas possível apurar, em termos conclusivos, que os montantes em questão foram objecto de diversas transferências bancárias, realizadas em Julho de 2000, tendo como destinatários aquelas mesmas associações (mais uma vez sem que tenha sido observado o regime traçado no protocolo celebrado, uma vez que a distribuição das verbas atribuídas deveria estar concluída em 15 de Janeiro de 2000).

Tal conclusão, de resto, acaba por vir a ser alcançada pela Comissão de Fiscalização do Centro de Estudos e Formação Desportiva, em sede do parecer emitido nesta matéria a 15 de Maio de 2002, ao qual a Provedoria de Justiça teve acesso, ao afirmar que "não podendo constatar a entrega efectiva das verbas aos últimos destinatários (...) considera que os elementos disponibilizados poderão ser considerados prova bastante do encaminhamento das verbas que" foram entregues à Federação Portuguesa de Futebol.

Assim será. Contudo, decerto ainda mais importante que a prova da entrega das quantias em causa aos beneficiários das disposições relevantes do Protocolo, seria a prova da efectiva afectação das mesmas às finalidades para as quais este apoio público foi concedido.

Ora, a esse respeito, não colhe a argumentação, avançada pelo Centro de Estudos e Formação Desportiva que pretendia ver obstaculizada tal análise pela autonomia própria da FPF e das associações recipiendárias. Quando está em causa a aplicação de

dinheiros públicos, doados a entidades privadas para prossecução de fins de interesse público, naturalmente que toda e qualquer autonomia que exista não pode prevalecer sobre a verificação da licitude do uso das verbas em causa, comprovando-se o cumprimento das cláusulas contratuais pertinentes pela contraparte.

Tal cumprimento não resulta, em termos substantivos, da mera entrega das verbas às associações promotoras das actividades que se visam incentivar, mas sim da prova que foram gastas para os fins em causa.

A não ser assim, estaria o Estado a privar-se de recursos financeiros para fins verdadeiramente insindicáveis, transformando-se as cláusulas determinantes das finalidades a prosseguir com esse apoio em meras declarações de intenção ou obrigações *cum voluerit*.

Refira-se, ainda, que todo este processo demonstra défice de transparência, desde logo traduzido na tardia publicação do Protocolo, em 3 de Maio de 2000, isto quando o âmbito temporal era o ano de 1999 e se estabeleciam obrigações de controlo até 15 de Janeiro precedente.

Nestes termos, permito-me chamar a atenção de Vossa Excelência para a necessidade de, em situações análogas futuras, se estabelecerem regras de procedimento que, dotando estes procedimentos da transparência e rigor necessários, procedam à efectiva implementação de mecanismos de controlo e fiscalização do real destino dos dinheiros públicos atribuídos, de molde a evitar o surgimento de dúvidas sobre a correcta afectação dos recursos económicos e financeiros do Estado.

R-4220/00
Assessor: João Batista

Entidade visada: Presidente do Conselho de Administração da Imprensa Nacional-Casa da Moeda, SA

Assunto: Recrutamento e selecção de pessoal para a Administração Pública Regional. Jornais Oficiais das Regiões Autónomas.

Foi apresentada junto deste Órgão de Estado uma exposição nos termos da qual se colocava em causa a publicação singular dos concursos de pessoal, no âmbito da Administração Pública Regional, no Jornal Oficial da Região, alegadamente não permitindo aos cidadãos residentes no território continental o devido e atempado conhecimento dos mesmos.

Tendo-se apurado que a forma de divulgação do Jornal Oficial dos Açores é idêntica à do Diário da República, mereceu particular interesse a verificação da forma como se articula uma e outra publicação, sendo certo que, enquanto jornal oficial do País, desempenha o Diário da República um papel ímpar junto dos cidadãos.

Verificou-se, assim, que na página de acesso ao DR Electrónico, é disponibilizada pela Imprensa Nacional-Casa da Moeda uma hiperligação para acesso às páginas dos jornais oficiais das Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira, incluída que está na parte respeitante aos jornais oficiais de língua oficial portuguesa.

Considerando o interesse público inerente à divulgação dos jornais oficiais das regiões autónomas em causa e reconhecendo-se a extrema utilidade de que se reveste o serviço deste modo prestado pela Imprensa Nacional - Casa da Moeda, S. A., parecer-me-ia pertinente, por isso mesmo, que a existência daquelas hiperligações fosse, no quadro do Diário da República Electrónico, valorizada, quer:

a) desenquadrando-a dos demais jornais oficiais de países de língua oficial portuguesa; quer

b) multiplicando a informação existente a respeito dos mesmos.

Na verdade, quanto ao primeiro ponto, é de notar que, mais do que jornais oficiais de língua oficial portuguesa, estamos

perante jornais oficiais portugueses, reportando-se as suas publicações a factos que produzem efeitos de direito no nosso ordenamento jurídico, que é uno, sem prejuízo das autonomias constitucionalmente consagradas.

Conviria, assim, que à hiperligação para os mesmos fosse dado um maior destaque do que a jornais estrangeiros, provavelmente logo na primeira página do portal.

Seria também conveniente que, apesar de o acesso à II série do Diário da República não ter qualquer período gratuito, fossem os assinantes da mesma, na versão electrónica, informados da existência dessa hiperligação, quiçá na página que se segue à da validação do utilizador.

Certo da boa atenção de V.ª Ex.ª a respeito deste assunto, agradeço desde já a colaboração que possa ser prestada, no sentido almejado, seja ou não na forma sugerida.

R-5080/00[169]
Assessor: Maria Eduarda Ferraz

Entidade visada: Ministra da Justiça
Assunto: Citação por via postal simples.

I

1. Acuso a recepção da comunicação provinda do Gabinete de Vossa Excelência, a qual agradeço.

Após análise do projecto legislativo constante da mesma, permita-me Vossa Excelência que adiante que o conjunto de medidas delineado pelo Executivo responde de forma satisfatória às preocupações manifestadas no ofício que dirigi a Vossa Excelência a propósito do assunto em discussão.

[169] Cfr. , para os antecedentes, o Relatório 2002, p. 797 e segs.

2. De qualquer forma, antes de mais, diga-se que a opção pela não consagração legal da citação por via postal simples – que ficará, caso a proposta venha a ser aprovada, arredada do processo civil – responderia, à partida, de forma inequívoca e definitiva às preocupações por mim manifestadas na parte introdutória do ofício enviado a Vossa Excelência, e que se prendem designadamente com a conformidade à Constituição da solução legal estabelecida pelo Decreto-Lei n.º 183/2000.

No entanto, como é do conhecimento de Vossa Excelência, o projecto prevê uma modalidade de citação em determinado tipo de acções para cumprimento de obrigações pecuniárias que, não sendo feita por via postal simples, mas registada, facilmente possibilita que o respectivo destinatário não venha a tomar conhecimento dos elementos constantes da mesma.

Pese embora revestida de algumas garantias, a referida modalidade de citação desencadeia o mesmo tipo de preocupação manifestada por este Órgão do Estado na comunicação dirigida a Vossa Excelência a propósito da citação por via postal simples.

3. Não obstante se ter eliminado a citação por via postal simples – o projecto prevê naturalmente a revogação do art.º 236.º-A do Código de Processo Civil, que a estabelece, e que contém a questão nuclear da análise feita no âmbito do presente processo –, optou o Executivo por continuar a distinguir, para efeitos de regime da citação, as acções para cumprimento de obrigações pecuniárias emergentes de contrato reduzido a escrito das restantes, possibilitando, para as primeiras e reunidos os requisitos à frente identificados, que a citação se venha a considerar efectuada, presumindo-se que o citando teve conhecimento dos elementos dela constantes, após a repetição da citação através de carta registada com aviso de recepção, não recepcionada, e com o depósito desta na caixa do correio, ou do aviso de que a mesma se encontra à disposição do respectivo destinatário em determinado estabelecimento postal.

Assim, adita à legislação o art.º 237.º-A que, sob a epígrafe "domicílio convencionado", e no seu n.º 1, dispõe da seguinte forma:

"Nas acções para cumprimento de obrigações pecuniárias emergentes de contrato reduzido a escrito em que as partes tenham convencionado o local onde se têm por domiciliadas para efeito da citação em caso de litígio, a citação por via postal efectua-se, nos termos dos artigos anteriores, no domicílio convencionado, desde que o valor da acção não exceda a alçada do tribunal da relação ou, excedendo, a obrigação respeite a fornecimento continuado de bens ou serviços".

O n.º 4 do mesmo preceito explicita que *"sendo o expediente devolvido por o destinatário não ter procedido, no prazo legal, ao levantamento da carta no estabelecimento postal ou por ter sido recusada a assinatura do aviso de recepção ou o recebimento da carta por pessoa diversa do citando (...), é repetida a citação, enviando-se nova carta registada com aviso de recepção ao citando (...)".*[170]

Finalmente, o n.º 5 do normativo proposto no projecto remetido diz que, no caso de esta segunda carta não ser recepcionada pelo seu destinatário, *"é deixada a própria carta, de modelo oficial, contendo cópia de todos os elementos referidos no art.º 235.º (...), devendo o distribuidor do serviço postal certificar a data e o local exacto em que depositou o expediente e remeter de imediato a certidão ao tribunal; não sendo possível o depósito da carta na caixa do correio do citando, o distribuidor deixa um aviso* (dando conta que a carta se encontra à disposição do destinatário em determinado estabelecimento postal)*".*

4. Cumpre enunciar quais as diferenças efectivas entre o regime actualmente em vigor e o delineado pelo projecto para este tipo de acções.

Antes de mais, note-se que a legislação vigente diz que a citação é feita para a morada inscrita no contrato para a

identificação da parte – salvo estipulação de uma morada para citação em caso de litígio –, e o projecto esclarece que a citação se fará para o domicílio que as partes tenham acordado expressamente para o efeito da citação em caso de litígio.

Tal significa que só pode ser utilizado o mecanismo de citação previsto para estas acções – e que se traduzirá, conforme já dito, na possibilidade de a citação se considerar efectuada, e se presumir que o citando teve conhecimento dos elementos dela constantes, após a devolução de uma segunda carta registada e com o depósito desta na caixa do correio –, se as partes tiverem expressamente convencionado um local para a citação em caso de litígio emergente do contrato, e naturalmente para esse local.

O regime constante do projecto, relativo à citação no âmbito das acções para cumprimento de obrigações pecuniárias decorrentes de contratos escritos, prevê a existência de um verdadeiro "domicílio convencionado" para efeitos de citação em caso de incumprimento do contrato, ao contrário do que acontece actualmente, em que é a própria lei que estabelece ser a morada constante do contrato para identificação da parte a que releva para efeitos de citação (note-se que idêntica possibilidade de domicílio convencionado existia já no âmbito do Decreto-Lei n.º 269/98, de 01 de Setembro, que aprova os procedimentos destinados a exigir o cumprimento de obrigações pecuniárias emergentes de contratos de valor não superior à alçada da 1.ª instância).

Segundo o projecto em apreço, é imperioso que o potencial citando tenha expressamente aceite que, em caso de litígio emergente do contrato – com origem, por exemplo, no não pagamento de uma ou mais das obrigações pecuniárias no mesmo definidas –, a morada para a qual deverá ser citado é a que aí vem consignada.

Nestas acções, que de resto constituirão o tipo de acção que continua a assoberbar os tribunais – propostas pela entidades prestadoras de serviços como o telefone, gás, electricidade e água – , a probabilidade de o citando, destinatário da prestação do

serviço, não ter mudado de residência, é manifestamente superior às das restantes acções, incluindo as que implicam obrigações pecuniárias únicas ou com carácter não periódico.

Por outro lado, tal mecanismo de citação só pode ser utilizado nas situações em que o valor da acção não excede a alçada do tribunal da relação, excepto se a obrigação em causa respeitar a fornecimento continuado de bens ou serviços, caso em que o mecanismo pode ser utilizado se esse valor for excedido.

Refere-se, a este propósito, que no conjunto de sugestões enviado por este Órgão do Estado a Vossa Excelência, se solicitava o aclaramento do âmbito de aplicação da norma contida no art.º 236.º-A, já que a letra do mesmo indiciaria que o regime aí estabelecido se aplicaria apenas aos contratos de execução continuada.

O projecto desse Ministério é claro: a possibilidade de a citação se considerar efectivada – e se presumir que o citando teve conhecimento dos elementos dela constantes – à segunda devolução de uma carta registada, é passível de ser utilizada em todas as acções que visem o cumprimento de quaisquer obrigações pecuniárias emergentes de contratos reduzidos a escrito, desde que o valor das mesmas não exceda a alçada do tribunal da relação. Por outro lado, e se a acção visar o cumprimento de obrigação contratual decorrente do fornecimento continuado de bens ou serviços, já o referido mecanismo de citação pode ser utilizado se a mesma exceder a alçada da relação.

Diga-se, ainda, que a presunção de que o citando não teve conhecimento dos elementos constantes da citação feita pela via em apreço – *"no caso previsto no n.º 5 do art.º 237.º- A* (depósito da carta registada na caixa do correio após a segunda devolução) *a citação considera-se efectuada na data certificada pelo distribuidor postal ou, no caso de ter sido deixado o aviso, no 8.º dia posterior a essa data, presumindo-se que o destinatário teve oportuno conhecimento dos elementos que lhe foram deixados"* (art.º 238.º, n.º 2, do projecto) –, será ilidível nos termos gerais de direito, e pela forma prevista no art.º 195.º, alínea e), do Código de

Processo Civil, isto é, através da arguição, pelo citando, da nulidade da citação com a demonstração de que não chegou a ter conhecimento do acto, por facto que não lhe é imputável.

Há que referir ainda que, segundo o projecto, acresce ao prazo de defesa da pessoa que é citada pela via em discussão uma dilação de 30 dias (art.º 252.º-A, n.º 3, do Código, na versão consignada no projecto).

Escolheu assim esse Ministério um grupo delimitado de acções – as acções para cumprimento de obrigações pecuniárias emergentes de contrato reduzido a escrito em que as partes tenham convencionado o local onde se têm por domiciliadas para o efeito da citação em caso de litígio, cujo valor não exceda a alçada do tribunal da relação ou com qualquer valor desde que a obrigação respeite a fornecimento continuado de bens ou serviços –, para a concepção de um mecanismo que tornará mais eficaz a citação por carta registada com aviso de recepção, aliviando-a dos contornos que oneravam de forma excessiva o aparelho judiciário no regime anterior à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 183/2000, mas enformado-o de algumas garantias inexistentes no actual regime.

Essa solução é, aliás, no essencial, a reprodução da já existente no âmbito do já mencionado Decreto-Lei n.º 269/98, na redacção que lhe foi introduzida pelo Decreto-Lei n.º 383/99, de 23 de Setembro, antes das alterações efectuadas pelo Decreto-Lei n.º 183/2000.

5. De qualquer forma, apesar das garantias atrás expressas, a verdade é que, no âmbito das acções para cumprimento de obrigações pecuniárias em análise, é real a possibilidade de um cidadão ser citado para uma acção judicial sem tomar conhecimento da mesma.

Na verdade, isto verifica-se na medida em que, conforme decorre do art.º 237.º-A, n.º 5, a aditar ao Código pelo projecto, após a devolução de uma primeira carta registada, é repetida a citação, com o envio de nova carta registada, sendo certo que, se não for possível a sua entrega, é colocada a própria carta na caixa

do correio ou, na impossibilidade deste depósito, é deixado aviso de que a mesma se encontra à disposição do citando em estabelecimento postal.

A citação considera-se efectuada na data certificada pelo distribuidor postal (que deve remeter certidão da ocorrência ao tribunal) ou, no caso de ter sido deixado o aviso, no 8.º dia posterior a essa data.

Não se mostra difícil equacionar possíveis enganos nas colocações, nas caixas do correio, das cartas ou avisos em apreço.

Apesar da possibilidade de o citando utilizar o mecanismo constante do art.º 195.º, alínea e), do Código de Processo Civil, arguindo a falta de citação com a consequente nulidade de todo o processado após a petição inicial, e ilidindo a presunção de que teve conhecimento dos elementos constantes da citação, tal tarefa mostrar-se-á excessivamente onerosa para aquele, dada a manifesta dificuldade da prova em causa.

Assim, creio que a mencionada solução projectada pelo Governo deverá ser completada com alguma outra garantia de que determinada carta ou aviso foram efectivamente colocados na caixa do correio correspondente à morada para a qual se pretende citar uma pessoa.

Essa garantia poderia consistir na certificação dessa ocorrência, não pelo funcionário dos CTT, mas pelo próprio solicitador de execução, que se deslocaria com aquele funcionário à morada em causa, no âmbito de uma terceira tentativa de concretização da citação pretendida.

Enquadrando tal possibilidade no esquema concebido por esse Ministério, considerar-se-ia o réu citado com a certificação, pelo solicitador de execução, do depósito da carta registada ou do aviso emitidos pela terceira vez.

6. Ainda quanto ao denominado domicílio convencionado, pode ler-se no n.º 2 do já identificado art.º 237.º-A a aditar ao Código, segundo o projecto: *"Enquanto não se extinguirem as relações emergentes do contrato, é inoponível a quem na causa figure como autor qualquer alteração do domicílio convencionado,*

salvo se a contraparte o tiver notificado dessa alteração, mediante carta registada com aviso de recepção, em data anterior à propositura da acção ou nos 30 dias subsequentes à respectiva ocorrência, não produzindo efeito a citação que, apesar da notificação feita, tenha sido realizada no domicílio anterior em pessoa diversa do citando ou nos termos do n.º 5 (depósito da carta na caixa do correio ou em estabelecimento postal)*"*.

Recordo que no ofício deste Órgão do Estado se sugeria um aditamento ao art.º 236.º-A, n.º 1, revogado no âmbito deste projecto, tendo em vista a limitação da utilização da citação por via postal simples às acções para cumprimento de obrigações pecuniárias (no caso de contratos de execução continuada, como parecia decorrer do art.º 236.º-A do Código de Processo Civil), em vigor à data da propositura da acção, ou que tivessem sido denunciados apenas nos últimos 30 dias anteriores a esta data (propostas contidas nas alíneas A) e B) do ofício de 12 de Setembro).

A verdade é que, tal como se encontra redigido o n.º 2 do art.º 237.º-A, a aditar ao Código segundo o projecto do Governo, mantém-se a questão de saber se deverá a parte que celebra um contrato onde se estipula um domicílio convencionado, informar a outra parte de qualquer alteração desse domicílio, até ao prazo de prescrição de eventuais relações emergentes desse contrato, nas situações em que, por exemplo, o contrato estaria já denunciado, e a parte convicta de que as relações decorrentes do mesmo se encontrariam já extintas. Não parece ajustada, face aos valores em presença, tal solução.

Assim sendo, insistindo o Governo na manutenção do regime que enquadra o domicílio convencionado nos termos atrás expressos, deverá igualmente ponderar-se a limitação legal da possibilidade de inoponibilidade da alteração desse domicílio, decididamente a um prazo muito mais reduzido que o previsto para a prescrição de todas as eventuais relações emergentes de um determinado contrato, como parece ser o seu objectivo, expresso no n.º 2 do referido art.º 237.º-A.

Por outro lado, seria importante que este tipo de cláusula expressamente tivesse que explicitar os efeitos legais decorrentes da sua aceitação e a exigibilidade da comunicação atempada de alterações do domicílio que venham a ocorrer. Pensando, as mais das vezes, na aplicação desta norma a contratos de adesão, será útil que se assegure, dentro do possível, que as partes, designadamente a mais fraca, têm consciência do alcance dessa cláusula.

7. Concluindo, segundo o projecto, são as seguintes as modalidades de citação: para a generalidade das acções:

a) Através de carta registada com aviso de recepção;

b) Através de solicitador de execução, caso se mostre frustrada a via postal ou desde que o autor assim o pretenda e declare pretender na petição inicial;

c) Através de funcionário judicial, caso se mostre frustrada a via postal e não exista solicitador de execução inscrito na comarca do círculo judicial a que o tribunal pertence, ou quando o autor assim o pretenda e declare pretender na petição inicial;

d) Através de mandatário judicial, nos termos actualmente em vigor.

Para as acções para cumprimento de obrigações pecuniárias decorrentes de contrato reduzido a escrito e com cláusula expressa referente ao domicílio convencionado para a citação em caso de litígio, de valor não superior a 14963,94€ ou de qualquer valor mas respeitante ao fornecimento continuado de bens e serviços (desde que não pretenda o autor que a citação seja feita, à partida, por solicitador, funcionário judicial ou mandatário judicial):

a) Através de carta registada com aviso de recepção;

b) Através da certificação, pelo distribuidor postal, da recusa, pelo citando, de assinatura do aviso postal ou do recebimento da carta;

c) Através do depósito, na caixa do correio do citando, da segunda carta registada contendo a citação, ou de aviso de que a mesma se encontra à disposição do citando em estabelecimento postal, considerando-se efectivada a citação respectivamente na

data certificada pelo distribuidor do serviço postal e no 8.º dia posterior a essa data.

8. Conforme já referido, só esta última modalidade é merecedora de reparo nesta sede, nos termos acima mencionados. As restantes propostas, contidas no meu ofício do passado dia 12 de Setembro, nas alíneas C), D), E), F), G), H) e I), deixam de fazer sentido face às novas soluções constantes do projecto do Executivo, que enformam de garantias suficientes o acto de citação nas restantes modalidades.

A sugestão contida na alínea J), quanto à impossibilidade actual de a citação por via postal poder ser efectivada para a morada de reexpedição do correio, manterá o mesmo interesse.

Assim, reitero a Vossa Excelência a necessidade de, em coordenação com os CTT, se encontrar uma solução que possibilite, ou que a citação por via postal se efective para a morada de reexpedição, ou que os CTT dêem conhecimento ao tribunal de que existe pedido de reexpedição do correio da morada para onde deve ser feita a citação.

9. Face ao que fica exposto, tomando em consideração o teor do projecto desse Ministério, permito-me de novo representar a Vossa Excelência que:

a) na situação prevista no art.º 237.º-A, a aditar, caso a proposta venha a ser aprovada, ao Código de Processo Civil, se possibilite o envio de uma terceira carta registada de citação, cujo depósito (ou do aviso de que a mesma se encontra em estabelecimento postal), na caixa do correio e no caso de a mesma não ser recepcionada, seria certificado, não pelo funcionário dos CTT, mas por um solicitador de execução que se deslocaria com aquele funcionário, naquela data, à morada pretendida, concretizando-se por esta via a citação em apreço;

b) se pondere a limitação legal da possibilidade de inoponibilidade da alteração desse domicílio, decididamente a um prazo muito mais reduzido que o previsto para a prescrição de todas as eventuais relações emergentes de um determinado contrato, como parece ser o objectivo do n.º 2 do referido art.º

237.º-A constante do projecto, chamando de novo a atenção para o teor das alíneas A) e B) do meu anterior ofício;

c) que se estipule legalmente que a cláusula que estabeleça um domicílio convencionado nos termos aqui em discussão, expressamente explicite o regime que venha a decorrer da aprovação do art.º 237.º-A da proposta;

d) que o Ministério da Justiça coordene com os CTT uma solução que possibilite, ou que a citação por via postal se efective para a morada de reexpedição, ou que os CTT dêem conhecimento ao tribunal de que existe pedido de reexpedição do correio da morada para onde deve ser feita a citação.

II

Reporto-me ao assunto acima mencionado, para agradecer, antes de mais, a comunicação do Gabinete de Vossa Excelência.

Poucos dias após a publicação do Decreto-Lei n.º 38/2003, de 08 de Março, importa, em jeito de balanço final, adiantar que as preocupações por mim expressas a Vossa Excelência, através do ofício de 12 de Setembro passado, foram, no seu aspecto nuclear, respondidas de forma satisfatória pela legislação ora publicada.

Antes de mais, o Decreto-Lei n.º 38/2003 vem banir do processo civil a citação por via postal simples, respondendo, desta forma, ao essencial das dúvidas manifestadas por este Órgão do Estado quanto à conformidade constitucional da solução ainda em vigor, e que motivou, de resto, a minha iniciativa junto desse Governo.

Em segundo lugar, as alterações aprovadas concebem um sistema no âmbito do qual, revelando-se frustrada a tentativa de citação por carta registada, é accionado o mecanismo da citação pessoal do réu, através da figura do solicitador de execução, deste modo recorrendo-se, tendo em vista uma gestão mais eficaz do sistema, a entidades privadas, conforme vem também sugerido ao Governo, no documento mencionado.

Especificamente no que toca às propostas formuladas, num segundo momento, por este Órgão do Estado, já quanto ao projecto de diploma enviado pelo Gabinete de Vossa Excelência, as mesmas pretendiam consubstanciar aperfeiçoamentos de uma solução global que, além de se revelar equilibrada quando perspectivada numa relação eficácia do sistema/garantia dos direitos dos cidadãos, cumprirá, nessa medida e no seu aspecto essencial, os requisitos constitucionais sobre a matéria.

Mesmo no que toca à solução mais "frágil" constante do projecto – e agora com expressão no art.º 237.º-A, aditado pelo Decreto-Lei n.º 38/2003 ao Código de Processo Civil – que motivou, da parte deste Órgão do Estado, o principal reparo feito a Vossa Excelência através do ofício de Janeiro passado, estará a mesma enformada de requisitos garantísticos mínimos, que não porão em causa o sistema – refira-se, mais uma vez, que esta citação é efectuada por carta registada (com aviso de recepção), considera-se feita à data da segunda devolução, sendo accionada apenas quanto a um grupo delimitado de acções, e ocorrendo no âmbito do denominado domicílio convencionado (em que as partes acordam expressamente um determinado domicílio para o fim específico da citação). Acresce que a presunção de que o citando não teve conhecimento dos elementos constantes da citação assim feita, será ilidível nos termos gerais de direito.

Não obstante considerar-se que a legislação ora publicada teria ganho com a consagração das medidas propostas no meu ofício de Janeiro último – segundo a informação enviada pelo Gabinete de Vossa Excelência, terão sido positivamente registadas (a ter em conta em futuras iniciativas legislativas) as propostas relativas à obrigatoriedade da inclusão do regime do art.º 237.º-A do Código de Processo Civil, que entrará em vigor em Setembro próximo, no leque de cláusulas dos contratos pelo mesmo abrangidos, e a adequação do regime da citação aos casos de reexpedição do correio –, e que a solução consignada no n.º 2 do mesmo art.º 237.º-A, designadamente quando faz alusão às "relações emergentes do contrato" pode vir a suscitar o tipo de

preocupações por mim manifestado naquela mesma comunicação a Vossa Excelência, a verdade é que o regime aprovado pelo Decreto-Lei n.º 38/2003, de 08 de Março, é mais equilibrado e mais consentâneo com os princípios constitucionais sobre a matéria em análise, quando comparado com o ainda actualmente em vigor.

Julgo, assim, como positivo o resultado do processo legislativo que culminou na aprovação do Decreto-Lei n.º 38/2003, de 08 de Março, na perspectiva aqui em discussão.

R-0923/01
Assessor: Ana Corrêa Mendes

Entidade visada: Ministra de Estado e das Finanças
Assunto: Maternidade. Contrato administrativo de provimento.

Foi-me colocada a questão da diferenciação existente entre os regimes aplicáveis a trabalhadoras do sector privado e do sector público, em matéria de apoio à maternidade, designadamente no que toca a garantias de ordem económica, isto especialmente a quem possui um vínculo precário.

Estabelece o art.º 59, n.º 2, alínea c), da Constituição, que incumbe ao Estado assegurar as condições de trabalho, retribuição e repouso a que os trabalhadores têm direito, nomeadamente *a especial protecção do trabalho das mulheres durante a gravidez e após o parto*.

Também o art.º 68, n.º 3, da Lei Fundamental reitera que as mulheres têm direito a esta especial protecção durante a gravidez e após o parto, tendo as mulheres trabalhadoras ainda direito a dispensa do trabalho por período adequado, *sem perda da retribuição ou quaisquer regalias*.

Sendo esta garantia de índole económica um corolário da protecção estabelecida pela Constituição, será de admitir, conforme aliás explicita a doutrina, que é de considerar esta posição jurídica como uma das que possui natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias, para efeitos de aplicação, *ex vi* o

art.º 17.º da Constituição, do regime especialmente consagrado para estes.

Com base neste imperativo constitucional, está hoje vigente a Lei n.º 4/84 de 4 de Abril, que estabelece o regime jurídico de protecção da maternidade e paternidade, entretanto já alterada pelas Leis n.ºs 17/95 de 9 de Junho, 102/97, de 13 de Setembro, 18/98 de 28 de Abril, 118/99 de 11 de Agosto, 142/99 de 31 de Agosto, e pelo Decreto-Lei n.º 70/2000 de 4 de Maio.

Para o que aqui releva, dispõe o art.º 10º que a mulher trabalhadora tem direito a uma licença por maternidade. O art.º 23º do mesmo diploma dispõe sobre os efeitos da referida licença, estabelecendo que esta não determina a perda de quaisquer direitos e que o período da mesma é considerado, para todos os efeitos legais, salvo quanto à retribuição, como prestação efectiva de serviço, sem prejuízo do disposto quanto ao regime na função pública.

Debruçando-se especificamente sobre a questão da remuneração durante o gozo da licença, estabelece o art.º 26º, a), da citada lei que as trabalhadoras do sector privado têm direito a um subsídio, atribuído pela segurança social, o qual, nos termos do art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 154/88, de 29 de Abril, alterado pelos Decretos-Leis n.º 333/95, de 23 de Dezembro, n.º 347/98, de 9 de Novembro e n.º 77/2000, de 9 de Maio, corresponde à chamada remuneração de referência, calculada nos termos do mesmo diploma e paga durante o período legalmente fixado para a licença de maternidade.

Por seu lado, a alínea b) do mesmo art.º 26.º da Lei n.º 4/84 estabelece que as funcionárias ou agentes da função pública mantêm, no caso em apreço, o direito à remuneração que auferiam.

Assim, no que toca às trabalhadoras do sector privado que desempenham a sua actividade no âmbito de contrato de trabalho a termo, a eventual caducidade do contrato pela verificação desse termo em nada colide com a continuação do recebimento do

subsídio, a cargo da segurança social e não da então ex-entidade patronal.

Idêntica é a solução para aqueles trabalhadores que, nos termos legais, prestam a sua colaboração a entidades públicas, designadamente ao Estado, no âmbito de contrato de trabalho a termo, aplicando-se o regime da segurança social sem distinção que aqui releve.

Contudo, já paridade similar não existe quando se considera a posição das agentes administrativas, quando o vínculo jurídico, temporário, não é já o do contrato de trabalho a termo mas sim o do contrato administrativo de provimento.

Não estando abrangidas pelo regime da segurança social, é à entidade pública a que prestam serviço que cabe a continuação do pagamento da remuneração auferida antes do início da licença de maternidade.

Ora, cessado o vínculo pela caducidade ou denúncia do contrato administrativo de provimento, não se afigura existir arrimo no ordenamento legislativo positivo para que seja mantido o pagamento da remuneração, até ao final do prazo estabelecido na Lei n.º 4/84 para a licença de maternidade.

É, assim, notória a desprotecção, tanto absoluta como relativa, das agentes administrativas face às trabalhadoras do sector privado e mesmo quanto às contratadas a termo do sector público, em matéria de suporte económico da maternidade.

Não creio que mereça dúvida que a imposição constitucional nesta matéria vale para todo e qualquer trabalhador, no sentido mais amplo do termo, constituindo uma inconstitucionalidade por omissão a ausência de normas legislativas bastantes para conferir exequibilidade à posição jurídica fundamental em causa.

De alguma forma, está-se perante situação análoga à que, no que toca ao apoio no desemprego, suscitou a prolação do Acórdão n.º 474/2002 do Tribunal Constitucional, que considerou verificada a inconstitucionalidade por omissão decorrente da

desprotecção legislativa de alguns sectores de servidores públicos, designadamente dos agentes administrativos.

Já o Decreto-Lei n.º 67/2000, de 26 de Abril, que definiu, relativamente à eventualidade de desemprego, o enquadramento do pessoal contratado para o exercício das funções docentes nos estabelecimentos de educação e ensinos públicos no âmbito do regime geral de segurança social dos trabalhadores por conta de outrem, respondeu a grande parte das situações que quotidianamente se poderiam verificar.

Na sequência do acórdão acima citado, espera-se agora que os órgãos legislativos, tendo tomado conhecimento, por modo solene e qualificado, de estarem em incumprimento da Constituição, supram essa ilicitude, colmatando o que resta da omissão no ordenamento legislativo mínimo para cabal cumprimento do desiderato constitucional. Foi com essa expectativa que me dirigi recentemente a Sua Excelência o Primeiro Ministro, em ofício que sei ter sido encaminhado para Vossa Excelência, bem como para Sua Excelência o Ministro da Segurança Social e do Trabalho.

Aproveitando a iniciativa legislativa nessa matéria, julgo, de igual forma que caberia a eliminação da distinção acima descrita, que prejudica, em termos de uma realidade tão carecida e merecedora de apoio como é a maternidade, as agentes administrativas. Importaria, assim, estabelecer mecanismos que, no caso de cessação do contrato administrativo de provimento, assegurassem a manutenção dos pagamentos devidos até ao final da licença de maternidade.

Para além dos argumentos de ordem jurídico-constitucional acima mencionados, será também relevante invocar, mais uma vez, o teor do art.º 124.º da Lei n.º 32/2002, de 20 de Dezembro, quanto à escolha política de aproximação dos regimes de protecção social dos sectores público e privado, sendo certo que também o projecto de Código de Trabalho apontava, pelo menos na proposta de lei apresentada e que julgo não ter sido desmentida no diploma que foi aprovado recentemente pelo

parlamento, em matéria de maternidade, para uma unidade de critério de decisão nos dois sectores (cfr. art.º 5.º, b), da proposta de diploma preambular).

R-4004/01
Assessor: Maria Eduarda Ferraz

Entidade visada: Presidente do Conselho de Administração do Porto de Lisboa
Assunto: Utilização das áreas do Porto de Lisboa para o exercício da actividade de movimentação de cargas.

1. Após a instrução que o presente processo conheceu, que culminou na consulta da documentação referente aos concursos para a concessão do Terminal de Contentores de Santa Apolónia e do Terminal Multiusos do Poço do Bispo (e do Beato), permita-me que dirija a V.ª Ex.ª os seguintes comentários.

É incontornável que a deliberação do Conselho de Administração do Porto de Lisboa, tomada na reunião de 21 de Junho de 2000 e publicitada posteriormente através da Ordem de Serviço n.º 30/2000, de 25 de Agosto, no âmbito da qual foram aprovadas as denominadas normas transitórias para a utilização das áreas portuárias não concessionadas, teve como efeito prático a inviabilização da continuação do exercício, naquelas áreas e pelas empresas não concessionárias, da actividade de movimentação de cargas – com exclusão das operações ligadas ao tráfego *roll-on/roll-off* de veículos.

Antes de mais, estando os Terminais de Passageiros da Rocha do Conde de Óbidos e de Santa Apolónia destinados naturalmente à realização de operações inerentes à movimentação de pessoas, o Cais Avançado de Alcântara à recepção de navios destinados aos terminais concessionados ou de passageiros que, pelo seu calado ou pela circunstância de, no primeiro caso, movimentarem cargas perigosas, não possam aí acostar – e

embora nas três referidas áreas seja possível a operação de navios do tráfego *roll on/roll-off* de veículos –, veio a Administração do Porto de Lisboa (APL) estabelecer, para todas as restantes áreas não concessionadas, o seguinte:

a) que as mesmas se destinam à acostagem e estacionamento de navios ou embarcações sem movimentação comercial;

b) que excepcionalmente e se o interesse portuário o justificar, pode ser autorizada, pela administração do porto, essa movimentação comercial de cargas, a pedido fundamentado do requerente;

c) Que, pelo uso das áreas portuárias não concessionadas – seja o decorrente das autorizações eventualmente concedidas, a que se refere a alínea anterior, seja a utilização dada no âmbito do tráfego *roll-on/roll-off* de veículos permitido nos referidos Terminais de Passageiros e Cais Avançado de Alcântara –, a APL cobra uma taxa variável em função da quantidade e natureza da carga, nos termos da tabela constante da mesma ordem de serviço.

Assim, antes de mais, veio a APL reduzir de forma significativa a possibilidade de as empresas licenciadas para a movimentação portuária de cargas exercerem, nas áreas não concessionadas do porto, a sua actividade. Estas empresas de estiva ficam confinadas à possibilidade da movimentação de veículos em regime *roll-on/roll-off* em dois Terminais de Passageiros e no Cais Avançado de Alcântara, e à movimentação daquelas ou outras cargas nas restantes áreas não concessionadas, desde que o requeiram de forma fundamentada e a autoridade portuária o consinta, explicitando as normas em causa que esta autorização é excepcional e tem de ser fundada no interesse portuário.

Por outro lado, veio a APL a aprovar uma tabela de taxas pelo uso das referidas áreas que, atendendo à alegada incomportabilidade, para os operadores dos valores aí estabelecidos, mais não terá que um objectivo dissuasor relati-

vamente à efectivação de eventuais pedidos no sentido de serem obtidas autorizações nos termos mencionados.

Deste modo, argumentando com a necessidade de se assegurarem condições não discriminatórias de leal e sã concorrência com a exploração dos terminais concessionados – não constam do processo elementos que sustentem por um lado a afirmação de que as concessionárias estariam a ser prejudicadas, em termos concorrenciais, pelas empresas licenciadas a operar nos cais livres e que confirmem, por outro, que a partir da aprovação das normas em referência essa concorrência viria a ser restabelecida –, a verdade é que o efeito previsível da aprovação das normas transitórias não poderia deixar de se revelar, à partida, o acima mencionado.

2. Para além disso, não concretizou a APL, no âmbito dos concursos para a concessão das áreas concessionadas, a possibilidade de as empresas licenciadas exercerem a sua actividade nessas áreas concessionadas – apesar de, pelo menos quanto ao Terminal Multiusos do Poço do Bispo/Beato, constar dos programas negociais a definição da política dos concorrentes quanto à continuidade, no Terminal, da movimentação de cargas por terceiros operadores.

Repare V.ª Ex.ª que apesar de se revelar legítimo o objectivo de concessionar todo o espaço portuário passível de ser utilizado para a movimentação de cargas – podendo mesmo inferir-se do Decreto-Lei n.º 298/93 o escopo da tendencial prossecução desse objectivo –, a verdade é que o próprio regime jurídico da operação portuária prevê a possibilidade do exercício da actividade pelas empresas licenciadas nas áreas concessionadas, conforme resulta das disposições constantes do art.º 19.º, n.º 1, alínea a), e n.º 3, do Decreto-Lei n.º 298/93, e da Base I, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 324/94, de 30 de Dezembro, que aprovou as bases gerais das concessões do serviço público de movimentação de cargas em áreas portuárias.

Aliás, quando tal possibilidade resulta do contrato de concessão – e, a existir, terá necessariamente de resultar desse

mesmo contrato de concessão – o acesso, em condições de igualdade com designadamente as empresas concessionárias, aos espaços, instalações, cais e equipamentos das áreas de serviço público da zona portuária, incluindo os dos concessionários, configura um verdadeiro direito das empresas de estiva (cf. art.º 19.º, n.º 1, alínea a), e n.º 3, do Decreto-Lei n.º 298/93).

Recordo a V.ª Ex.ª que os Cadernos de Encargos dos Concursos para a Concessão dos Terminais de Contentores de Santa Apolónia e Multiusos do Poço do Bispo (e do Beato), explicitavam que o regime de exclusividade inerente à concessão não impedia a realização de operações de movimentação de cargas por parte de entidades estranhas àquela que, *"nos termos do art.º 19.º do D.L. n.º 298/93, de 28 de Agosto, venham a ser previstas no contrato"* [(art.ºs 5.º, n.º 3, alínea b)].

Por outro lado, e esclarecendo uma das concorrentes à concessão do Terminal de Contentores de Santa Apolónia, refere o Conselho de Administração, quanto à possibilidade em referência, que *"os termos do concurso não a excluem nem a impõem, antes resultará dos termos da proposta bem como da respectiva apreciação e negociação de harmonia com o programa do concurso"* (ponto 23 do ofício da APL à Socarmar, S.A., datado de 24 de Fevereiro de 1999).

Dir-me-á V.ª Ex.ª que os candidatos aos referidos concursos não pretenderiam que uma cláusula no sentido apontado, isto é, que permitisse o exercício, nas áreas concessionadas, da actividade em causa por parte das empresas licenciadas, viesse a constar do contrato de concessão. Não obstante poder ser plausivelmente correcta tal asserção, a verdade é que não resulta da documentação relativa aos concursos realizados uma tentativa firme, por parte da APL, de concretização ou sequer discussão dessa eventual possibilidade.

3. Convirá V.ª Ex.ª que a inviabilização do exercício da actividade aqui em discussão por parte das empresas licenciadas nas áreas não concessionadas (através da aprovação das normas transitórias acima referidas, nos termos supra explicitados), e a

inviabilização do exercício da mesma actividade, pela referidas empresas, nas áreas concessionadas (mediante a não inclusão nos contratos de concessão da possibilidade de as empresas de estiva operarem nessas áreas), vieram diminuir de forma significativa, diria mesmo de forma definitiva, a possibilidade de as denominadas empresas de estiva que não quiseram ou não puderam concorrer às concessões, ou mesmo que saíram vencidas dos concursos, exercerem a sua actividade no porto de Lisboa.

E se é certo, conforme já mencionado, que o regime jurídico da operação portuária, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/93, apontará no sentido de uma tendencial concessão das áreas portuárias para o efeito, também é verdade que não resulta do mesmo que tal opção comporte necessariamente a preferência por uma realidade que exclua as empresas não concessionárias da operação nessas áreas concessionadas.

Concedendo em que será sempre forte a probabilidade de os candidatos vencedores nos concursos pretenderem o monopólio nas áreas a que se referem as concessões – tanto a não inclusão nos contratos de concessão da possibilidade aqui em discussão como a própria aprovação posterior das normas transitórias para utilização dos cais livres irão de encontro aos interesses das concessionárias –, não posso no entanto deixar de fazer notar a V.ª Ex.ª que a entidade promotora dos concursos poderia, em nome da manutenção de uma maior liberdade da concorrência no âmbito da actividade em causa, pelo menos ter tentado, de forma mais veemente que obtivesse o mínimo registo escrito, negociar a possibilidade de consagração dessa solução com as empresas vencedoras.

4. Finalmente, permita-me V.ª Ex.ª que lhe diga que considero curto o prazo, praticamente de 6 meses, que decorreu entre a divulgação das normas transitórias em apreço – aprovadas em Junho de 2000 mas apenas publicitadas dois meses depois –, para que as empresas que não quisessem, não pudessem ou mesmo que viessem a não ganhar a concessão, se reorganizassem

com base no pressuposto de que a sua actividade, no porto de Lisboa, teria uma morte anunciada.

Mais uma vez lembro a V.ª Ex.ª que se esses operadores poderiam, e deveriam mesmo, ter presente o objectivo implícito no Decreto-Lei n.º 298/93, no sentido de uma progressiva concessão das áreas portuárias para o exercício da actividade de movimentação de cargas, já não será legítimo esperar que retirassem do mesmo regime – porque tal conclusão não resulta do mesmo – a impossibilidade de exercício da actividade para a qual estavam, nos termos da lei, habilitadas, mesmo num contexto de total concessão das áreas portuárias.

Recordo que a própria reunião com a Associação dos Operadores do Porto de Lisboa (AOPL) para explicitação do teor das normas transitórias, ocorreu em cima da data da entrada em vigor das mesmas.

Por outro lado, em resposta a pedido de esclarecimentos feitos por um dos concorrentes no âmbito do Concurso para o Terminal Multiusos do Poço do Bispo quanto ao destino futuro das áreas portuárias não concessionadas e, designadamente se seriam ou não aí impostas limitações à operação de movimentação de cargas, veio a APL responder que *"a eventual utilização de outros espaços da área de jurisdição do porto de Lisboa para actividades portuárias, designadamente as aqui questionadas, não se encontra prejudicada pelo âmbito da concessão ora em concurso"*, acrescentando que *"será no entanto preocupação da APL, dando cumprimento ao disposto no Decreto-Lei 298/93, de 28 de Agosto, promover o uso e a concessão das áreas portuárias em obediência a critérios de interesse público, de equilíbrio e de racionalidade de exploração, salvaguardando assim os princípios de modernização e competitividade das actividades portuárias no porto de Lisboa"* (ponto 33 da resposta da APL dada à concorrente ETE, S.A., em Março de 1999).

Resta saber se a solução encontrada é a que melhor prossegue tais fins. E, aqui, como noutros sectores da vida em sociedade, se é lícito ao Estado associar privados ao exercício das

suas funções, será adequado equacionar uma preferência presumível pela liberdade de concorrência em qualquer mercado.

Assim, também numa outra resposta, dada à empresa Setefrete, S.A., em 24 de Março de 1999, refere-se que "a concessão do Terminal de Multiusos do Poço do Bispo não afasta nem prejudica a movimentação de cargas em outras áreas portuárias designadamente da natureza das operáveis no Poço do Bispo" (ponto 4.º).

5. Todos os aspectos acima descritos poderão ter criado, nas empresas não concessionárias, a ideia de que o objectivo conhecido de uma progressiva concessão da actividade em causa não prejudicaria a sua própria actividade enquanto entidades não concessionárias mas licenciadas para o exercício da mesma.

Por outro lado, não terá sido o desejável o prazo dado a essas empresas para se consciencializarem – e especialmente para se organizarem nesse sentido – de que afinal não seria assim.

6. Não se pretendendo que os comentários acima aduzidos tenham nesta data quaisquer efeitos concretos – já que as situações visadas se encontram consolidadas –, não quis no entanto deixar de os produzir, até tendo em atenção eventuais situações futuras que carecerão de ser repensadas à sua luz.

Estou particularmente a pensar na possibilidade aberta por eventual modificação contratual que, por acordo ou unilateralmente, venha a registar-se para reponderação deste particular.

7. Permiti-me dar, desde já, conhecimento do presente a Sua Excelência o Ministro das Obras Públicas, Transportes e Comunicações.

R-5221/01
Assessor: Maria Eduarda Ferraz

Entidade visada: Ministro da Administração Interna
Assunto: Código da Estrada. Art.º 116.º, n.º 3.

O art.º 116.º, n.º 3, do Código da Estrada, na redacção que lhe foi dada pelo art.º 4.º do Decreto-Lei n.º 265-A/2001, de 28 de Dezembro, estabelece que *"ressalvadas as situações de utilização abusiva, a realização das inspecções depende do prévio cumprimento das sanções pecuniárias aplicadas por infracções praticadas com a utilização do veículo"*.

É clara a intenção do legislador ao estabelecer tal orientação, aliás assumida no próprio preâmbulo do Decreto-Lei n.º 265-A/2001, quando aí se diz que *"para garantir a efectividade das sanções, fez-se depender a realização das inspecções de veículos (...) do prévio cumprimento das sanções aplicadas"*.

A directriz contida na norma em análise terá necessariamente de conjugar-se com as regras sobre a responsabilidade pela prática das infracções e pelo cumprimento das sanções a elas respeitantes, tendo em vista dar um conteúdo preciso à expressão "situações de utilização abusiva", excepcionadas da sua prescrição.

Assim, pode ler-se no n.º 1 do art.º 134.º do Código da Estrada que "a responsabilidade pelas infracções previstas neste Código e legislação complementar relativas ao exercício da condução recai no agente constitutivo da infracção". O mesmo dispositivo legal elenca depois, nos respectivos n.ºs 2 a 6, um conjunto de excepções ao princípio geral primeiramente anunciado. Designadamente determina o n.º 3 que o proprietário, adquirente com reserva de propriedade, usufrutuário, locatário em regime de locação financeira, locatário por prazo superior a um ano ou quem, em virtude de facto sujeito a registo, tiver a

posse do veículo, à partida responsáveis pelas infracções relativas às disposições que condicionem a admissão do veículo ao trânsito nas vias públicas (n.º 2 do mesmo artigo), deixam de o ser se provarem que o condutor do veículo o utilizou abusivamente, ou infringiu as ordens, as instruções ou os termos da autorização concedida.

Por seu turno, o art.º 152.º, n.º 1, da mesma legislação, aduz que *"quando o agente de autoridade não puder identificar o autor da contra-ordenação, a responsabilidade recai sobre quem for proprietário, adquirente com reserva de propriedade, usufrutuário, locatário em regime de locação financeira, locatário por prazo superior a um ano ou sobre quem, em virtude de facto sujeito a registo, for possuidor do veículo, sendo instaurado contra ele o correspondente processo"*, sendo arquivado o processo quando designadamente se verifique ter havido utilização abusiva do veículo (cf. n.º 3). O n.º 5 do mesmo normativo adianta que *"as pessoas referidas no n.º 1 respondem subsidiariamente pelo pagamento das coimas e das custas que forem devidas pelo autor da contra-ordenação, sem prejuízo do direito de regresso contra este"*, com excepção das situações em que tenha havido utilização abusiva do veículo.

Também o art.º 116.º, n.º 3, aqui em discussão, ressalva, conforme já dito, as situações de utilização abusiva do veículo. Isto é, o normativo em análise acaba por retirar da sua previsão, isto é, da impossibilidade de serem realizadas inspecções a um determinado veículo sem que se mostrem previamente cumpridas as eventuais sanções pecuniárias aplicadas por infracções praticadas com a sua utilização, as situações originadas a partir de uma utilização abusiva do veículo, que estão igualmente, nos termos mencionados, fora da responsabilidade do proprietário ou do titular de outro direito, sobre o automóvel, relevante para os efeitos aqui em apreço.

De qualquer forma, e se nos restringirmos à letra da lei, concluímos que podem ser várias as circunstâncias em que designadamente o proprietário do veículo estará impossibilitado

de sujeitar o mesmo a uma inspecção, por razões que lhe são alheias e que não dependem da sua vontade. São essas situações as que se encontram excluídas dos casos em que a lei considera ter havido utilização abusiva do veículo e em que não se revela cumprida, pelo agente da infracção e responsável pelo pagamento da respectiva cominação, que não é o proprietário do veículo, a sanção em causa.

É óbvio que a solução mais adequada seria a de interpretar a norma contida no art.º 116.º, n.º 3, do Código da Estrada, como excluindo da sua previsão todas as situações em que designadamente o proprietário do veículo não é responsável, directa ou subsidiariamente, pelo cumprimento da sanção pecuniária aplicada na sequência da prática da infracção que lhe deu origem.

De qualquer forma, não é líquido que a interpretação que em cada momento é feita do preceito em análise o seja no sentido apontado, o que gerará uma situação de manifesta injustiça para designadamente o proprietário do veículo, que se vê impedido, por razões que lhe são alheias, de promover a inspecção ao mesmo, obrigatória nos termos legais.

Pelo que revelar-se-ia útil proceder-se a uma clarificação da norma contida no art.º 116.º, n.º 3, do Código da Estrada, consignando-se expressamente que ficam ressalvadas da sua previsão as situações em que o cumprimento das sanções pecuniárias relativas a infracções cometidas com o veículo não seja da responsabilidade, directa ou subsidiária, do proprietário do veículo, ou detentor de outro direito sobre o mesmo relevante para os efeitos em discussão, e que tenha a seu cargo a tarefa de promover a inspecção do veículo, nos termos preceituados na lei.

É o que deixo à consideração de Vossa Excelência, solicitando que me seja transmitida a posição que o Governo venha a tomar sobre o teor do presente.

R-6291/01
Assessor: Ana Corrêa Mendes

Entidade visada: Director da Escola Superior de Tecnologia e Gestão de Mirandela
Assunto: Alteração do plano de estudos.

Agradeço a V.ª Ex.ª a colaboração prestada no âmbito do presente processo. Sem prejuízo de ter agora decidido o seu arquivamento, dadas as especificidades da situação concreta da interessada, não posso deixar de notar que, conforme resulta da documentação recebida, adoptou essa escola superior uma conduta no mínimo confusa aquando da aplicação do novo Plano de Estudos do Curso de Contabilidade e Administração, no ano lectivo 2000/2001, potenciando em abstracto a ocorrência de danos para os alunos.

Na verdade, estes apenas terão sido informados em Outubro de 2000, ou seja no início do ano lectivo, da sua forma de integração num novo plano de estudos que, aliás, só obteve consagração normativa meses mais tarde. Mais ainda, foi afixado aviso, datado do mesmo mês de Outubro de 2000, que fazia presumir a voluntariedade das cadeiras de Projecto, situação que rapidamente foi alterada, no sentido da vinculatividade da mesma.

Compreendo que, mais a mais em alunos tradicionalmente com menor tempo de permanência na escola, como são os trabalhadores-estudantes, que existisse espaço para a geração de equívocos e mal-entendidos.

Ainda tendo presente o caso concreto, e no seguimento do último contacto telefónico com V.ª Ex.ª, não me parece também correcto que uma transição de planos de estudos do mesmo curso possa provocar a retenção do aluno, por mais um ano ou semestre. Na verdade, segundo se depreendeu das informações prestadas verbalmente, foi imposta aos alunos do último ano curricular a frequência dos três módulos de Projecto, cada um pensado para

um semestre lectivo. A ser assim, tal implica, naturalmente, a prorrogação da duração do curso em mais um semestre do que o previsto pelo anterior plano curricular. No caso concreto, esta causa de maior mora é meramente virtual, tendo em conta a não realização de nenhuma destas cadeiras pela interessada.

Face ao exposto, chamo a atenção de V.ª Ex.ª para que, em futuras alterações de planos curriculares:

a) seja dada primordial importância ao cumprimento do dever de informação aos alunos interessados, executando-o não só de forma completa como atempada e, principalmente, clara, sem tergiversações como a ocorrida no presente caso;

b) seja evitada a aplicação retroactiva de planos de curso, adiando-se, se imposto pelas circunstâncias, a sua entrada em vigor para o ano lectivo seguinte;

c) seja sempre estabelecido um regime transitório adequado à salvaguarda das expectativas dos alunos, designadamente em matéria de duração residual do curso.

Certo da boa atenção de V.ª Ex.ª em relação a estes aspectos, cuja observância apenas poderá melhorar o relacionamento com os seus discentes.

R-0440/02
Assessor: João Batista

Entidade visada: Conservadora dos Registos Centrais
Assunto: Aquisição da nacionalidade portuguesa. Artigo 2.º da Lei n.º 37/81, de 3 de Outubro.

Pretendendo a Senhora ..., cidadã angolana, adquirir a nacionalidade portuguesa ao abrigo do artigo 2.º da Lei n.º 37/81, de 3 de Outubro, na redacção a esta dada pela Lei n.º 25/94, de 19 de Agosto, viu a mesma ser indeferido o pedido oportunamente apresentado junto da Conservatória dos Registos Centrais, com base no facto de a declaração exigida para o efeito ter sido

prestada já na maioridade da exponente (cfr. despacho exarado no proc. 9188/03).

O preceito legal em apreço determina que "os filhos menores ou incapazes de pai ou mãe que adquira a nacionalidade portuguesa podem também adquiri-la, mediante declaração".

É, assim, o primeiro dos factores determinantes para recurso à forma de aquisição de nacionalidade presentemente em análise, o facto de um dos progenitores do interessado ter adquirido a nacionalidade portuguesa durante a menoridade do mesmo.

Ora, decorre da situação trazida ao conhecimento da Provedoria de Justiça que a mãe da requerente veio a adquirir a nacionalidade portuguesa, ao abrigo do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 308-A/75, de 24 de Junho, por Despacho datado de 27 de Maio de 1983, publicado no Diário da República - II Série, n.º 140, de 21 de Junho de 1983.

Por sua vez, reconhece a própria Conservatória dos Registos Centrais que "à data em que a sua mãe adquiriu a nacionalidade portuguesa a requerente era ainda menor".

Todavia, buscando arrimo na letra do artigo 2.º da Lei n.º 37/81, e do artigo 10.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 322/82, de 12 de Agosto, na redacção a este dada pelo Decreto-Lei n.º 37/97, de 31 de Janeiro, vem concluir essa conservatória que a aquisição da nacionalidade portuguesa pelos filhos do adquirente da nacionalidade portuguesa apenas opera, não só se existir menoridade ou incapacidade nesse momento, mas também no momento em que seja produzida a declaração exigida pelas normas citadas.

É consensual na análise da presente questão a necessidade de a aquisição da nacionalidade portuguesa por parte do progenitor ter ocorrido na menoridade ou incapacidade do interessado, no primeiro caso ocorrendo valoração convergente com a que também justifica o art.º 14.º da Lei da Nacionalidade.

Parece, assim, centrar-se a problemática em apreço em torno da definição da existência de um prazo legalmente fixado,

durante o qual podem os descendentes, menores ou incapazes, de indivíduos que tenham adquirido a nacionalidade portuguesa, vir a declarar a sua vontade, no sentido de idêntica aquisição, sob pena de caducidade do seu direito logo que atingida a maioridade ou, imagina-se, cessada a incapacidade.

A este respeito, noto que o despacho dessa conservatória a que me reporto nenhum argumento aduz, limitando-se a fazer referência a uma posição doutrinária sobre questão que inteiramente aqui se não verificava, qual seja a da determinação de quem pode prestar a declaração em causa quando o interessado seja menor ou incapaz. Ora, para averiguar se a interessada no presente processo, claramente maior à data da declaração que pretendia fazer, estava ou não em tempo de a proferir validamente, não é minimamente interessante discutir quem o podia ter por ela feito em momento em que persistisse a sua menoridade.

Revela-se, assim, falho de fundamentação o acto administrativo em apreço, não sendo congruente a argumentação avançada com a conclusão tirada pela Administração.

Seria, assim, desde logo acertado que tal omissão fosse suprida, através do real exame da questão jurídica suscitada, o que desde já se traça nas linhas que se seguem.

Na verdade, desde logo recorrendo ao critério de interpretação consagrado no art.º 9.º, n.º 2, do Código Civil, afigura-se que não encontrará essa conservatória, nem no texto da Lei da Nacionalidade, nem no do seu Regulamento, o "mínimo de correspondência verbal" que permita "ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo" que se pretende fazer valer, qual seja o da sujeição das declarações respeitantes à aquisição da nacionalidade (e, já agora, também da atribuição) a prazo de caducidade, designadamente impondo a sua prática durante a menoridade ou incapacidade do adquirente.

No que toca a tal declaração, reconhece a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, "que um primeiro traço, que importa sublinhar, a respeito do novo regime (...) é a função de

grande relevo que é reconhecida (...) à vontade dos indivíduos em todas as vicissitudes que a relação de nacionalidade pode apresentar" surgindo o mesmo "como um verdadeiro sujeito dessa relação" (Acórdão de 2 de Março de 1999 – Processo n.º 61/99 – 1.º Secção Cível).

De facto, encontra esta posição eco na doutrina, escrevendo-se que, por razões de "coerência sistemática (...) as manifestações de vontade a que a nossa lei dá relevo em sede de nacionalidade, são as manifestações de vontade do interessado, a quem se reconhece (...) um poder modelador na configuração do vínculo de nacionalidade", tratando-se "pois, e sempre, de declarações do próprio interessado" (cfr. Ramos, Rui Moura, *Do Direito Português da Nacionalidade,* Biblioteca Jurídica Coimbra Editora, pg. 149).

A prová-lo vem, de resto, a própria estrutura da Lei n.º 37/81, de 3 de Outubro, ao inserir-se o preceito *sub judice* na secção I do capítulo II, respeitante à aquisição da nacionalidade por efeito da vontade.

Na verdade, a "Lei n.º 37/81, de 3 de Outubro prevê que a aquisição da nacionalidade portuguesa possa ocorrer (...) por efeito da vontade do interessado, verificando-se certos pressupostos para tanto considerados relevantes" – situações previstas nos artigos 2.º a 4.º (cfr. Ramos, Rui Moura, *op. cit.*, pg. 145).

Desde logo, caberia assim estranhar que, em matéria tão delicada e com carácter tão pessoal como é a da nacionalidade, que liga um indivíduo a uma comunidade politicamente organizada em Estado, que a lei portuguesa desse mais relevância à vontade de um representante legal do que à do próprio. Repare V.ª Ex.ª que assim seria, a fazer vencimento a tese aplicada no caso em apreço. Seria a vontade do representante legal da interessada, durante a sua menoridade, que a faria adquirir a nacionalidade portuguesa por efeito de vontade normativamente imputável a essa menor; pelo contrário, e repito que na ausência de norma que explicita ou implicitamente contenha tal orientação, defendeu

essa conservatória a plena irrelevância da declaração de vontade manifestada pela própria interessada, em momento em que tem esta já plena capacidade jurídica e entendimento para avaliar se pretende ou não constituir o vínculo jurídico-político em causa.

Não se contestando que a opção só seja dada a quem era menor ou incapaz no momento em que o progenitor adquire a nacionalidade portuguesa, parece bizarro que a opção que a lei faculta à vontade do interessado só seja possível de ser tomada, nunca por este mas sempre por um seu representante.

Aqui, como em vários lugares paralelos, onde a vontade do interessado assume um papel determinante na aquisição ou na atribuição da nacionalidade, não estabelece a lei, como se disse, nenhum prazo de caducidade para a sua manifestação.

Assim é, no caso da atribuição, nas circunstâncias previstas no artigo 1.º, n.º 1, alínea b) da Lei n.º 37/81, de 3 de Outubro, e no artigo 6.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 322/82, de 12 de Agosto, na redacção a este dada pelo Decreto-Lei n.º 253/94, de 20 de Outubro, e pelo Decreto-Lei n.º 37/97, de 31 de Janeiro, em que os filhos de pai ou mãe portuguesa, nascidos no estrangeiro, podem vir a adquirir a nacionalidade portuguesa, mediante declaração de vontade nesse sentido, independentemente de a mesma vir a ser prestada na menoridade ou na maioridade dos mesmos.

Também a norma, de algum modo transitória, do art.º 29.º da lei nada exprime quanto à limitação temporal da possibilidade desse modo de aquisição da nacionalidade por efeito da vontade.

Para obviar a qualquer distinção, que aliás aqui não colhe, entre o regime aplicável á aquisição e à atribuição de nacionalidade, sempre se dirá que também a declaração de aquisição pelo cônjuge de cidadão português não carece de ser proferida em determinado prazo, muito embora se exija o cumprimento dos requisitos substantivos de base para a validade dessa declaração – o facto de se exigir um mínimo de antiguidade do casamento, tal como no caso vertente estabelece a lei uma condição especial, qual seja a da menoridade ou incapacidade no

momento da aquisição da nacionalidade pelo progenitor, repito, e não no momento da aquisição pelo descendente. O facto de a lei exigir que a declaração do cônjuge seja proferida na constância do casamento é perfeitamente perceptível quanto à sua razão de ser, já que é em atenção a essa relação conjugal que se possibilita a aquisição do novo vínculo jurídico-político. Da mesma forma, no caso que aqui nos ocupa, o facto relevante é o do estabelecimento da filiação e não o da menoridade, este apenas configurando o universo dos potenciais adquirentes da nacionalidade por decorrência da aquisição da nacionalidade portuguesa pelo progenitor.

Não faria sentido, na verdade, que num caso se estabelecesse um prazo, que nada na lei exige, e no outro se permitisse uma declaração a todo o tempo, em raciocínio que parece sofrer de algum desfasamento valorativo.

A posição que aqui se critica depara também com alguns vícios de ordem lógica. Assim, estabelece o artigo 4.º da Lei da Nacionalidade que "aqueles que perderam a nacionalidade portuguesa por efeito de declaração prestada durante a sua incapacidade podem adquiri-la, quando capazes, mediante declaração".

Pergunto a V.ª Ex.ª se não seria hermeneuticamente mais correcto não atribuir maior valor a uma omissão de quem representava o menor ou incapaz durante essa situação, do que a uma declaração expressa.

É que, conforme V.ª Ex.ª não deverá dissentir, se a perda (ou não aquisição) de nacionalidade portuguesa fosse devida a uma declaração expressa do representante legal, estou certo que essa conservatória admitiria que viesse o interessado, já capaz, contrariar os efeitos dessa declaração, adquirindo a nacionalidade portuguesa, mediante declaração.

Ora, seguindo-se a perspectiva vertida por essa conservatória no acto administrativo a que me reporto, seria coerente dizer-se que tinha sido a omissão do representante legal, durante a menoridade, não produzindo a declaração prevista no

art.º 2.º da Lei da Nacionalidade, que teria conduzido à não aquisição da nacionalidade portuguesa. Não vejo a mínima razão para que, mesmo observando-se tal orientação, não se conceda a quem esteja nestas condições a possibilidade outorgada pelo art.º 4.º da mesma lei, já que esta norma, mais do que suprir uma omissão, permite uma verdadeira revogação de declaração prestada por quem, nos termos gerais, representa o interessado, desde logo se imputando ao representado a vontade contida nessa declaração.

Como disse, se a revogação de vontade licitamente imputada à esfera jurídica do interessado é possível, com maior razão será possível superar a inércia do representante legal, que, em si mesma, nada mais exprime do que a ausência de qualquer vontade, positiva ou negativa, em relação à aquisição da nacionalidade.

Refiro, ainda, que o art.º 48.º do Regulamento da Nacionalidade, inserido em sede de disposições comuns às "declarações para fins de atribuição, aquisição e perda da nacionalidade", prevê a sua prática pelos próprios ou bastante procurador, sendo os interessados maiores, ou por representante, no caso dos incapazes, nada distinguindo no que toca ao tipo de declaração ou de vicissitude em causa, em moldes que permitissem amparar minimamente o entendimento contrário ao que sufrago.

Nesta matéria, afinal, a opção conferida pelo art.º 2.º da Lei da Nacionalidade "é referida aos filhos" e tem como escopo evitar o "reconhecimento da nacionalidade portuguesa em situações em que esta carecesse de todo de efectividade", bem como acautelar, no entendimento que se faz da problemática em apreço, a possibilidade de os interessados poderem vir a manifestar, por si só, a sua vontade nesta matéria, num mecanismo de garantia que se reconhece ser da maior importância, uma vez que permite distinguir a posição dos progenitores e a dos seus descendentes (neste sentido, Ramos, Rui Moura, *op. cit.*, pg. 148 e 149).

Noto que, em última instância, também se poderia defender que o entendimento aqui atacado criaria uma insustentável discriminação entre filhos menores e incapazes, estes, caso persistisse a sua incapacidade, podendo adquirir a nacionalidade a todo o tempo (mesmo largos anos após a morte do progenitor português), aqueles, no hipotético mas admissível limite, beneficiando de um só dia, caso atingissem a maioridade no dia imediatamente seguinte ao da aquisição da nacionalidade pelo progenitor, para beneficiar de uma eventual decisão nesse sentido do seu representante legal.

Nada do que fica escrito, aliás neste modo de aquisição da nacionalidade como nos demais, obsta ao impedimento da constituição de relações espúrias, isto através da utilização do mecanismo da oposição, previsto no art.º 9.º da lei, e cuja razoabilidade de aplicação, tendencialmente, sofrerá um aumento quanto mais tardia for a declaração, isto se, entretanto, nenhuma ligação à comunidade nacional for acarinhada ou se o interessado, beneficiando da sua nacionalidade de origem, exerça algum dos cargos aí explicitados.

Nestes termos, atendendo a tudo o que fica exposto, agradeço a V.ª Ex.ª que queira reexaminar a presente questão a esta luz, comunicando-me o entendimento que houver por bem assumir.

R-1062/02
Assessor: João Batista

Entidade visada: Presidente do Conselho Directivo Regional do Sul da Ordem dos Arquitectos

Assunto: Emissão de declaração comprovativa da inscrição na Ordem dos Arquitectos.

No seguimento do ofício remetido à Provedoria de Justiça, que agradeço, cumpre a propósito do mesmo tecer as seguintes considerações.

De facto, estabelece o Decreto-Lei n.º 176/98, de 3 de Julho, no seu artigo 3.º, alíneas b) e p) respectivamente, que compete à Ordem dos Arquitectos certificar a inscrição dos arquitectos, assim como registar a autoria dos trabalhos profissionais dos mesmos.

Resulta no entanto da redacção dada ao preceito legal em causa, bem como da lógica inerente ao papel que à Ordem dos Arquitectos é reconhecido, enquanto pessoa colectiva de direito público, estarmos perante duas matérias relativamente às quais são cometidas a essa ordem profissional competências em planos necessariamente distintos.

Na verdade, não se pode confundir a admissão e certificação da inscrição dos arquitectos, cuja execução passa inevitavelmente pela adopção de determinado tipo de procedimentos, nomeadamente a emissão de certidões, com o registo da autoria dos trabalhos profissionais dos seus associados, sob pena da instrumentalização de um destes poderes, com a inerente anulação do seu efeito útil.

Aliás, se essa tivesse sido a vontade do legislador, poder-nos-íamos questionar sobre qual a razão que obstou à eliminação de uma destas competências, no sentido de, juntando-as, as associar à prática de um mesmo acto, o que na realidade não acontece.

Não acontece nem será plausível que venha a acontecer, na medida em que a ser assim estar-se-ia a associar automaticamente a emissão de certidão que certifique a qualidade de arquitecto do respectivo requerente, com a prática de um qualquer acto próprio da profissão, como se a competência reconhecida à Ordem dos Arquitectos ao abrigo da alínea b) do artigo 3.º do seu estatuto, fosse mero pressuposto ou condição acessória para o registo do elenco de actos próprios da profissão que venham a ser praticados.

De facto, do ponto de vista lógico, a emissão de certidões comprovativas da inscrição na Ordem dos Arquitectos, não tem obrigatoriamente de ter como fim a instrução de um qualquer acto próprio da profissão, devendo a mesma antes ser encarada como um fim em si mesmo considerado, não sendo legal e logicamente possível que esta esteja condicionada ao exercício efectivo da profissão.

Mais resulta da própria lei não haver qualquer dever a observar pelos associados dessa ordem profissional no sentido de estarem os mesmos obrigados a conhecer, no preciso momento em que requerem a certificação, o destino a dar à certidão a emitir ou, conhecendo-o, corresponder o mesmo à prática de um acto próprio da profissão (v. g. apresentação de uma candidatura a um concurso de pessoal).

Terá sido aliás a pensar neste tipo de situações que a redacção do artigo 3.º, alínea b) do diploma *sub judice* refere a necessidade de certificação em abstracto considerada, na medida em que a mesma pressupõe a mera notícia de que o associado que a requer é considerado apto pela Ordem dos Arquitectos para o exercício da profissão, tendo sido aceite como membro da mesma, e não para a prática em concreto de determinado acto, no seguimento aliás das provas dadas aquando da sua inscrição, conforme o disposto no n.º 2 do artigo 42.º do Decreto-Lei n.º 176/98, de 3 de Julho.

Neste sentido, veio o Decreto-Lei n.º 135/99, de 22 de Abril, no seu artigo 28.º, n.º 2 estabelecer que para a obtenção de certidões e certificações, *"é irrelevante a indicação dos fins a que se destinam"*.

De facto, no caso concreto, o que se pretende é certificar uma qualidade, um estatuto/título profissional que não se reduz ou se circunscreve à mera prática de actos da profissão, actos esses que, muito embora susceptíveis de serem conhecidos pela Ordem dos Arquitectos não o deverão ser através do presente expediente, pelo menos nos moldes em que este se desenrola.

A ser assim, estar-se-ia a pôr em causa o próprio papel reconhecido à Ordem dos Arquitectos enquanto associação pública de natureza profissional, com todos os poderes e deveres que legal e constitucionalmente lhe são confiados, em nome do interesse público.

De facto, reconhecendo a Constituição Portuguesa que as ordens profissionais, enquanto entes públicos, dotados de poderes públicos, prosseguem interesses parcelares da comunidade onde se inserem, determina também que as mesmas estejam sujeitas a um regime particularmente exigente, designadamente em matéria de respeito dos direitos dos seus membros, relativamente aos quais a aceitação como membros de quem preencha as condições legalmente previstas, bem como a certificação de tal facto, com emissão de certidão comprovativa da sua inscrição como arquitecto, se afigura como o mais elementar.

Noto ainda que a prática adoptada ao longo dos anos pela Ordem dos Arquitectos tem sido em sentido contrário ao agora vigente, a confirmar a existência, em abstracto, de formas alternativas de dar exequibilidade à atribuição vertida na letra da alínea p) do artigo 3.º do Estatuto da Ordem dos Arquitectos.

Nestes termos, agradeço a V.ª Ex.ª que queira fazer rever a posição desse conselho directivo, à luz das considerações tecidas a respeito deste mesmo assunto, comunicado-me as conclusões alcançadas.

O assunto foi presente ao Conselho Directivo Nacional da Ordem dos Arquitectos, que tomou posição concordante com a substância deste entendimento.

R-1577/02
Assessor: Maria Eduarda Ferraz

Entidade visada: Primeiro-Ministro

Assunto: Apoio no desemprego a funcionários e agentes administrativos. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 474/2002.

Como é decerto do conhecimento de Vossa Excelência, Senhor Primeiro-Ministro, o Tribunal Constitucional, na sequência de um pedido formulado pelo Provedor de Justiça em 1994, e através do Acórdão n.º 474/2002, publicado no Diário da República, I Série-A, de 18 de Dezembro de 2002, deu por verificado o não cumprimento da Constituição da República Portuguesa, por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequível o direito previsto na alínea e) do n.º 1 do respectivo art.º 59.º – que consubstancia o direito à assistência material dos trabalhadores, quando involuntariamente se encontrem em situação de desemprego –, relativamente aos trabalhadores da Administração Pública.

O problema em discussão – que se reconduz à ausência de uma norma geral que salvaguarde todos os casos de desemprego involuntário no âmbito da Administração Pública – está naturalmente enquadrado e analisado no aresto do Tribunal Constitucional acima identificado, pelo que me dispenso aqui de enunciar os contornos jurídicos que o enformam.

O objectivo desta minha iniciativa, Senhor Primeiro-Ministro, é o de instar o Governo, caso este não tenha ainda iniciado tal tarefa, ao estudo e preparação das medidas aptas a darem resposta célere à necessidade de colmatação do incumprimento em que se encontram neste momento os órgãos legislativos, no sentido da emissão de normas que permitam a exequibilidade plena da regra consignada no art.º 59.º, n.º 1, alínea e), da Constituição, isto é, na perspectiva aqui em análise, que possibilitem a extensão, a todos os trabalhadores da Administração Pública que venham involuntariamente a encontrar-se em situação de desemprego, da protecção social a que se reporta o mencionado dispositivo da Lei Fundamental.

Tendo presente as especificidades desta questão, a competência de iniciativa do Governo, ainda que para a feitura de lei parlamentar, é incontornável, para o correcto tratamento normativo daquela.

Numa perspectiva histórica, recordo Vossa Excelência que o legislador sempre deu resposta a situações de omissões legislativas verificadas pelo Tribunal Constitucional (cfr. Ac. do Tribunal Constitucional 182/89 e, no caso do regime vigente antes da revisão constitucional de 1982, os dois casos em que o Conselho da Revolução deu seguimento ao Parecer da Comissão Constitucional), ainda que, geralmente, antes mesmo dessa decisão jurisdicional (cfr. Ac. 638/95). Por outro lado, tenho também presente que a medida legislativa a adoptar, logo que possível, não deixará de observar o disposto no art.º 124.º da Lei n.º 32/2002, de 20 de Dezembro.

Na expectativa de que a minha proposta venha a merecer da parte de Vossa Excelência, Senhor Primeiro-Ministro, a atenção desejável, muito agradeço que me seja oportunamente facultada informação sobre a sequência que o presente assunto mereceu, por parte do Governo.

R-1945/02
Assessor: João Batista

Entidade visada: Secretário de Estado da Administração Interna
Assunto: Regularização extraordinária. Lei n.º 17/96, de 24 de Maio.

Como é do conhecimento de Vossa Excelência, foi apresentada junto deste Órgão de Estado, uma exposição relativa à situação de uma família de cidadãos angolanos, que, pretendendo beneficiar do mecanismo de regularização extraordinária, ao abrigo da Lei n.º 17/96, de 24 de Maio, viram

indeferida a sua pretensão, em virtude de, aquando da sua formulação, permanecerem em território nacional na posse de visto legal válido, não se enquadrando assim, de acordo com a posição desse Ministério, no disposto no artigo 1.º do normativo em causa.

Da decisão de indeferimento dos pedidos em causa, interpuseram os interessados recurso, ao abrigo do disposto no artigo 13.º, n.º 3 do diploma legal em apreço, tendo sido recentemente decidido, por Despacho de Vossa Excelência, exarado sobre o Parecer REC 46-L/03, da Auditoria Jurídica desse Ministério.

De acordo com o referido parecer, a pretensão dos recorrentes "não pode ser satisfeita ao abrigo da Lei n.º 17/96, de 24 de Maio, uma vez que não é abrangida pelo seu âmbito de aplicação".

Na verdade, estabelece o artigo 1.º, n.º 1, do diploma legal em análise que "a presente lei estabelece um processo de regularização extraordinária da situação de cidadãos originários de países de língua oficial portuguesa que se encontrem a residir em território nacional sem a necessária autorização legal". Assentando na letra do preceito, seria assim de considerar que os cidadãos estrangeiros que aqui permanecessem legalmente à data da sua entrada em vigor, independentemente das especificidades do respectivo título, não poderiam vir a beneficiar do regime por esta criado.

Alega ainda o citado parecer que o recorrente vivia com autorização legal em território nacional, uma vez que era titular de um visto válido por um ano, não sendo por isso um imigrante clandestino, à imagem e semelhança do que aconteceria com a sua companheira, então titular de um visto de estudo.

Se se atentar todavia na materialidade subjacente, verifica-se que, no caso concreto como em porventura muitos outros, com a caducidade dos vistos então em vigor, encontram-se actualmente os mesmos em situação irregular, apenas amenizada até agora nos

seus efeitos, pelo carácter suspensivo atribuído ao recurso de cujo resultado foram agora notificados.

Não se contestando o carácter excepcional da Lei n.º 17/96, de 24 de Maio, permito-me chamar a atenção de V.ª Ex.ª para que a situação dos interessados, que louvavelmente apenas permaneciam em Portugal, em 1996, cumprindo a legalidade vigente, é agora muito menos tutelada do que a dos outros estrangeiros que nessa data permaneciam em Portugal sem título legal bastante.

Na verdade, sendo certo que os recorrentes não se encontravam, à data de entrada em vigor daquele diploma legal, em situação irregular, em sentido técnico, assim fugindo à letra da norma excepcional que definiu o âmbito da regularização extraordinária em apreço, parece indiscutível que a sua situação não estaria, à luz do regime legal então vigente, sobre permanência de estrangeiros no território nacional, tão eficazmente protegida como a que resultou para os chamados imigrantes irregulares por via da citada Lei n.º 17/96.

Não sendo, realmente, os exponentes considerados imigrantes clandestinos nessa data, parece que uma interpretação da lei que atente mais nos valores em presença e, principalmente, nas consequências da aplicação dessa mesma lei em termos de coerência com o quadro de valores conformes ao ordenamento jurídico na sua globalidade, não pode deixar de conceder a casos como o presente, no mínimo, idêntica protecção que a citada Lei n.º 17/96 conferiu a quem se encontrava em Portugal sem qualquer título bastante.

A seguir-se o entendimento sufragado por Vossa Excelência, poder-se-á divisar no universo de cidadãos estrangeiros presentes em Portugal à data de entrada em vigor da Lei n.º 17/96, três grandes grupos, dois deles constituídos, num caso, pelos cidadãos titulares de autorização de residência, provisória ou definitiva, e, no outro caso, pelos cidadãos sem qualquer título habilitante. Para estes, o regime traçado pela regularização extraordinária confere, em traços gerais, uma

equiparação aos primeiros, outorgando uma autorização provisória, por um ano, passível de conversão automática, *ope legis*, pela não produção de certos factos durante um período de 3 anos (cfr. art.º 15.º).

Há, assim, como que um amalgamento, no prazo de três anos, entre os componentes destes dois grupos, naturalmente que verificando-se os condicionalismos postulados na Lei n.º 17/96.

O entendimento seguido por Vossa Excelência, que parece dar primazia ao elemento literal, cria um *tertium genus*, consistindo nos cidadãos estrangeiros que, beneficiando de títulos de natureza precária de vária ordem, não se podiam considerar, em sentido estrito, como estando em situação irregular, não beneficiando contudo da protecção do 1.º grupo e, seguindo-se esta posição, nunca podendo esperar a concessão de tal estatuto tal como foi outorgado aos que se encontravam nessa situação irregular.

Dir-se-ia, assim, que a ordem jurídica protege mais quem com ela não se compaginava, do que aqueles que se mantiveram sempre na esfera da legalidade.

De facto, com a solução preconizada nos termos que antecedem, os imigrantes abrangidos pelo mecanismo de regularização criado à luz da Lei n.º 17/96, de 24 de Maio, vieram a obter um resultado final consideravelmente mais satisfatório do que aqueles cidadãos estrangeiros que, afastados da aplicação de semelhante expediente por serem titulares, à data da sua entrada em vigor, de visto legal válido, uma vez findo o seu prazo de validade viram-se manifestamente em pior situação do que aqueles, num mecanismo interpretativo que premeia, em concreto, os estrangeiros que entraram em Portugal e que aqui permaneceram de forma irregular, castigando os que cumpriram com a lei.

Trata-se de conclusão que não pode deixar de chocar o intérprete e aplicador da lei. Decerto que a correcta interpretação dos preceitos legais não pode conduzir a resultados absurdos ou desconformes com a ordem jurídica na sua globalidade. Neste

caso, recuso-me a acreditar que determinada norma, emanada da Assembleia da República, possa ter pretendido tratar de modo mais favorável quem se encontrava em situação ilícita, desprezando e desconsiderando totalmente a situação de quem adoptou conduta orientada pelo Direito vigente.

Uma interpretação conforme aos valores constitucionais, entre os quais os princípios da igualdade e da justiça, exige, para além deste enquadramento sistemático, que se atente, não tanto na letra, mas essencialmente na teleologia da norma, alcançando o seu verdadeiro teor. Creio que a ponderação do que atrás fica explicitado permite considerar, sem esforço, que não pode merecer aceitação uma interpretação da norma que conduz a resultados que contraditam a própria razão de ser da mesma norma.

Não colherá a invocação da natureza excepcional das normas em questão. Na verdade, mais do que recurso à analogia, creio que é possível, por interpretação declarativa lata ou porventura extensiva, na terminologia tradicional, considerar como verdadeiro âmbito da Lei n.º 17/96 os cidadãos estrangeiros que residissem em Portugal sem título legal bastante a produzir os efeitos que a lei em causa permitia, ou seja, sem qualquer estatuto legal ou com estatuto diminuído face àquele que se quis outorgar por aquele diploma e naquelas condições.

Não se nega que a estes cidadãos estava aberto, como aliás a qualquer estrangeiro, a obtenção de autorização de residência de acordo com as vias normais, estabelecidas actualmente no Decreto-Lei n.º 244/98, de 8 de Agosto, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 34/2003, de 25 de Fevereiro. Contudo, a existência de um regime normal não é, em si mesma, critério para afastar a aplicação de um regime excepcional, muito menos quando aquele é mais eriçado de dificuldades do que este, e quando, claramente, se reconhece que há uma inversão inaceitável na valoração das situações de imigrantes legais e ilegais.

No limite, caricaturando, teria mais interesse o cidadão afectado em renunciar ao visto de que dispunha, assim, a seguir-se o entendimento cuja revisão aqui peço, podendo já beneficiar do

regime mais favorável, outorgado pela Administração a quem nem esse mesmo visto tentou ou conseguiu obter.

Nestes termos, atendendo a tudo o que fica exposto, muito agradeço a Vossa Excelência que queira proceder ao reexame da posição anteriormente assumida, desejavelmente devendo passar a adoptar linha de conduta que considere como abrangidos pela Lei n.º 17/96 aqueles imigrantes que, tecnicamente tendo título legal bastante para permanecerem em Portugal à data da sua entrada em vigor, estavam dotados de estatuto diminuído face àquele concedido pelo citado diploma.

Naturalmente que tal mudança de orientação deverá traduzir-se na reapreciação dos procedimentos ainda pendentes ou que ainda não estejam consolidados, como é o caso dos interessados cuja situação concreta deu azo à presente troca de correspondência.

Na expectativa do bom acolhimento de Vossa Excelência face ao teor do presente e aguardando a comunicação oportuna do entendimento que irá assumir quanto ao mesmo.

R-2012/02
Assessor: João Batista

Entidade visada: Presidente do Conselho Executivo da Escola EB1 n.º 1 de Pombal
Assunto: Passatempo de desenho promovido pela empresa... .

No seguimento do ofício remetido a este Órgão de Estado, que desde já se agradece, relativo à realização, no dia 8 de Junho de 2002, nas instalações dessa escola, de uma sessão na sequência de passatempo de desenho patrocinado pela empresa ... , cumpre a propósito do mesmo tecer as seguintes considerações.

Estando em causa o procedimento seguido na distribuição dos folhetos relativos ao evento promovido por aquela empresa, assim como na autorização da utilização do espaço da escola a cujo

conselho executivo V.ª Ex.ª preside, resulta da análise da exposição apresentada que tal evento se destinou, alegadamente, à venda de material comercializado por aquela, fazendo uso da oferta de uma consola a entregar como contrapartida.

De facto, se V.ª Ex.ª analisar o conteúdo do folheto promocional em causa, do qual consta, em destaque, a publicitação de uma consola de jogos "MinipolyStation2001" a entregar, como oferta pela mera participação dos alunos no referido passatempo, deixa a mesma antever, pelo valor comercial deste tipo de equipamentos,[171] que o brinde em causa se destinava, única e exclusivamente, a atrair as crianças e encarregados de educação à sessão do dia 8 de Junho, sendo de duvidar, à partida, da bondade da actuação da empresa promotora.

Sendo certo que aos estabelecimentos públicos da educação pré-escolar e dos ensinos básico e secundário assiste, nos termos do disposto no artigo 3.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 115-A/98, de 4 de Maio, posteriormente alterado pela Lei n.º 24/99, de 22 de Abril, um regime de autonomia estratégica e pedagógica, dispõe por sua vez o n.º 2, alínea e) do artigo 4.º desse mesmo diploma, que a mesma se deve orientar tendo em vista assegurar a "qualidade do serviço público de educação", qualidade esta a cargo, antes de mais, das direcções executivas das escolas, atento o teor do disposto no n.º 1 do artigo 15.º do normativo em causa, nomeadamente através da gestão das instalações, espaços e equipamentos escolares disponíveis.

Não se questionando a boa fé que presidiu à autorização por parte desse conselho executivo para a realização de semelhante passatempo, concordará todavia V.ª Ex.ª, pelos indícios apresentados, que o mesmo, a ter ocorrido nos termos expostos, representa um total desvirtuamento dos princípios enformadores do nosso sistema educativo, instrumentalizando a escola pública de uma forma legal e moralmente inadmissível.

---

[171] De notar a denominação utilizada, facilmente confundível com marca conhecidíssima de equipamento de jogos, este de valor comercial considerável.

Na verdade, dispõe o artigo 2.º, n.º 4, da Lei n.º 46/86, de 14 de Outubro, que o sistema educativo contribuirá para o "desenvolvimento pleno e harmonioso da personalidade dos indivíduos, incentivando a formação de cidadãos livres, responsáveis, autónomos e solidários", cabendo por isso às escolas, na sua dimensão, acautelar os interesses e direitos dos alunos a seu cargo.

Ora resulta da situação vivida no dia 8 de Junho de 2002 que o tratamento dado aos trabalhos apresentados pelos alunos e subsequente aproveitamento que destes foi feito, não respeitou o processo formativo dos mesmos, pressionados que foram por uma lógica comercial, desrespeitadora do trabalho educativo em curso, tanto ao nível escolar, como familiar.

Nestes termos, atendendo ao exposto, chamo a especial atenção de V.ª Ex.ª para a necessidade de, no futuro, toda e qualquer acção externa realizada sob o patrocínio dessa escola a pedido de terceiros, contar com um efectivo controlo por parte dos seus órgãos competentes, designadamente através da presença de um elemento do seu conselho executivo em toda e qualquer divulgação ou sessão a realizar nas suas instalações, independentemente do dia da semana ou hora em que tal venha a acontecer, evitando-se assim a repetição de episódios desta natureza.

Sempre se sugere que a realização de passatempos por parte de entidades com fins lucrativos, e não meramente com o seu patrocínio, seja sempre escrutinada de forma mais intensiva e em princípio não autorizada, assim se prevenindo a instrumentalização da escola e, mais importante ainda, das crianças na promoção de interesses privados.

Mesmo a simples autorização para a utilização das instalações escolares por parte de entidades privadas deve sempre ser acompanhada da expressa advertência, em todos os materiais informativos e publicitários, da ausência de qualquer conexão com a escola, assim se evitando a responsabilização desta e a

credibilização que reflexamente se instalará pela simples localização do evento.

R-2392/02
Assessor: Maria Eduarda Ferraz

Entidade visada: Secretária de Estado da Administração Pública
Assunto: Decreto-Lei n.º 193/2002, de 25 de Setembro.

No âmbito da matéria objecto do processo identificado em epígrafe, agradeço, antes de mais, a comunicação de Vossa Excelência, e respectiva documentação anexa, que permitiram a clarificação de algumas das questões em análise.

Assim, após apreciação dos elementos apurados na presente instrução, permita-me, Senhora Secretária de Estado, que dirija a Vossa Excelência o seguinte comentário.

Foi o próprio Governo que admitiu que o procedimento tendente à aprovação do Decreto-Lei n.º 193/2002, de 25 de Setembro, diploma que estabelece o regime de colocação e de afectação dos funcionários e agentes integrados em serviços e organismos que sejam objecto de extinção, fusão ou reestruturação, seria necessariamente objecto de negociação colectiva, nos termos legais, actualmente estabelecidos na Lei n.º 23/98, de 26 de Maio.

Deste modo, de acordo com o que preceitua o art.º 10.º, n.º 1, alínea i), da Lei n.º 23/98, sempre se dirá que as organizações representativas dos trabalhadores deveriam ter igualmente participado na elaboração do pedido de autorização à Assembleia da República, que culminou na aprovação da Lei n.º 16-A/2002, de 31 de Maio, o que não se verificou.

Na esteira do entendimento do Tribunal Constitucional expresso no Acórdão n.º 4/2003, referido por Vossa Excelência, aliás no seguimento de anterior jurisprudência, o vício em causa

estaria devidamente sanado pela participação posterior das estruturas sindicais na feitura do Decreto-Lei n.º 193/2002.

De qualquer forma, realça-se a circunstância de a mencionada orientação do Tribunal Constitucional decorrer de uma análise que tem como pressuposto o facto de a situação em apreciação se encontrar já consumada, nunca representando tal posição uma porta aberta para o não cumprimento, na altura devida, das imposições legais que enquadram o referido direito de participação.

R-2421/02
Assessor: Genoveva Lagido

Entidade visada: Ministro da Educação
Assunto: Reorganização curricular do 7º ano de escolaridade. Circular n. º 3/2002 e Decreto-Lei n.º 6/2001, de 18 de Janeiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 209/2002, de 17 de Outubro.

Acuso a recepção do ofício de Vossa Excelência, que muito agradeço e de cujo teor tomei boa nota.

Permito-me, contudo, antes de encerrar pela minha parte o assunto que me levou a dirigir a Vossa Excelência a minha anterior comunicação, ponderar dois aspectos relacionados com a motivação ora transmitida quanto à inexistência de paridade na solução legal vigente em matéria de responsabilidade do Estudo Acompanhado, nos 2.º e 3.º ciclos do Ensino Básico.

Assim, se compreendo a explicação agora avançada por Vossa Excelência, julgo que o fomento da autonomização do aluno poderá não ser argumento bastante para explicar a redução do número de docentes em causa. Não me competindo defender ou criticar a opção pela existência da área curricular em causa, parece-me claro que qualquer acompanhamento do estudo, ainda que num plano puramente metodológico e abstraindo dos

conteúdos das disciplinas em causa, carecerá do conhecimento dos métodos próprios de cada disciplina, que não serão seguramente os mesmos, v. g, para o estudo de matemática, de ciências naturais ou de língua portuguesa. Julgo, aliás, que mais do que o estudo em si, é na aprendizagem do mesmo que radica a opção, assumida na reforma curricular em vigor e mantida pela revisão da mesma, da existência desta área disciplinar.

Não me parece, assim, muito claro que o simples facto de os alunos do 3.º ciclo deverem ser, seguramente, mais autónomos do que os do 2.º ciclo na aprendizagem do seu estudo, seja suficiente para considerar desnecessário o apoio de docentes que, pertencendo a áreas científicas diversas, possam transmitir aos alunos as características próprias dos métodos validados nas mesmas.

Parece-me que, na coerência da reforma, e é exclusivamente neste aspecto que aqui tenho intervenção, estar-se-á mais perante uma questão de qualidade do apoio de docentes do que quantidade. A isto acrescerá, conforme anteriormente expus, a questão da maior diferenciação de conteúdos ao nível do 3.º ciclo, acarretando inevitáveis maiores dificuldades aos docentes que, singularmente, tenham que assegurar esta área curricular.

Num segundo aspecto, não queria deixar de notar, não como reparo mas como sugestão para o melhoramento da comunicação e da percepção pelos destinatários das normas da sua razão de ser, que em situações análogas seja mais bem aproveitado o preâmbulo do diploma legal para aí devidamente se explicitar as motivações das alterações que se visam introduzir no articulado.

Mais uma vez agradecendo toda a atenção dispensada e estando certo da boa compreensão de Vossa Excelência das preocupações que sustentam a posição por mim assumida, informo que arquivei o presente processo.

R-3217/02
Assessor: Ana Corrêa Mendes

Entidade visada: Reitor da Universidade de Trás-os-Montes e Alto Douro
Assunto: Mudança de curso. Critérios de seriação.

Foi apresentada uma reclamação à Provedoria de Justiça a respeito dos critérios de seriação para mudança de curso, alegando-se terem os mesmos sido alterados posteriormente à data fixada para apresentação das candidaturas ao ano lectivo de 2002/2003.

A este assunto diz respeito o Despacho de V.ª Ex.ª de 29 de Outubro p. p., exarado sobre a Informação 93 (ref.ª de processo SAC/RP), cujo teor se tomou devidamente em consideração e a respeito do qual cumpre tecer as seguintes considerações.

Assim, não se coloca em causa a licitude e adequação do critério adoptado pela UTAD a este respeito, qual seja, na prática, o melhor aproveitamento do percurso escolar progresso para a obtenção do grau no curso que se pretende.

Também não se coloca em crise a liberdade de decisão das instâncias competentes em matéria de concessão de equivalências e da fixação e divulgação, em cada ano lectivo, de tabelas que esclareçam tal operação.

Contudo, não posso deixar de ser sensível aos argumentos utilizados para contestar a aplicação a determinado concurso de regras alteradas extemporaneamente.

Aliás, foi neste contexto que oportunamente diligenciei junto do Governo, no sentido de ser consagrada solução como aquela acolhida na Portaria n.º 1152/2002, de 28 de Agosto, no sentido da publicitação atempada dos critérios de seriação, com o intuito de acautelar os interesses e as expectativas legítimas dos

estudantes que pretendem preparar a sua candidatura no reingresso, mudança de curso ou transferência.

Ora, no caso do critério adoptado pela UTAD, a sua incompletude é evidente, nada permitindo assegurar, por si só, quanto às hipóteses de colocação que cada candidato possa ter, relegando tal determinação quando aquele mesmo critério, de índole formal, seja integrado pela definição de uma concreta tabela de equivalências.

Como é do conhecimento de V.ª Ex.ª, cada aluno está limitado, no âmbito do regime da mudança de curso/transferência, a um único par curso-estabelecimento. Significa isto que é da máxima importância que o aluno possa dispor da informação mais completa que lhe permita optar, tendo em conta as hipóteses que terá, em maior ou menor grau, consoante o critério de seriação adoptado.

Como no caso concreto a que me reporto, a alteração do conteúdo dos critérios de seriação, posteriormente à apresentação das candidaturas, inibe o acesso atempado ao conhecimento sobre as regras do jogo, sendo potencialmente indutora do levantamento de suspeições, por realmente infundadas que sejam, caso se conheça já o universo de candidatos.

Face ao exposto, tendo em consideração os fins que visou salvaguardar o diploma regulamentar supra referido, proponho a V. Ex.ª que, de futuro:

a) seja estabelecida, de preferência até 28 de Fevereiro de cada ano, mas sempre antes do início do prazo para apresentação de candidatura, a grelha de equivalências que servirá para a subsunção ao caso concreto do critério de seriação adoptado (maior número de disciplinas com equivalência presumida);

b) sem que tal implique, necessariamente, que no ano lectivo seguinte não possa ser adoptada tabela de equivalências distinta, de acordo com as orientações dos docentes e do conselho científico, para efeito, aí sim, da concessão em concreto das equivalências que sejam requeridas.

Os critérios para o ano lectivo de 2003/2004 foram fixados atempadamente.

R-3721/02
Assessor: Ana Corrêa Mendes

Entidade visada: Reitor da Universidade de Trás-os-Montes e Alto Douro
Assunto: Mudança de curso.

Foi apresentada reclamação nesta Provedoria de Justiça, a respeito da decisão de V.ª Ex.ª, de 21 de Outubro de 2002, de homologar o Parecer 92/02, assim negando provimento à denúncia de ilegalidade no acto de candidatura ao curso de Medicina Veterinária dessa Universidade, através do regime de mudança de curso, do aluno ...

Na verdade, segundo parece indisputado, o referido aluno apresentou uma candidatura a mais do que um par estabelecimento-curso, violando, assim, o art.º 20.º, 1, d), da Portaria n.º 612/93, de 29 de Junho.

Tendo presente o teor do parecer referido, julgo suficientemente esclarecidas as razões pelas quais V.ª Ex.ª tomou a decisão ora em apreço. Assim, cumpre-me, a respeito da mesma, efectuar os seguintes comentários.

A Portaria n.º 612/93, que aprova o Regulamento dos Regimes de Reingresso, Mudança de Curso e Transferência no Ensino Superior, estabelece no citado artigo 20º, n.º 1, alínea d), sob a epígrafe "indeferimento liminar", que serão liminarmente indeferidos os pedidos dos estudantes referidos a mais que um par estabelecimento-curso.

O objectivo do legislador é, manifestamente, limitar a possibilidade de candidatura a um único curso e a um único estabelecimento e evitar a utilização plúrima de regimes, de alguma forma cortando cerce a possibilidade de utilização do

regime consagrado na Portaria n.º 612/93 para cursos ou estabelecimentos que, efectivamente, não constituíam a vocação primeira do candidato.

Incidentalmente se diga que não parece curial dizer-se, como faz o parecer, que a intenção legislativa era a de "evitar duplicações de mérito ... tendo em consideração que o aluno apenas poderia ficar afecto a um estabelecimento". Se, desde logo, a portaria em causa proíbe inclusivamente a candidatura a mais do que um curso no mesmo estabelecimento, se essa fosse a *ratio legis* dificilmente se perceberia qual a razão da inexistência de regra similar no concurso geral de acesso, no qual, como se sabe, é possível a indicação até 14 pares curso-estabelecimento e sendo óbvio que só num, no máximo, será obtida colocação.

Não há, assim, na norma em causa, apenas uma mera ordenação para benefício da entidade administrativa que seria os candidatos e procede à sua admissão, mas uma norma que visa tutelar interesses mais vastos, no caso de real adequação ao segundo curso em estabelecimento público que se visa frequentar, sabendo-se dos constrangimentos que o sistema de *numerus clausus* coloca aos terceiros que, eventualmente, também quisessem usufruir do ensino superior público. Note-se, ademais, que não se trata de uma norma que imponha a desconsideração dos requerimentos que sejam ulteriores ao primeiro ou das indicações de pares curso-estabelecimento que não aquela formulado em primeiro lugar. A norma em causa manda indeferir os pedidos, com total exclusão do candidato do concurso ou concursos a que pretendia ser opositor.

Fundamenta-se o parecer em causa, para indeferir a reavaliação do acto de admissão do pedido de mudança de curso do aluno ... no facto de a portaria em causa apenas prever como sanção o indeferimento liminar, de alguma forma considerando que a não detecção do vício nesse momento sanaria o mesmo.

Não se concorda com esta posição, por razões de coerência do sistema, da própria imperatividade dos comandos em causa e pelo respeito da legalidade das decisões administrativas.

Aceitando-se a explicação dada no n.º 9 do parecer para se explicar a inserção desta matéria em sede de indeferimento liminar, a sua consequência lógica seria a de considerar como impossível ou quase a aplicação do indeferimento liminar, por via de pedidos apresentados em diversos locais, a menos que, caricaturalmente, o próprio interessado se denunciasse ou, com mais verosimilhança mas muito longe da realidade, um sistema de informação conectasse todos os centros de recepção, permitindo a aplicação, posto que tardia no primeiro caso, desta sanção de indeferimento liminar.

Noto que, verdadeiramente, o indeferimento liminar constitui o tipo de decisão, negativa para a pretensão do particular, que a portaria manda tomar caso se verifiquem, positiva ou negativamente, segundo o caso, os referidos pressupostos. E manda a portaria indeferir liminarmente o requerimento do candidato por o mesmo não obedecer ao bloco de legalidade, violando a regra de unicidade de candidatura acima enunciada.

Ora, essa ilegalidade não se sana, nem tal seria admissível, com uma mera omissão instantânea de pronúncia por parte do órgão administrativo competente, continuando aliás a manifestar-se os interesses que presidiram à consagração da referida unicidade. Ao contrário do defendido no parecer, a circunstância de a portaria estabelecer nestes casos que os pedidos seriam liminarmente indeferidos, isto é, sem ulterior avaliação, pelas regras lógicas de inferência na interpretação de normas deverá conduzir à manutenção do mesmo desvalor nas fases subsequentes do procedimento.

Nos termos gerais, a violação de uma regra do bloco de legalidade importa, de acordo com o art.º 135º do Código de Procedimento Administrativo, a invalidade do acto praticado, sob a forma da anulabilidade.

Ora, no caso em apreço, é nítida a violação do disposto no art.º 20.º, n.º 1, alínea d), da Portaria n.º 612/93, de 29 de Junho, uma vez que o aluno ... não se poderia candidatar à mudança de

curso para o de Medicina Veterinária, em simultâneo, na UTAD e no Instituto de Ciências Biomédicas Abel Salazar, pelo que o acto administrativo que permitiu a matrícula e inscrição deste aluno no curso de Medicina Veterinária nessa Universidade está ferido de ilegalidade, sancionada com a anulabilidade do mesmo.

Noto que, de acordo com o regime estabelecido no art.º 141.º, n.º 1, do mesmo Código de Procedimento Administrativo para a revogação de actos inválidos, ainda que constitutivos de direitos, essa revogação com fundamento na ilegalidade verificada deverá ter lugar no período de um ano após a sua prática.

Naturalmente que não caberia ao Provedor de Justiça tomar esta posição, e não a tomaria decerto, caso não existissem terceiros prejudicados com a referida ilegalidade. Creio, também, que esse evidente prejuízo para terceiros deve ser devidamente equacionado por V.ª Ex.ª

Nestes termos, exorto V.ª Ex.ª que, em observância do disposto na mencionada norma regulamentar e nos artºs 135.º, 136.º, n.º 1, e 141.º, n.º 1, do Código de Procedimento Administrativo, revogue a lista de seriação dos candidatos à matrícula no curso de Medicina Veterinária pelo regime enunciado, na parte em que a mesma admite o aluno ..., substituindo-a por outra que considere não admitida a candidatura do referido aluno, naturalmente atribuindo-se a vaga deixada livre ao aluno que, seguindo a ordem de seriação obtida, mantenha ainda interesse.

A Universidade sancionou este entendimento, criando uma vaga adicional a atribuir ao aluno que se seguia na lista de ordenação de candidatos ao curso em causa.

R- 3839/02
Assessor: Ana Corrêa Mendes

Entidade visada: Secretário de Estado da Administração Educativa
Assunto: Ensino recorrente. Matrículas no ensino superior anteriores ao ano lectivo em curso.

Dirijo-me a Vossa Excelência no quadro da acção inspectiva que está a ser realizada, no âmbito da Inspecção-Geral de Educação, face às suspeitas suscitadas sobre a regularidade do percurso escolar de vários alunos que, com sucesso, se candidataram ao ensino superior público, obtendo graduação no concurso mais favorável pelo facto de terem optado pela via do ensino recorrente.

No ano lectivo em curso, na sequência do conhecimento dos mesmos factos, optou-se por permitir a matrícula e o normal desenrolar da aprendizagem, sob condição de se verificar posteriormente a regularidade do percurso escolar no ensino secundário.

Aplaude-se essa iniciativa, mormente na perspectiva da garantia da real igualdade nas condições e possibilidades de acesso ao ensino superior, mais sendo de louvar a celeridade com que o processo foi conduzido.

No que diz respeito à averiguação em curso sobre alunos com matrícula no ensino superior anterior ao ano lectivo de 2002/2003, partindo do princípio que serão encontradas irregularidades em muitos destes casos e, plausivelmente, com concentração em alguns estabelecimentos de ensino, privados e públicos, não necessariamente em zonas ou respeitantes a alunos com maiores dificuldades económicas, devo esclarecer que, à partida, nada do que a seguir direi presume a boa fé de quem assim recorreu ao ensino recorrente.

Naturalmente que esta "presunção de culpa" não vale aqui como defesa da inversão do ónus da prova, nos procedimentos administrativos ou judiciais, que forem adequados, mas simplesmente como afirmação de um "*worst-case scenario*" para a posição dos alunos, sendo, aliás, natural a suspeita de que quem recorreu ao ensino recorrente, de modo mais ou menos organizado, fora dos condicionalismos legais estabelecidos para o efeito, com toda a probabilidade tê-lo-á feito para incrementar as suas oportunidades de obter vaga no curso e/ou estabelecimento de sua preferência.

Se aqui assim o exprimo, é apenas para deixar claro que é no plano da legalidade e não propriamente no da justiça, na medida em que seja possível pensarmos nesta abstraindo de uma correcta apreciação da primeira, que me dirijo a Vossa Excelência, assim me parecendo irrelevante qualquer discussão sobre a boa fé ou ausência dela nas situações em apreço.

Contudo, se presumo a culpa dos alunos, também não posso deixar de exprimir a minha reprovação pelo atrabiliário processo de modificação ilegal das normas vigentes sobre o ensino recorrente, bem espelhados, a título exemplificativo, nos despachos revogados recentemente pelo Despacho Normativo n.º 49/2002, de 4 de Novembro, que mais não fez do que conformar a realidade às normas legais aprovadas pela Assembleia da República, designadamente contidas na Lei de Bases do Sistema Educativo.

Não curando da adequação substantiva do regime traçado ao nível regulamentar e que permitiu ou, pelo menos, facilitou a fraude à lei, podendo inclusivamente chegar a defender-se a necessidade imperiosa de reforma do ensino recorrente, em ordem a responder de modo mais perfeito às necessidades educativas de uma camada jovem que abandona a escola e ingressa precocemente na vida activa, a verdade é que neste caso bem se manifestou a pecha relativamente frequente de, por via regulamentar, se pretender alterar a solução legal sobre a

matéria, de modo incomparavelmente mais expedito mas não menos ilícito.

Trata-se de prática com raízes profundas, que não é apanágio de nenhum Governo em especial.

Sem dúvida que não é a Vossa Excelência, pessoalmente, que se podem pedir responsabilidades pelas normas regulamentares que adulteraram o modo de acesso ao ensino recorrente, tal como este decorre dos instrumentos legais então e ainda em vigor. Todavia, como os titulares dos cargos passam e as instituições permanecem, não deve o Estado, como pessoa de bem, isentar-se das consequências causadas pelas suas acções ou omissões, particularmente por aquelas susceptíveis de induzir os particulares em erro quanto à legalidade da sua conduta, em teia normativa que não é de fácil compreensão, muito menos para alunos do secundário.

Permito-me, ainda mais, alertar Vossa Excelência para o risco que uma actuação, que se assuma como justa mas que recaia no campo da ilicitude, decerto prontamente sancionada pela jurisdição administrativa, teria a clara desvantagem de desprestigiar ainda mais as instituições, no plano do resultado final desta acção inspectiva e da sua tradução em resultados práticos. Por mais que a autoridade do Estado fosse manifestada num momento inicial, esse ganho moralizador primevo seria claramente superado pela marca negativa originada por anulação judicial, obtida em litígio cuja necessidade ou imprescindibilidade deveria ser devidamente sopesada.

Assim, não curando de casos concretos mas das grandes linhas que julgo deverem presidir à actuação pública neste domínio, principiarei por afirmar a minha concordância com a doutrina explanada no Parecer n.º 82/02, homologado por Despacho de Vossa Excelência de 30 de Agosto de 2002, no que tange ao regime de invalidade a aplicar aos actos praticados por estabelecimentos particulares de ensino secundário, no exercício da certificação da aquisição da titularidade de habilitações reconhecidas pela Administração, nos termos legais.

Não será legítimo, assim, pretender a aplicação de esquemas diversos de sancionamento de ilegalidades, tendo em atenção, puramente, a natureza jurídica do autor do acto, de alguma forma reflexamente concedendo maior protecção jurídica aos alunos de escolas públicas, face aos das escolas particulares.

Na verdade, é sabido que a tutela da legalidade no direito privado surge como mais gravosa, face ao regime instituído para a validade de actos administrativos ilegais. Ali a nulidade é a regra, nos termos do art.º 294.º do Código Civil, *ex vi* art.º 295.º; aqui, muito pelo contrário, não se provando causa para nulidade, a regra é a da simples anulabilidade, com consequente possibilidade de sanação, entre outras causas, pelo decurso do tempo.

Percebe-se, na verdade, que em situação de tendencial paridade de posições exista uma tutela mais forte para a actuação que possa violar normas legais imperativas, isto é, aquelas cuja disponibilidade foi negada às próprias partes, seja para garantia dessa mesma paridade, seja para salvaguarda de interesses públicos fundamentais que não sofram derrogação, ainda que por via da não impugnação durante determinado período do acto praticado em infracção.

Pelo contrário, na esfera administrativa o diferente posicionamento da parte pública e do administrado e a articulação entre interesses públicos e privados, garantida por uma teia complexa de instrumentos, administrativos e jurisdicionais, tende para a securitização das situações jurídicas estabelecidas, através da concessão às partes, públicas e privadas, de um prazo relativamente curto para suscitarem eventuais ilegalidades que tenham ocorrido. Ganham aqui particular relevo a certeza do direito e a segurança no tráfico jurídico.

Afastou Vossa Excelência, e muito bem, a possibilidade de aplicar o regime privatístico aos actos praticados pelos estabelecimentos de ensino particular. Na verdade, tratando-se de ensino reconhecido pelo Estado, não pode deixar de se aplicar idêntico regime a quem alcance a habilitação necessária para ingresso no ensino superior, qualquer que seja a entidade

concedente e certificadora da mesma. Opção contrária seria a criação de uma discriminação, no limite atentatória da liberdade de aprender, no seu corolário de possibilidade de opção pela escola cujo projecto educativo mais se coadune com o aluno, nos termos contidos no art.º 43.º da Constituição.

Se esta orientação afasta a possibilidade de diferenciações ilegítimas entre alunos, percebo menos a orientação que foi sancionada por Vossa Excelência (cfr. n.º 6, alínea e) do parecer acima referido e n.º 8, n), do Parecer n.º 92/2002 da Auditoria Jurídica), de tentar alcançar resultado idêntico, concluindo pela nulidade da matrícula no ensino superior a partir de idêntico vício que afectaria o acto certificativo da conclusão do ensino recorrente.

Não creio que seja possível optar-se por um ataque oblíquo ao acto certificativo, esquecendo que ele mesmo pretende produzir efeitos jurídicos e é no âmbito da sua validade que o discurso argumentativo se deve conter.

Ora, dado o decurso do tempo, não importa conhecer de hipotéticas causas de anulabilidade, vício que sempre já estaria sanado. De entre as causas de nulidade, desconhecendo norma legal específica que comine tal vício e que aqui seja aplicável, importa atentar no teor do art.º 133.º do CPA. Mais uma vez em abstracto, pelos casos concretos que me foram comunicados, parece sustentar-se a actuação da IGE na invocação do art.º 133.º, n.º 2, d), interessando também a primeira parte do n.º 1 do mesmo artigo.

Começando pelo primeiro fundamento, sem dúvida que, nesta fase do percurso escolar, pode-se considerar em causa a igualdade dos candidatos ao ensino superior, com reflexos nas posições jurídicas fundamentais citadas pela IGE. Tal não significa, sem mais, que se possa considerar vulnerado o conteúdo essencial de um direito fundamental. A ser assim, qualquer ilegalidade que consubstanciasse uma vantagem ou uma desvantagem para um cidadão, correspectivamente desfavorecendo ou favorecendo os demais que, em igualdade de

circunstâncias beneficiassem de acto de idêntica natureza, poderia ser causa para se invocar uma nulidade, com total subversão do quadro de vícios estabelecido na lei.

Naturalmente que qualquer desvantagem causada por acto administrativo poderá, quando haja invalidade, considerar-se como violadora do princípio da igualdade, por discriminação não assente em valores positivamente recebidos pela ordem jurídica. Admite-se que em casos extremos a própria intensidade da violação da igualdade, de per si, possa admitir a arguição de nulidade. Não será, esse, certamente o caso vertente nem muito menos a generalidade das situações, importando verificar se, na verdade, ocorreu ou não violação dos direitos fundamentais invocados nos pareceres citados. Ora, se no Parecer n.º 92/2002 apenas se citam as disposições constitucionais pertinentes, nada se demonstrando a esse respeito, o Parecer n.º 82/2002 também nada discute quanto à essencialidade do âmbito eventualmente vulnerado pelos actos agora sob impugnação.

Ultrapassando a questão de abrangência dos chamados direitos económicos, sociais e culturais no âmbito da norma legal a aplicar, sendo certo que a abordagem seguida sempre permitiria considerar como possuindo natureza preceptiva a dimensão das normas constitucionais invocadas pela IGE e pela Auditoria Jurídica, não me louvo também em mais ou menos artificiosas distinções entre posições jurídicas consagradas na I Parte da Constituição ou, pelo contrário, na sua Parte III.

Contudo, como disse acima, está por demonstrar – e essa demonstração não está minimamente feita nas notificações para audiência prévia do interessado de que tive conhecimento – a violação da essencialidade do direito de acesso ao ensino superior, na sua dimensão de igualdade. Como disse acima, não é toda e qualquer desigualdade, real ou potencial, que pode fundamentar tal asserção.

Partindo do princípio que está demonstrada a veracidade da matrícula e a prática de actos de avaliação no âmbito da conclusão do ensino secundário recorrente, não é possível também

pretender, que pela verificação de qualquer ilegalidade, gerando nulidade ou anulabilidade, se possa automaticamente considerar como ferido de nulidade o acto certificativo das habilitações em apreço, designadamente por "falta de elementos essenciais".

Afaste-se, desde já, a generalidade dos vícios que possam ter ocorrido, v. g. de violação de lei ou de vício de forma, por gerarem simples anulabilidade, há muito sanada. Eventuais vícios que acarretem nulidade apenas relevarão se, na verdade, o acto nulo for considerado como imprescindível para a subsistência do acto certificativo que agora se quer atacar, valendo aqui as considerações acima expressas quanto á possibilidade de invocação do art.º 133.º, n.º 2, d), do CPA.

Não se pode também concordar com a arguição da falta de um elemento essencial do acto – a veracidade do facto certificado – assim se chamando à colação a primeira parte do art.º 133.º, n.º 1, do CPA.

Com efeito, admitindo como base de raciocínio que a veracidade do facto certificado é um dos requisitos do objecto do acto certificativo, já mais arriscado é, senão mesmo impossível como defendo, fazer equivaler toda e qualquer incorrecção verificada no processo de formação do facto, singular ou complexo, certificado à falta de veracidade desse mesmo facto.

Se, conforme aludi acima, seria viável verificar a nulidade de acto certificativo da obtenção de determinada classificação em processo avaliativo que, na verdade, foi inexistente, se esta mesma avaliação, afinal, ocorreu, tendo sido emitido um juízo valorativo conducente à atribuição de determinada classificação apenas viciada pela desobediência a critérios legalmente vinculados que a conformam, não é a veracidade desse acto classificativo, pressuposto obrigatório da certificação, mas sim a desobediência pelo avaliador a um comando legal que está em causa. Ora, como é bem de ver, estamos perante um simples vício de violação de lei, gerando simples anulabilidade.

Posição contrária, como se disse, conduziria a que todo e qualquer erro na apreciação de uma situação concreta à luz das

normas aplicáveis conduziria à alegação da falta de veracidade do acto que tal certificasse. Ora, mais ainda, o certificado só é inverídico se a realidade que certifica for (ainda) contestável. Se esta, como fica dito, apenas o seria até à sanação dos vícios de que eventualmente padecia, convalidada a mesma será grave desacerto pretender-se ressuscitar os vícios já sanados por via do acto meramente certificativo que seja necessário para prova daquela realidade jurídica.

Não creio, na verdade, que uma eventual declaração de nulidade possa suportar o crivo da tutela judicial dos direitos e interesses dos cidadãos em questão, motivo pelo qual apelo a Vossa Excelência para que pondere correctamente os custos e benefícios de uma actuação talvez mais próxima do que um suposto sentimento de justiça retributiva poderia pedir.

Não quero com isto desculpabilizar os alunos em causa ou os seus encarregados de educação, no caso dos menores. Parece-me lícito admitir que, na sua larga maioria, tentaram e conseguiram um benefício ilegítimo, com prejuízo dos terceiros que obedeceram à lei, cometendo acto que merece a censura ética da sociedade. Julgo, contudo, que não se deve administrativamente tentar uma aparência de punição, fora do quadro legal admissível, e que, pelo exercício normal dos meios de garantia da legalidade de actuação da Administração Pública arrisca-se a ter um efeito perverso, ainda mais descredibilizador das instituições.

O que deixo escrito, todavia, não impede que se possa e mesmo *deva* inquirir da possibilidade de aplicação de sanções exemplares aos estabelecimentos de ensino particular cuja actuação demonstre a existência de concertação para a angariação de alunos com este atractivo, naturalmente acompanhada da acção disciplinar pertinente para os funcionários das escolas públicas onde se demonstre, ainda que dentro da orientação administrativa então vigente, ter existido intenção de beneficiar um ou mais alunos.

Grato pela atenção dispensada por Vossa Excelência, agradeço que me seja comunicada, com a brevidade possível, a posição que entende assumir a este respeito, bem como o teor das decisões a final tomadas no âmbito dos processos em curso ou de outros que porventura sejam iniciados.

R-100/03
Assessor: Ana Corrêa Mendes

Entidade visada: Secretária de Estado da Administração Pública
Assunto: Retenção de bilhete de identidade.

Têm sido apresentadas algumas queixas na Provedoria de Justiça, relativamente à prática muito comum da exigência de retenção do bilhete de identidade na portaria de serviços públicos, durante a permanência do visitante nas instalações e como forma de controlar o seu acesso.

Ora, compulsada a Lei de Identificação Civil em vigor (Lei n.º 33/99, de 18 de Maio), para além da previsão, no seu art.º 42.º, n.º 1, que a "*conferência de identidade ... efectua-se [por] exibição do bilhete de identidade, o qual é imediatamente restituído após a conferência.*", verifica-se que é a mesma lei bastante clara, no n.º 2 do artigo citado, ao preceituar que "*É vedado a qualquer entidade pública ou privada reter ou conservar em seu poder bilhete de identidade, salvo nos casos expressamente previstos na lei ou mediante decisão judiciária.*"

Para além da letra da lei ser de meridiana clareza, a sua razão de ser também é perfeitamente compreensível, ao estabelecer a posse do bilhete de identidade como uma das concretizações mais visíveis do direito à identidade pessoal, estabelecido na Constituição.

Não vale, contra este preceito legislativo, argumentar-se que a entrega do documento de identificação é voluntária,

constituindo um ónus para quem queira aceder a instalações públicas ou privadas. Para além de se duvidar da bondade de tal argumento, pela mais total ignorância em que o cidadão se encontra da possibilidade de recusar a entrega de tal documento, crê-se não ser possível a qualquer entidade, pública ou privada, estabelecer uma exigência que norma legal imperativa expressamente proscreve. Será, aliás, de conferir alguma utilidade à aparente tautologia que se surpreende na lei, ao justapor a retenção à conservação em seu poder do bilhete de identidade. Ora, se quanto à primeira se vislumbra um acto coercivo, quanto à segunda operação parece estar claramente abrangida a possibilidade de alguma participação o titular de tal documento.

O facto de estarmos perante prática muito difundida não a torna mais legítima, sendo certo que outros métodos alternativos de controlo podem ser perfeitamente estabelecidos, como já sucede em vários serviços públicos.

Nestes termos, tendo presente o teor dos preceitos legais acima referidos, sugiro a Vossa Excelência que, através dos meios que julgue mais adequados e oportunos, difunda junto dos serviços da Administração Pública a informação pertinente sobre a ilegalidade da conservação em seu poder do bilhete de identidade, salvas as excepções previstas na lei, designadamente para controlo de visitantes.

Na sequência desta tomada de posição, foi emitida pela Inspecção-Geral da Administração Pública a Circular 1/IGAP/2003, distribuída a todos os serviços públicos, na qual se acatava o entendimento expresso pelo Provedor de Justiça, mandando cessar eventuais práticas em contrário e buscar soluções alternativas para o controlo de visitantes.

R-0125/03
Assessor: Genoveva Lagido

Entidade visada: Director-Geral de Viação
Assunto: Despacho n.º 12 159/99, de 25 de Junho.

Reporto-me ao Despacho de V.ª Ex.ª com identificação em epígrafe, respeitando às condições em que é permitido o ensino prático de condução no local de exame, por escolas sediadas em outros concelhos.

Foi-me a este respeito suscitada a questão de estar alegadamente a ocorrer, por parte das autoridades policiais, a aplicação de sanções pecuniárias em situações verificadas em sexta-feira, estando o exame marcado para a segunda-feira seguinte.

Creio que uma interpretação correcta do Despacho n.º 12 159/99 bastaria para considerar como lícita a conduta em questão, não me parecendo crível que pretendesse V.ª Ex.ª impor aos alunos que desejassem beneficiar da permissão em causa a tomada de lições durante o fim-de-semana ou, pelo menos, ao domingo. Na verdade, mais do que bulir com o descanso semanal dos alunos, parece mais atendível pensar-se na potencial negativa do instrutor em realizar a actividade de ensino ao fim-de-semana, *maxime* no domingo, para além do previsível aumento de custos para o aluno no caso contrário.

Partindo do princípio que estará a ser desrespeitado o pensamento que presidiu ao citado despacho, será, contudo, mais prudente atalhar cerce a possibilidade de raciocínios de teor idêntico ao que fundamenta as reclamações apresentadas, motivo pelo qual agradeço a V.ª Ex.ª que me queira informar sobre a sua disponibilidade para emitir despacho interpretativo, substituindo "dia anterior" por "dia útil anterior" no n.º 1 do despacho n.º 12 159/99 ou, pelo menos, aditando um novo número, permitindo o

ensino aí previsto ao sábado, quando seja esse o último dia antes do exame, descontando domingo e feriados.

Este entendimento foi sufragado pelo Despacho n.º 16 286/2003 (2.ª série), de 21 de Agosto.

R-0153/03
Assessor: Ana Corrêa Mendes

Entidade visada: Directora Regional de Educação do Centro
Assunto: Seguro escolar.

Foi apresentada uma reclamação, criticando-se o entendimento assumido por Despacho de V.ª Ex.ª, de 19 de Setembro p. p., comunicado ao CAE de Leiria.

Consistiu tal entendimento em defender não se enquadrar a indemnização dos danos sofridos pelo menor e por terceiro no âmbito do seguro escolar, em virtude de "*não estarem reunidas cumulativamente as condições estipuladas no art.º 22º da Portaria n.º 413/99 de 8 de Junho, por forma a qualificar o atropelamento como acidente escolar*", designadamente por *"a responsabilidade do acidente não ter sido definida judicialmente visto que não foi apresentada queixa às autoridades pelo encarregado de educação ou atropelante"*.

Analisado o art.º 22º da Portaria n.º 413/99, de 8 de Junho, surgem algumas perplexidades que aqui se desejaria expor a V.ª Ex.ª.

Assim, observada a letra do preceito, designadamente no n.º 1, a), verifica-se que a portaria apenas exige uma atribuição de responsabilidade pelas "autoridades competentes", conceito que aparenta ser mais vasto do que o de "sentença judicial transitada em julgado" ou equivalente.

Se em última análise poderá dizer-se que são os tribunais as únicas entidades competentes para dirimir conflitos entre privados (cfr. art.º 202.º, n.º 2, da Constituição), não parece lícito

reconduzir todas as realidades à necessidade de intermediação judicial, mormente quando inexiste conflito.

No caso vertente, até pela circunstância feliz de a única testemunha da ocorrência ser um tio do menor e concordar no seu depoimento com a condutora do veículo atropelante, inexiste qualquer conflito sobre a responsabilidade do mesmo menor.

Se a portaria se não satisfaz com essa concordância e exige a intervenção das autoridades competentes, parece corresponder à sua letra e ao seu espírito a elaboração de auto de notícia por parte das forças policiais, ainda que, manifestamente e por força da sua natureza, não possa concluir-se de tais documentos em termos vinculativos para terceiros.

Não é o caso na presente situação, em que as partes envolvidas concordam na atribuição de responsabilidades, seguindo os termos exarados no auto elaborado pela Guarda Nacional Republicana.

A exigência de recurso à via judicial parece despropositada na ausência de conflito que se queira sanar, já que o aluno, reconhecendo-se culpado, não poderá intentar acção de condenação de si mesmo, sendo inimaginável que deva, contra toda a verdade que admite, pedir a condenação do condutor do veículo atropelante, sabendo que a culpa é sua. A sua má fé seria manifesta, muito embora impelida pelo entendimento que motiva a presente reclamação.

Solução diversa, isto é, a de exigir que o condutor do veículo intente uma acção contra o aluno é colocar este, para ressarcimento dos danos próprios, na dependência da vontade de terceiro. Se, porventura, este terceiro não teve danos próprios, não será descabido pensar na altíssima probabilidade de nunca ser suscitada tal iniciativa processual, sendo certo que, sem danos, nunca existiria interesse em agir por parte do condutor.

Diga-se, ainda, que a exigência de se seguir a via judicial será também despropositada, não conferindo segurança adicional à determinação administrativa, já que, em todo o caso, sempre poderia uma parte intentar a acção, confessando a outra o pedido.

O resultado obtido nenhuma certeza e segurança adicionais traria ao que já se sabe pelas diligências efectuadas pela autoridade policial.

Tratar-se-ia de exigência superlativa, colocando os alunos e os terceiros na dependência de processo judicial, que, embora simples, nada infelizmente garante que não seja algo moroso, por sua vez induzindo, pela sua inutilidade, a ineficiência e aumentando a própria morosidade do sistema judicial.

Por último, a seguir-se o entendimento que ora contesto, perderia o sentido o disposto no n.º 2 do art.º 22.º da portaria em questão, quando admite, para suprir a não identificação do responsável pelo atropelamento, a ponderação das "*conclusões quanto à ocorrência das autoridades policiais ou judiciais*" .

Submetido o assunto à consideração de Sua Excelência o Secretário de Estado da Administração Educativa, foi assumida posição concordante com a acima expressa, determinando-se a qualificação do acidente em conformidade.

R-1360/03
Assessor: Maria Eduarda Ferraz

Entidade visada: Inspector-Geral doTrabalho
Assunto: Decisão negativa sobre as propostas de trabalho relacionadas com o exercício, por cidadãos angolanos e brasileiros, da actividade de segurança privada.

Reporto-me ao despacho de V.ª Ex.ª, comunicado à empresa ... , em 08 de Janeiro de 2003, que mantém a decisão do senhor delegado de Lisboa, de 22 de Janeiro de 2002, envolvendo uma informação negativa relativamente aos contratos de trabalho de um conjunto de cidadãos de nacionalidade angolana e brasileira, que pretendia trabalhar, em Portugal, no âmbito da actividade de segurança privada.

A propósito do teor do mesmo, permita-me que esclareça V.ª Ex.ª do seguinte.

A repristinação de normas eventualmente revogadas pelos preceitos legais declarados inconstitucionais é, na verdade, um dos efeitos em regra originados pela declaração de inconstitucionalidade originária com força obrigatória geral, expresso, aliás, no art.º 282.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa.

Esse efeito, quando exista, opera de modo automático, sem necessidade de declaração do tribunal nesse sentido.

No entanto, conforme defende a doutrina, casos há em que essa repristinação não opera ou pode operar. Para além do caso óbvio da inexistência de norma a repristinar, a propósito da eventual repristinação de normas inconstitucionais, refira-se o que diz Jorge Miranda (*Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI, Coimbra Editora, 2001, p. 257): *"a justiça constitucional não pode ser cega; tem de atender aos resultados das suas decisões, como o demonstra a possibilidade de restrição de efeitos prevista no art.º 282.º, n.º 4* (da Constituição). *Ora, se este preceito admite que não se verifique repristinação, isso significa que o Tribunal Constitucional há-de indagar das normas repristinadas para as afastar ou não; e não se vê como possa afastá-las em nome dos interesses aí contemplados e não também em nome do princípio da constitucionalidade"*. E acrescenta: *"O princípio do pedido (...) deve ser encarado como abrangendo não só a norma explicitamente especificada (...) no requerimento de apreciação que desencadeia o processo mas também, implicitamente, a norma que esta revogara – tudo no limite da razoabilidade da situação consequente à declaração"*.

De modo concordante, J. J. Gomes Canotilho (Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 5.ª edição, pg. 1004) esclarece que os efeitos repristinatórios "não devem aceitar-se incondicionalmente. Tendo em conta a sua razão de ser, é lógico que: i) existam esses efeitos quando entre nenhuma norma e a norma repristinada, seja esta a solução mais razoável; ii) não

existam quando a norma declarada inconstitucional não tiver revogado qualquer norma anterior".

Olhando apenas a este segundo aspecto, sempre se dirá que podia considerar-se porventura discutível esta repristinação, por ser também discutível a existência de fenómenos revogatórios entre o art.º 7.º do Decreto-Lei n.º 231/98 e o art.º 8.º do Decreto-Lei n.º 276/93. Na verdade, para além de todos os fenómenos de revogação tácita ou de sistema que se quisessem entrever, é o art.º 37.º do Decreto-Lei n.º 231/98 que revoga expressamente o Decreto-Lei n.º 276/93, sendo certo que em nenhum momento se coloca em causa a validade desta norma revogatória.

Ainda que assim não seja, atente-se na primeira vertente da citação acima enunciada de J. J. Gomes Canotilho, ou seja, se será razoável considerar-se como repristinada a norma do art.º 8.º do Decreto-Lei n.º 276/93.

O Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 255/2002, declarou com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma contida no art.º 7.º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 231/98, de 22 de Julho, por violação do disposto no art.º 165.º, n.º 1, alínea b), da Constituição. Isto é, decidiu o Tribunal Constitucional pela inconstitucionalidade orgânica da norma em causa, por violação da reserva de competência legislativa da Assembleia da República.

A repristinação defendida por V.ª Ex.ª resultaria na aplicação dos dispositivos contidos no art.º 8.º, n.ºs 1, alínea a), e 4, do Decreto-Lei n.º 276/93, de 10 de Agosto, na redacção conferida pelo Decreto-Lei n.º 138/94, de 23 de Maio.

Repare agora V.ª Ex.ª que estes dois diplomas legais foram emitidos, precisamente, no mesmíssimo quadro constitucional que o discutido no identificado acórdão, pelo Governo, no âmbito da sua competência legislativa própria – actualmente prevista no art.º 198.º, n.º 1, alínea a), da Constituição e, anteriormente, no art.º 201.º, n.º 1, alínea a), do texto fundamental, na sua versão de 1992.

Tratando-se da mesma matéria e inalteradas as regras de repartição da competência legislativa entre órgãos de soberania, parece manifesto que as referidas normas, constantes do art.º 8.º, n.ºs 1, alínea a), e 4, do Decreto-Lei n.º 276/93, na redacção que lhes foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 138/94, padecem, pela mesma ordem de razões das aduzidas pelo Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 255/2002, de inconstitucionalidade. Não se duvida, pois, que a formulação, junto daquele tribunal, de um pedido de fiscalização das mesmas, estaria votado ao sucesso, não fora o facto de, com toda a probabilidade, o tribunal concluir, pelas razões que adiante se explanarão, pela falta de interesse relevante, em virtude de não se ter operado repristinação e, consequentemente, estarmos perante normas inaplicáveis.

Ora, assim sendo, a repristinação dos preceitos em análise, defendida por V.ª Ex.ª, implica a aplicação pela Administração de normas também elas flagrantemente inconstitucionais.

Sem dúvida que, adoptando a terminologia do Professor Doutor Gomes Canotilho, é perfeitamente desrazoável defender-se a repristinação de uma norma com conteúdo idêntico à da norma declarada inconstitucional, quando a razão de ser desse vício – a violação do art.º 165.º, 1, b), antes art.º 168.º, 1, b), da Constituição – é a mesma.

É certo que o Tribunal Constitucional não se pronunciou, no caso concreto, sobre a eventual repristinação das normas revogadas pelas declaradas inconstitucionais, mas é possível extrair do teor do Acórdão 255/2002 um importante elemento no sentido do que defendo.

Na verdade, nesse mesmo aresto também se responde a iniciativa do Senhor Procurador-Geral da República, o qual, em 1996, suscitou a inconstitucionalidade, precisamente, da norma constante do n.º 4 do art.º 8.º do Decreto--Lei n.º 276/93, aditada pelo Decreto-Lei n.º 138/94.

Ora, a este respeito, responde o Tribunal Constitucional que: "A jurisprudência deste Tribunal vai no sentido de

considerar que a revogação de uma norma não retira, por si só, o interesse na apreciação da sua constitucionalidade, tendo em conta os efeitos da inconstitucionalidade prescritos no artigo 282.º da CRP (...). No entanto, tem este Tribunal igualmente entendido que se não justifica a utilização do mecanismo da fiscalização abstracta sucessiva, relativamente a normas já revogadas, sempre que não ocorra um interesse jurídico relevante – um interesse prático apreciável, ou seja, desde que se possa presumir que uma eventual declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, apenas viria afectar um número muito reduzido de situações. Em tais casos, o Tribunal tem optado por considerar desajustada a utilização da fiscalização abstracta sucessiva, entendendo não tomar conhecimento do pedido, por inutilidade superveniente, sendo certo que se algumas situações se encontrarem pendentes de decisão jurisdicional sempre as mesmas poderão ser resolvidas por via da fiscalização concreta da constitucionalidade(...)".

O raciocínio do Tribunal Constitucional acima expresso indica claramente que o mesmo não admitiu minimamente que a norma sindicada em questão, revogada pelo preceito que a mesma decisão declararia como inconstitucional, viesse a ser aplicada no futuro, designadamente pela Administração através da aplicação do fenómeno repristinatório.

É óbvio que não cabe à Administração a apreciação da constitucionalidade das normas. No entanto, deve a Administração, na interpretação que faz designadamente das decisões judiciais, retirar do teor destas, todo o seu sentido útil. Caberá desta feita, à Administração, interpretar as decisões judiciais por forma a que a aplicação concreta que vier a ser feita das mesmas não venha a revelar-se irrazoável.

É indiscutível que o Tribunal Constitucional, na situação em apreço, e apesar de não se ter pronunciado sobre a questão da repristinação das normas, nunca teria querido, com a decisão que tomou, a repristinação e futura aplicação de normas que padecem,

também elas, nos termos referidos, de vício idêntico ao que motivou a declaração de inconstitucionalidade em causa.

Caso tal possibilidade fosse representada, parece-me claro que o próprio Tribunal nunca se poderia esquivar a uma decisão sobre o objecto do pedido do Senhor Procurador-Geral da República, posição contrária constituindo inadmissível omissão de pronúncia que se não pode presumir e que me recuso a acreditar que possa ser assacada ao Tribunal.

Assim, a extracção do Acórdão 255/2002 de sentido e alcance diversos – designadamente a conclusão de que a declaração de inconstitucionalidade das normas em discussão tem inevitavelmente como efeito a repristinação dos preceitos já revogados, que fundamentou o despacho de V.ª Ex.ª aqui em análise – é, permita-me V.ª Ex.ª desrazoável e incoerente com a fundamentação e a própria decisão do Tribunal Constitucional constante do mesmo aresto.

Por tudo o que fica exposto, apelo vivamente a V.ª Ex.ª para que proceda à imediata revogação do despacho acima identificado, não sendo considerada, numa nova decisão sobre o objecto do mesmo, a solução legal estabelecida no art.º 8.º, n.º 1, alínea a), e n.º 4, do Decreto-Lei n.º 276/93, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 138/94, pelas razões atrás expendidas.

Naturalmente que idêntica posição deverá ser assumida em todos os casos em que se coloque a mesma questão.

Agradeço a V.ª Ex.ª que me queira comunicar o entendimento assumido face ao presente.

Orientação sufragada pela entidade visada.

R- 2225/03
Assessor: João Batista

Entidade visada: Director Regional do Norte do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras

Assunto: Emissão de 2.ª via de título de residência.

Agradeço a V.ª Ex.ª a comunicação, a propósito da qual cumpre tecer as seguintes considerações.

Estava em causa, por parte do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, a apreciação e decisão de pedido de emissão de uma 2.ª via do título de autorização de residência, de que é titular o Senhor ... , pedido esse que foi formulado no dia 9 de Maio de 2002, junto da Delegação Regional de Braga.

Não creio que seja justificável, numa simples substituição de um documento extraviado, que a demora de 16 meses verificada possa encontrar fundamento bastante nos motivos que vêm sendo alegados.

Assim, para a emissão de uma 2.ª via de documento anteriormente emitido, de forma regular, pelo Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, é manifestamente excessivo prejudicar o requerente em quase ano e meio, alegando-se única e exclusivamente a suspeita de aquele acto poder vir a revelar-se inútil, com base no facto de o exponente "poder ter a nacionalidade portuguesa".

Em bom rigor, tratando-se de cidadão que, embora nascido e a residir no nosso país, era detentor de autorização de residência, manifestando interesse em titulá-la, sempre seria de supor que o mesmo não fosse, à partida, nacional português, pois tal sempre tornaria algo enigmática a razão pela qual pretenderia obter por autorização aquilo que deteria já por direito próprio.

Se inutilidade existisse no acto, a tutela adequada da situação imporia a substituição rápida do documento extraviado, encetando-se simultaneamente, se algum interesse público fosse visível, as diligências para apuramento da nacionalidade do interessado. O contacto directo com o mesmo, aliás, teria por efeito provável a declaração, conforme fez ao Provedor de Justiça, que estava precisamente a requerer a concessão da nacionalidade portuguesa, para tanto carecendo do título de residência.

Estando já entregue o referido título ao interessado, conforme se apurou telefonicamente, não obstante se agradecer a colaboração dispensada, é imperioso que, nos termos do art.º 33.º do Estatuto do Provedor de Justiça, se chame a atenção de V.ª Ex.ª para a necessidade de, em aplicação de princípios tão relevantes como o da desburocratização e o da eficiência, já para não falar do de decisão, seja evitada a reprodução desta situação ou outra de análogo jaez.

2.7.

Extensão da Provedoria de Justiça na Região Autónoma dos Açores

Assessor:

Miguel Menezes Coelho

2.7.1. Introdução

1
Considerações Gerais

1. Durante o ano de 2003 pôde finalmente considerar-se alcançada aquela que constituiu, desde a data da criação da extensão em 1996, uma das principais preocupações da Provedoria de Justiça nos Açores: *a cobertura harmoniosa de todas as ilhas do arquipélago*. Na verdade, com referência à origem geográfica das queixas, 2003 trouxe um esbatimento da predominância da Ilha Terceira, onde está sediada a extensão (que, mesmo assim, se situou nos 43,8% do total de reclamações) e, em paralelo, um relativo equilíbrio estatístico das restantes ilhas (com destaque para as 23,6% das queixas com origem em São Miguel; 19,1% da Ilha do Faial e 6,7% do Pico).

2. Esta tendência é testemunhada, também, no número de reclamações apresentada contra a actividade das autarquias da Região, na medida em que – pela primeira vez desde a instalação da Extensão nos Açores -, a principal entidade (da administração local) visada foi, não a Câmara Municipal de Angra do Heroísmo (cuja actividade originou 22% das queixas relativas à Administração Local), mas a Câmara Municipal de Ponta Delgada (30,5%).

3. Outro aspecto relevante do ano agora findo foi a grande influência estatística da verificação de um único facto com incidência local e relevância plurisubjectiva como foi, no caso em apreço, a questão das dificuldades verificadas no *processo de reconstrução das habitações danificadas em resultado do sismo de 1998 nas Ilhas do Faial e Pico* (15% da totalidade dos processos tratados em 2003). Note-se que, em anos anteriores, acontecera facto semelhante, primeiro em resultado do deficiente

funcionamento de um determinado juízo de um tribunal judicial da Região e, depois, por causa de processos motivados pela cobrança excessiva de 'chamadas de valor acrescentado'. Também nestes casos notara-se que, para influenciar decisivamente as tendências anuais verificadas na Extensão dos Açores – em termos de origem geográfica das queixas, de características sócio-profissionais dos reclamantes, de principais entidades visadas, etc. - basta, por vezes, um único acontecimento geograficamente localizado.

4. Resultado, pelo menos em parte, de alguma dificuldade em dar corpo a uma efectiva *democracia participativa* ou a um verdadeiro *escrutínio popular* das decisões administrativas, tem-se generalizado o recurso ao Provedor de Justiça para sindicar algumas categorias de decisões dos órgãos administrativos cuja averiguação, em princípio, não caberia a este órgão do Estado, uma vez que resultam do exercício de opções de cariz essencialmente político. Não sendo manifestações exclusivas da localização de instalações potencialmente poluentes (denominadas, na expressão anglo-saxónica, 'LULU – Locally Undesirable Land Uses') o certo é que a grande maioria das *reclamações apresentadas na Extensão dos Açores sobre a demarcação geográfica de investimentos incide em situações de decisão (política)* sobre a localização de estabelecimentos potencialmente poluentes. A título de exemplo refiram-se queixas sobre a localização de hóteis na orla marítima e contra opções urbanísticas constantes de um Plano Director Municipal (*v.g.*, índices de construção, áreas de expansão urbana).

5. Sem embargo do facto de, no domínio da sociologia ambiental, as manifestações dos fenómenos 'NIMBY - Not in My Backyard' ou 'BANANA - Build Absolutly Nothing Anywhwe Near Anybody' serem reconhecidas, e aceites, como reacções normais ao desenvolvimento das sociedades modernas, a Provedoria de Justiça nos Açores não se limitou a considerar não dispor de competência para tratar de matérias resultantes desta categoria de opções, antes tendo tentado averiguar, por um lado, o

cumprimento dos aspectos formais dos procedimentos reclamados (*v.g.* audição dos interessados, publicitação de convocatórias para audiências públicas, divulgação cabal de informações relevantes, respeito pelos prazos, realização de consultas obrigatórias) e, por outro, a conformidade das opções postas em crise com as soluções constantes dos pareceres técnicos pedidos e emitidos (ou, em alternativa, a fundamentação de decisão em sentido contrário). Na prática, os casos reclamados acabaram por conhecer soluções *mediadas* pelo Provedor de Justiça em que, ainda que não tenha sido posta em causa a legitimidade das entidades públicas competentes, foi obtido o acolhimento de sugestões no sentido de serem levadas em linha de conta as preocupações dos restantes interessados.

6. Igualmente importante foi a tendência, repetida e cada vez mais notada, do recebimento de *solicitações provenientes de entidades públicas, seja para pedir esclarecimentos, aclarações ou pareceres* do Provedor de Justiça. Neste particular, não é raro vislumbrar-se um simultâneo dúplice posicionamento, por um lado enquanto entidade visada e, por outro, na qualidade de impetrante. Com aquele atributo pode acontecer que o serviço da Administração não acolha uma sugestão do Provedor de Justiça mas, posteriormente e já investido no papel de interessado, peça a colaboração deste órgão do Estado para o exercício das respectivas atribuições (designadamente e como chegou a acontecer, para a elaboração de norma regulamentar sobre a matéria tratada em processo instruído na Provedoria de Justiça).

7. Outra conclusão incontestável da actividade desenvolvida em 2003 foi a repetição do generalizado descontentamento causado pela actuação quotidiana de diversos organismos, em especial da administração estadual indirecta e do designado sector público empresarial. Neste domínio, importa referir os casos paradigmáticos da TAP Air Portugal (enquanto detentora da concessão da rota de serviço aéreo Lisboa-Terceira-Lisboa e Lisboa-Horta-Lisboa) e da RTP - Rádio Televisão Portuguesa, porquanto são vistas no arquipélago como 'empresas

do continente' que não asseguram, pelo menos em benefício dos açorianos, o cumprimento das obrigações de *serviço público* em que estão investidas. Acrescente-se, contudo, que as dissidências relativamente à TAP pouco têm a ver com o serviço prestado na Região mas incidem, diferentemente, na assistência em terra (no aeroporto de Lisboa) e no (diminuto) número de voos diários entre os Açores e Lisboa. Já no que concerne a RTP nacional a queixa refere-se ao esquecimento que redunda em um desaproveitamento das valência e *know how* da estrutura regionalizada (a RTP Açores) e, também, ao desconhecimento revelado da realidade do arquipélago. De facto, se exceptuarmos as notícias de acasos naturais trágicos (sismos e tempestades) ou de eventos acolhidos no arquipélago ('Cimeira das Lajes'), quase nenhuma notícia sobre os Açores, ou sobre os açorianos, é difundida ao nível nacional, fazendo perdurar a ignorância e o desinteresse relativamente ao arquipélago, às suas gentes e cultura. Esta qualidade de reclamações, mesmo não dando origem a processo por extravasar a competência deste órgão do Estado, vai-se repetindo, de forma continuada, ano após ano.

8. Finalmente, duas notas sobre outros tantos aspectos da actuação administrativa que, apesar de serem de resolução aparentemente simples, teima em persistir sem quaisquer alterações sensíveis desde a data da instalação da Extensão dos Açores: o *generalizado incumprimento por parte da Administração Regional do dever de fundamentação* das decisões desfavoráveis que são comunicadas aos interessados por ofício e o *persistente atraso no cumprimento do dever de resposta* (que, por tão longa demora , chega a converter-se em pura e simples *omissão de pronúncia*). Registe-se que, iniciada a instrução dos processos em que são reclamadas as ilegalidades acima apontadas, a Provedoria de Justiça se limita – pelo menos em um primeiro momento – a solicitar que a Administração fundamente a decisão perante o administrado ou, então , que lhe responda. As mais das vezes, estes procedimentos são suficientes para satisfazer os reclamantes.

2
Actividade da Extensão

9. Em termos qualitativos persistiram, com bons frutos, os procedimentos inerentes aos *protocolos de boa colaboração* acordados com o Gabinete do Presidente do Governo Regional dos Açores, com as Câmaras Municipais da Praia da Vitória, de Angra do Heroísmo, de Ponta Delgada e da Horta que, na prática, visaram maior celeridade e simplificação das instruções em que estas entidades eram visadas. No total, 63% dos processos instruídos durante o ano de 2003 foram-no a coberto dos *protocolos de boa colaboração*.

10. Por outro lado, notou-se uma relevante *dicotomia*, ao nível da colaboração prestada à Extensão dos Açores, *entre o tratamento dos processos em que foram visadas, por um lado, entidades regionais e, por outro, organismos de índole nacional*, facto a que não terá sido indiferente a circunstância de, relativamente à Administração Regional, sempre subsistir a possibilidade de recurso ao Gabinete do Presidente do Governo Regional e, na Administração Local, usar-se quase sempre o contacto directo, e mesmo pessoal, com o Presidente da Câmara ou da Assembleia Municipal, ou da Junta ou da Assembleia de Freguesia. Para a Administração Central (que é visada em cerca de 13% das reclamações) e como é patente, inexiste semelhante mecanismo e os atrasos nas respostas chegam a ser de longos meses.

11. De facto, notou-se, indubitavelmente, que os serviços das entidades da Administração Central apresentam-se, tantas vezes, bem menos cooperantes do que os organismos regionais, seja em resultado da diluição das responsabilidades que as pessoas colectivas nacionais revelam ter no exercício das respectivas atribuições no arquipélago; seja em consequência da ausência de delegação de competências; seja, simplesmente, por efeito da sobrecarga burocrática resultante da centralização de todas as

decisões que não sejam de mero expediente. Em suma: na Região Autónoma dos Açores é evidente a omissão de uma efectiva desconcentração administrativa, na medida em que não há – nas matérias realmente relevantes – uma distribuição de competências entre os órgãos superiores (nacionais) e subalternos (regionais) com efeitos positivos nos cidadãos insulares.

12. Um exemplo pode ser trazido à colação para ilustrar o enorme distanciamento entre o Estado Central e os cidadãos insulares. Em um processo constatou-se que a autorização de consulta dos processos na Caixa Geral de Aposentações – designadamente para posterior pedido de cópia dos documentos necessários para instruir reclamação ou recurso - implicava necessariamente a deslocação à sede da instituição, em Lisboa. Mais tarde, e por sugestão do Provedor de Justiça, este procedimento veio a ser convertido na possibilidade de ser remetida cópia integral dos processos aos administrados insulares que demonstrem efectivo interesse.

13. Materialmente, os aspectos dominantes dos pedidos de intervenção dirigidos ao Provedor de Justiça através da Extensão na Região Autónoma dos Açores foram, por esta ordem: queixas contra *má administração* [incluindo-se nesta categoria as decisões 'arbitrárias' e, também, os casos de 'deficiente interpretação' de norma legal ou regulamentar]; a omissão do 'dever de pronúncia' e, por vezes, mesmo do 'dever de decisão'; reclamações sobre a localização escolhida para a instalação de estabelecimentos públicos ou a autorização para investimentos privados [incluem-se nesta categoria, igualmente, os casos de descontentamento manifestado relativamente a actuações discricionárias da Administração].

14. Finalmente, vem-se acentuando a tendência para denunciar, directamente através do Provedor de Justiça, crimes alegadamente praticados por titulares de órgãos de entidades públicas. Neste aspecto particular, tem-se entendido que, em respeito pelo disposto no artigo 35º, n.º 1, do Estatuto do Provedor de Justiça, não deve este órgão do Estado converter-se

em mero intermediário entre o reclamante e o MP, até porque este pode adquirir a notícia do crime directamente da comunicação daquele; assim, apenas nas situações em que, no decurso da instrução de processos, o Provedor de Justiça tenha conhecimento de crimes, ou verifique existirem indícios fortes da sua prática, deve deles dar conhecimento ao MP.

3
Actividade Processual

15. Já em termos quantitativos a instrução processual realizada em 2003 computou 190 processos, 97 dos quais resultantes de queixas entradas nesse mesmo ano; dos restantes, 60 transitaram de 2002 (dos quais apenas 7 estavam em instrução, no dia 31 de Dezembro de 2003), 24 de 2001 (todos já arquivados), 6 de 2000 (restava 1) e 3 do ano 1999 (mantinha-se aberto, também, 1).

16. Aspecto essencial do ano de 2003 foi a circunstância de, em *40% dos processos, o prazo médio da instrução ter-se situado abaixo dos 12 meses.*

17. Os serviços cuja actuação mais vezes foi posta em crise perante o Provedor de Justiça foram o Centro de Promoção para a Reconstrução (17, 3% do total das queixas) e a Direcção Regional de Educação (15,5%).

18. Por outro lado, o facto de, na Extensão dos Açores da Provedoria de Justiça, cerca de 20% dos processos ter origem em queixa apresentada presencialmente nas instalações de Angra do Heroísmo, acarretou, desde logo, três consequências: por um lado, os interessados são recebidos e esclarecidos sobre o quadro de atribuições e competências deste órgão do Estado e, em face destas primeiras informações, pode mesmo acontecer a não apresentação de queixa (designadamente por manifesta improcedência do pedido); o segundo efeito é a necessidade de estarem disponíveis para o atendimento presencial (que é demorado), sempre, a funcionária administrativa e, por vezes, também

o único assessor na Extensão; finalmente, o terceiro corolário é a conclusão da existência de dois níveis de indeferimentos liminares, um meramente verbal (nos casos já descritos) e, outro, formal em resposta às comunicações consideradas como 'exposições gerais'.

4
Exposições Gerais

19. Em 2003 foram 48 os indeferimentos motivados por notória falta de competência deste órgão do Estado ou improcedência dos pedidos em que, portanto, não chegou a haver, sequer, atribuição de número de processo. Assim sendo, às 190 queixas instruídas poder-se-ia acrescentar um outro conjunto (correspondente a 25% do total de processos) em que as instruções são feitas sem dependência de formalismos fixos.

20. Relativamente aos assuntos que não motivaram a abertura de processo eles situaram-se, principalmente, na matéria do funcionalismo público (cerca de 30%) mas incluíram, também, os direitos dos consumidores, assuntos judiciários, ambiente e urbanismo, estrangeiros e segurança interna. Nestas situações, a não apresentação de queixa resultou do facto dos interessados terem sido esclarecidos, pessoalmente, da improcedência dos pedidos, da legalidade da actuação reclamada ou da impossibilidade estatutária da intervenção do Provedor de Justiça.

5
Áreas de Intervenção

§5.1.
Planeamento e administração do território; ambiente e recursos naturais

21. Por volta de ⅓ dos processos abertos em 2003 na Extensão dos Açores da Provedoria de Justiça referiu-se a 'urbanismo e obras' (11,5%) e a 'ambiente' (19,4 %).

22. Esta categoria de queixas *incide, na sua quase totalidade, nos assuntos compreendidos na actividade das autarquias locais* (*v.g.*, licenciamento ou a autorização de obras,

incomodidade resultante das emissões de ruído, regulamentos sobre estacionamento tarifado), ao passo que somente 3% das reclamações refere-se a matérias da competência da Secretaria Regional do Ambiente (*v.g.*, descargas de efluentes; conservação da natureza; qualidade do ar e da água).

§5.2.
Assuntos financeiros e economia

23. Menos de 4% das queixas versou matérias financeiras e, das reclamações recebidas neste domínio, a quase totalidade incidiu sobre a actividade dos serviços do Ministério das Finanças nos Açores. Neste aspecto particular, são essencialmente reclamados atrasos na instrução e decisão das reclamações graciosas relativas a cobranças fiscais indevidas.

24. Acrescente-se, igualmente, que 2,5% das queixas tratadas em 2003 foram relativas a apoios à agricultura e pecuária (todos eles resultantes, em parte, de financiamentos comunitários). Neste domínio específico repete-se o que foi dito a propósito da operacionalidade dos organismos da Administração Central, acrescentando-se apenas uma referência ao *deficiente funcionamento dos serviços regionais do 'IFADAP – Instituto de Financiamento e Apoio ao Desenvolvimento da Agricultura e Pescas' do 'INGA – Instituto Nacional de Garantia Agrícola', em termos de celeridade mas, também, na omissão de informação e na falta de apoio aos interessados.*

§5.3.
Assuntos sociais

25. Pelas razões já apontadas (processo de reconstrução das habitações danificadas pelo sismo no Faial, Pico e São Jorge) a matéria da 'habitação' conheceu um número anormalmente elevado de queixas (13,1% do total). Ainda na área dos assuntos

sociais, a educação (5,5%) e a segurança social (4,7%) foram assuntos igualmente com números sensíveis de processos abertos.

§5.4.
Assuntos de organização administrativa e função pública

26. Se, não obstante o vasto complexo de matérias que encerra, a '*função pública*' for considerada como uma única categoria, ela continua a prefigurar o *assunto mais vezes reclamado na Extensão dos Açores* (22,5%).

27. Ao mesmo tempo, note-se que pelo menos *20% dos reclamantes são funcionários públicos* (igualmente o mais vasto grupo identificado, seguido de muito longe pelos aposentados e reformados, que constituíram perto de 3,5% dos impetrantes), facto para o qual terá concorrido decisivamente o conhecimento mais profundo que estes profissionais demonstram ter do quadro legislativo e, concomitantemente, dos respectivos direitos de cidadania.

§5.5.
Assuntos judiciários; segurança interna e trânsito; registos e notariado

28. Mais de 6% das queixas referiu-se a *atrasos judiciais*, tanto ao nível da intervenção da actuação do Ministério Público como da magistratura judicial.

29. Destaque-se, como nota muito positiva, o facto do ano de 2003 ter assistido a uma substancial diminuição estatística da rubrica 'registos e notariado' (somente 0,5 % das queixas anuais), uma vez que este facto significou uma melhoria muito relevante no funcionamento da Conservatória do Registo Predial, Comercial e de Automóveis de Angra do Heroísmo.

§5.6.
Assuntos penitenciários e direitos, liberdades e garantias; direitos dos consumidores

30. Pese embora o facto da Extensão dos Açores ter organizado poucos processos sobre assuntos penitenciários, esta realidade foi afectada por defeito pelas inúmeras deslocações do assessor do Provedor de Justiça nos Açores ao Estabelecimento Prisional Regional de Angra do Heroísmo para conferenciar com alguns reclusos. Por outro lado, as excelentes relações mantidas com a Senhora Directora do Estabelecimento (que se estendem ao corpo da Guarda Prisional e demais funcionários) permitiu a resolução das diversas questões suscitadas sem necessidade de abertura de processo, ou de diligências formais escritas.

6
Outras Actividades

31. Durante o ano de 2003 foram realizadas *mediações* em três processos distintos (transferência de um estabelecimento poluente (pedreira); escolha da melhor localização para uma casa mortuária; conflito negativo de competências entre diversas entidades públicas numa situação potencialmente perigosa para a integridade física de inúmeros cidadãos). Nas duas primeiras situações, a mediação foi tentada por iniciativa dos reclamantes mas com posterior acolhimento das entidades públicas visadas; no outro caso, todas as entidades – conjuntamente - solicitaram a intervenção do Provedor de Justiça.

32. Ao mesmo tempo, a Extensão dos Açores alargou o recurso às inspecções, não só quando elas constituem o objecto dos processos (*v.g.*, Lares de Idosos dos Açores) mas, do mesmo passo, para auxiliar no âmbito da obtenção de prova no decurso de instruções, ou como forma de confirmação das informações anteriormente já recolhidas ou, também, para verificação de procedimentos ou de práticas administrativas.

7
Nota Final

33. Regista-se, por fim, que, para o ano de 2004, transitou a instrução de 1 único processo iniciado em 1999, igualmente 1 único originado em 2000, nenhum processo de 2001, 7 processos de 2002 e 38 de 2003. Deste modo, acentua-se a tendência para concluir a instrução dos processos em um prazo médio inferior a 12 meses.

2.7.2. Recomendações

Sua Excelência
o Presidente do Governo Regional dos
Açores

R-3237/01
Rec. n.º 1/A/2003
27.01.2003

I. Introdução

A questão da reconstrução das habitações permanentes que foram afectadas nas Ilhas do Faial e do Pico pelo sismo de 1998 motivou a apresentação na Extensão dos Açores da Provedoria de Justiça de diversas reclamações, em especial sobre situações verificadas durante a organização dos respectivos procedimentos administrativos. A instrução dos competentes processos foi sendo assegurada quer junto do Centro de Promoção para a Reconstrução (adiante, somente C.P.R.) quer através do Gabinete de Vossa Excelência quer, ainda e mais recentemente, em contacto directo com o Senhor Secretário Regional da Habitação e Equipamentos (adiante, S.R.H.E.). De facto, para além do tratamento dos processos, considerados individualmente, entendeu a Provedoria de Justiça justificar-se uma abordagem mais ampla das matérias que, ao longo dos tempos, foram sendo pontualmente trazidas perante este órgão do Estado, por forma a ser possível a formulação de conclusões gerais sobre o decurso do processo de reconstrução, sobre as principais dificuldades sentidas pelos beneficiários e, finalmente, sobre a existência de aspectos merecedores de aperfeiçoamento. O Senhor Ministro da República para a Região Autónoma dos Açores acedeu ao pedido da Provedoria de Justiça e promoveu uma reunião de trabalho, com o S.R.H.E., na qual foi possível passar em revista as diversas

situações que têm motivado o maior número de queixas na Extensão dos Açores.

Importa verificar que, para além dos processos cuja instrução já se encontrava então concluída, foi possível notar que, a partir de meados de 2001, foi recebido um número considerável de novas queixas sobre matérias que, ainda relacionadas com o processo da reconstrução, diziam respeito ou a uma fase mais adiantada dos procedimentos (*v.g.*, a alteração dos montantes inicialmente atribuídos ou a definição da tipologia das habitações a apoiar) ou a aspectos específicos da própria realização de obras de construção civil (*v.g.*, os defeitos de construção). Não obstante não poder afirmar-se que o objecto das diferentes queixas era genericamente idêntico, verificava-se que era sempre reclamada, por um lado, a actuação do C.P.R. e, por outro, os termos da interpretação que era dada às disposições legais que regulavam a matéria dos apoios à reconstrução. O facto de o C.P.R. figurar como entidade visada nada tinha de estranho se se atentasse, primeiro, ao conjunto de atribuições e competências que detém naquele domínio e, depois, à circunstância de aquela entidade assegurar a quase totalidade dos contactos com os particulares interessados. Por estas razões, as questões susceptíveis de gerar descontentamento nos processos de reconstrução – mesmo aquelas que provinham das opções consagradas nos diplomas legislativos ou que diziam respeito a entidades terceiras (*v.g.*, empreiteiros) – acabavam sempre por conduzir a reacções negativas relativamente ao C.P.R., mesmo que aquele organismo nada tivesse a ver com os factos reclamados. Também por esta razão, tornava-se relevante não só conhecer os traços gerais da actuação do C.P.R. como, e especialmente, esclarecer, em termos tendencialmente definitivos, a interpretação das disposições legais relevantes e o enquadramento dos beneficiários no âmbito de aplicação de determinadas normas. Foi esta, em suma, a preocupação comum às diferentes instruções.

Concluída a análise dos diversos processos, a Provedoria de Justiça entende estar, agora, em condições de extrair as principais

conclusões suscitadas pela averiguação das situações inseridas na reconstrução. Sem embargo de se proceder, depois, à abordagem geral das questões julgadas pertinentes, começar-se-á por atender, circunstanciadamente, às queixas apresentadas na Extensão dos Açores da Provedoria de Justiça.

II. As queixas

Ver Quadro no anexo

Nota: Contém uma indicação meramente sumária dos elementos dos processos ainda em instrução na Extensão dos Açores da Provedoria de Justiça, sem qualquer preocupação de exaustividade.

III. O agrupamento das situações suscitadas e traços gerais do regime jurídico

Afastando-me, agora, das situações particulares versadas nos processos tratados na Provedoria de Justiça, procurarei buscar conclusões mais amplas sobre os principais motivos das queixas, as dificuldades mais vezes sentidas e, também, sobre os procedimentos que entendo deverem ser corrigidos.

§1
Questão prévia: As medidas excepcionais de carácter financeiro adoptadas na sequência do sismo de 9 de Julho de 1998

Todas as situações aqui abordadas decorreram da aplicação do regime jurídico especialmente criado para fazer face aos efeitos do sismo que, em 9 de Julho de 1998, afectou as Ilhas do Faial, Pico e São Jorge. Como refere o proémio do Decreto Legislativo Regional n.º 15-A/98/A, de 25 de Setembro (adiante, DLR n.º 15-A/98/A), revelando-se a necessidade de "*reconstituir o parque habitacional*" destruído, foi criado um regime excepcional de

apoios financeiros – consubstanciados em comparticipações a fundo perdido ou em financiamentos sob a forma de créditos reembolsáveis a taxas de juro bonificadas – para propiciar "*a aquisição, construção, reconstrução, reabilitação e reparação de habitações*" (artigo 3º) onde se processava a vida de cada pessoa ou agregado familiar. Este primeiro traço caracterizador do regime jurídico foi, fartas vezes, esquecido ou desconsiderado pelos interessados e, não sem alguma surpresa, veio até a ser invocado como pretensa base legal para pedidos que nenhuma ligação tinham com a intenção de reabilitar o parque habitacional destruído ou com o propósito de reconstruir as habitações permanentes. Para este esporádico desvirtuamento da *ratio* do regime não foram alheias, certamente, algumas dúvidas interpretativas que sempre surgiram e que tardam em ser esclarecidas.

Neste domínio, não será abusivo concluir ter o legislador optado, inicialmente e por um lado, por uma enumeração muito ampla das situações contempladas pelos apoios e, por outro, pela utilização de fórmulas vagas e suficientemente abrangentes, talvez preocupado em não excluir, à partida, quaisquer situações que pudessem carecer de intervenção ao abrigo desta disciplina especial. Neste aspecto particular, é suficientemente ilustrativo o caso das *dependências*, expressamente incluídas no objecto do diploma referido através do artigo 1º, e definidas, na alínea e) do artigo 2º, como "*todo e qualquer espaço ou edificação complementar à habitação, onde se incluem garagens, atafonas, arrecadações, adegas ou outros necessários à reposição da normalidade da actividade agrícola ou vitivinícola*". De facto, as expressões utilizadas - designadamente "*qualquer espaço*", "*complementar à habitação*" e "*reposição da normalidade da actividade agrícola ou vitivinícola*" – são demonstrativas da abrangência quase ilimitada desta noção de dependência, da qual resultou que, pelo menos aparentemente, todos os locais utilizados pelos sinistrados seriam susceptíveis de beneficiar de apoios, bastando para tal que fossem considerados

complementares de um espaço habitacional, ainda que situados em área não contígua às habitações. Este exemplo bastará, por agora, para compreender que a aplicação prática da disciplina dos apoios à reconstrução tenha, por um lado, suscitado reclamações e, por outro, carecido de preocupações interpretativas.

Exactamente no campo interpretativo, destaca-se a Circular n.º 1/99/CPR (adiante, circular) que foi, confessamente, um esforço de "*interpretação auto-vinculada*" com o objectivo de "*uniformizar os pareceres e tomadas de posição, de modo a conferir certeza e segurança aos actos decisórios*" (*vide* introdução da circular). Ir-se-ão referindo, quando tal assuma adequada pertinência, os procedimentos fixados na circular, designadamente quando ela tenha levado à prática de determinado acto reclamado; por agora, contudo, importará mencionar, somente, a enorme dificuldade suscitada pela compaginação entre o regime legal, aprovado por instrumento legislativo, e a sua aplicação prática, moldada decisivamente por uma mera circular interna sem qualquer eficácia extra-institucional.

Permito-me exemplificar - ainda no seguimento do que ficou atrás dito sobre as *dependências* – referindo que a circular determinou, na alínea a) do ponto 4, que "*só serão objecto de apoio nos termos do Decreto Legislativo Regional n.º 15-A/98/A, cit., as dependências cujo beneficiário desse apoio declare expressamente, sob compromisso de honra, que essas construções possuem utilidade exclusivamente habitacional, sendo, pois, utilizadas na sua vivência quotidiana*". Pese embora não se pretender contestar a bondade das soluções adoptadas pela circular, o certo é que não subsistem quaisquer dúvidas relativamente ao facto de ela não se limitar a uma despreocupada "*interpretação auto-vinculada*" mas configurar, verdadeiramente, um caso de interpretação correctiva, (que é, não posso deixar de lembrar, absolutamente proibida pelo ordenamento jurídico português). O C.P.R. terá entendido, certamente, que "*a razão da lei* [era] *contrária a interesses que se* [pretendiam] *superiores*" (ASCENÇÃO, OLI-

VEIRA, *O Direito Introdução e Teoria Geral*, Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª Edição, Lisboa, 1983, p.330), como fica demonstrado – se algumas dúvidas subsistissem – no trecho do ponto 2 da circular que, a propósito da conjugação dos mecanismos previstos nos artigos 6º e 8º, n.º 2, do DLR n.º 15-A/98/A, refere que "*(...) uma tão flagrante desigualdade de tratamento da mesma situação, com efeitos penalizadores para a situação sociologicamente mais grave não pode, de todo, corresponder a interesse claramente fixado pelo legislador, ferindo por completo a teleologia da norma, como reconhecem os senhores deputados regionais (...)*". Notoriamente, a circular do C.P.R. visou, pelo menos em alguns casos, corrigir a "*pouco cuidada redacção do texto legal*" (como expressamente afirma o p.5 da circular), configurando, então, um caso de produção de normas internas com eficácia extra-institucional, situação que, consabidamente, viola a natureza daquele tipo de actos.

Uma vez que muitos dos pedidos de intervenção relativos à matéria da reconstrução foram chegando à Provedoria de Justiça durante o ano de 2001 – logo, quando os diversos processos estavam já em curso decisivo e decorriam da aplicação dos procedimentos prefixados -, entendi ser totalmente despropositado tentar uma actuação ao nível das fontes de direito, para mais reconhecendo que elas estavam suficientemente plasmadas no DLR n.º 15-A/98/A; considerei, então, que a problemática dever-se-ia situar ao nível concreto da adopção das soluções práticas decorrentes da interpretação do texto legal, e não da redacção deste último.

Mas importa verificar, também, que, mesmo depois de se ter revelado a evidência da contradição entre algumas soluções consagradas nas disposições do DLR n.º 15-A/98/A e o entendimento fixado na circular, não pude evitar a conclusão de que, em diversas situações, o procedimento auto-vinculado do C.P.R. conferia, indubitavelmente, um tratamento mais favorável para os beneficiários do que aquele que resultaria directamente da aplicação do decreto legislativo regional. Foi o caso, também ele

sintomático, das situações de "*impossibilidade de intervenção em habitações sinistradas, por força de condicionalismos de natureza preventiva, urbanística ou ambiental*", tratados no ponto 2 da circular. Na verdade, para aqueles casos, foi fixado internamente o seguinte procedimento: "*quando a razão de ser da opção por aquisição ou construção de nova habitação residir no facto de não poder a habitação sinistrada ser objecto de qualquer intervenção, por força da existência de alguma das razões condicionantes referidas no n.º 1 do artigo 6º, poderá o sinistrado adquirir ou construir uma habitação com tipologia correspondente à anteriormente existente, a exemplo do que sucede em matéria de reconstrução ou reabilitação, não se lhe aplicando as limitações decorrentes dos n.ºs 2 e 3 do artigo 8º*". Como é bom de ver, a circular alargou, de forma decisiva, a possibilidade de os sinistrados adquirirem ou construírem com respeito pela tipologia preexistente na habitação sinistrada ultrapassando, em muito, a previsão legal.

Ponderado tudo, a minha posição ao longo da instrução dos diversos processos acabou por revelar uma particular atenção à justiça das soluções concretas encontradas, ainda que assegurada em detrimento do efectivo cumprimento das formalidades previstas nos instrumentos legais e regulamentares aplicáveis; por outro lado, uma vez que foram fixados procedimentos novos no interesse dos beneficiários – como foi o caso tratado no ponto 2 da circular – entendi que importava, agora, garantir a igualdade de tratamento de todos os sinistrados, em vez de rebater as soluções adoptadas. De facto, mais do que os aspectos de estrita legalidade formal, considerei que a intervenção que me era pedida poder-se-ia revelar especialmente proveitosa enquanto contributo para a resolução das situações socialmente relevantes, desde que devidamente enquadradas nos objectivos primordiais do programa da reconstrução e desde que fosse garantida a igualdade de tratamento dos sinistrados.

Para sustentar esta posição, a Provedoria de Justiça considerou, como vectores fundamentais a levar em conta na

apreciação dos processos, aquelas que se julgava serem também as preocupações principais reveladas na elaboração do quadro de apoios a conceder, a saber:

- a necessidade de reposição da normalidade social dramaticamente afectada pelo sismo de 9 de Julho de 1998;
- a urgência na intervenção, em especial ao nível da reconstrução do parque habitacional das Ilhas do Faial, Pico e São Jorge;
- o respeito pelos elementos "composição" e "rendimento" dos agregados familiares a apoiar.

Nunca evitando as pertinentes chamadas de atenção para os aspectos particulares de cada processo que entendo justificarem reparos, o meu principal objectivo foi, sempre, assegurar, em cada caso, as soluções socialmente mais justas.

Retomando, uma vez mais, o exemplo do apoio à reconstrução das *dependências*, faço notar que aceitei como justa a solução encontrada (mesmo que ela colida, em grande parte, com a *letra de lei)*, em atenção à finalidade social do regime da reconstrução e à óbvia prioridade que, neste domínio, importa conferir à componente habitacional.

Ainda assim, não posso evitar um reparo não à bondade material da solução encontrada mas, diferentemente, à utilização de uma fonte normativa interna como meio para alcançar a "correcção" do pensamento legislativo; de facto, não podem restar dúvidas sobre o facto de um tal papel caber, em primeira mão, à própria Assembleia Legislativa Regional – aceitando-se, também, a intervenção do Governo Regional mas, aqui, unicamente no exercício do respectivo poder regulamentar (portanto, sem a susceptibilidade de consagração de soluções diferentes daquelas vertidas no DLR n.º 15-A/98/A). A utilização da circular não foi, notoriamente, o meio juridicamente adequado, parecendo mesmo que, a entender-se ser necessária uma alteração de regime, ela deveria ter sido suscitada no Órgão Legislativo Regional, competindo-lhe decidir, no exercício das respectivas competências

consagradas na Constituição e no Estatuto Político-Administrativo, não só da pertinência das modificações como, e essencialmente, dos respectivos termos específicos.

Não posso evitar concluir que, no caso em apreço, os contornos particulares da reconstrução foram definidos muito mais pelo C.P.R. do que pela Assembleia Legislativa Regional.

Mas, chegados aqui, impõe-se a seguinte nota final: tendo aceitado, nos termos expostos, as soluções propugnadas na circular do C.P.R., elas foram tidas como regras genéricas (o que efectivamente são, não obstante a sua eficácia meramente interna), emitidas por quem detinha poderes de autoridade perante os respectivos serviços e que, como tal, deveriam vincular todas as decisões (sem excepção) proferidas pela estrutura hierárquica do C.P.R.

§2
A realização de mais valias com as habitações apoiadas e os apoios supervenientemente injustificados

O artigo 16º, do DLR n.º 15-A/98/A, contém uma disposição que impede, durante os oito anos seguintes à conclusão da realização das obras apoiadas ou à celebração da escritura de aquisição, a alienação das habitações adquiridas ou construídas, pelos arrendatários ou pelos comodatários dos edifícios destruídos, nada referindo quanto à situação dos proprietários. Talvez em virtude desta omissão legislativa, em período recente surgiram relatos de situações de obtenção de benefícios económicos, designadamente através da venda de habitações cuja reconstrução foi apoiada com dinheiros públicos, levadas a efeito pelos proprietários dos edifícios sinistrados.

Uma vez que foi já desencadeado um procedimento de alteração legislativa, exactamente para consagrar mecanismos tendentes a impedir estas situações, considero que o assunto está em vias de resolução. Ainda assim, entendo dever alertar Vossa Excelência para a susceptibilidade de as situações relativas aos

proprietários (que, como tal, não estão abrangidas pela disposição contida no mencionado artigo 16º) serem enquadráveis no instituto do enriquecimento sem causa (artigo 473º, e ss., do Código Civil) –, mesmo nos casos em que os negócios tenham sido celebrados em data anterior à mencionada alteração legislativa. Com efeito, aqueles negócios não podem deixar de configurar situações de enriquecimento sem qualquer causa justificativa (porquanto alcançado à custa de apoios públicos especialmente criados para a reconstituição do parque habitacional afectado e para o auxílio dos sinistrados) que, como tal, devem dar lugar – até por imperativos éticos – à obrigação de restituição dos apoios. Verificando-se, ainda que *a posteriori*, que os dinheiros públicos atribuídos geraram mais valias para os sinistrados, justifica-se considerar terem inexistido os pressupostos, tanto factuais como de direito, que conduziram à qualificação dos beneficiários como pessoas carecidas de apoio.

Aliás, entendimento similar sobre a *ratio* do diploma impõe, também, o afastamento da concessão de apoios nos casos em que as habitações sinistradas pertenciam a cidadãos emigrados e estabelecidos, à data do sismo, em país estrangeiro. Com efeito e tal como na situação anterior, os emigrantes não podem – para efeitos da aplicação destes apoios excepcionais e urgentes - ser considerados merecedores de tutela jurídica na qualidade de sinistrados, desde logo porque não habitavam permanentemente nas casas destruídas ou danificadas. É despropositado, no presente contexto económico e social, sequer ponderar que os apoios sejam utilizados para a reconstrução de habitações secundárias.

§3
Os casos de incumprimento dos empreiteiros não contratados directamente pela SRHE

Nos termos do artigo 20º, do DLR n.º 15-A/98/A, todas as obras de reconstrução estão sujeitas a fiscalização pública,

assegurada pelos serviços competentes do Governo Regional, a qual visa garantir "*o apoio técnico ao acompanhamento das obras objecto de apoio*", tendo a S.R.H.E. esclarecido que a fiscalização de obras é assegurada, somente, para a comprovação do cumprimento das diversas fases dos trabalhos (designadamente para efeitos do pagamento atempado das *tranches* dos apoios), do respeito pela obrigação de executar a obra conforme a memória descritiva (ponto 32 da Resolução n.º 230-A/98, de 19 de Novembro) e não incide, portanto, sobre a verificação da qualidade dos trabalhos ou da execução segundo as *leges artis* da construção civil.

Estas explicações foram obtidas na sequência da análise de situações em que se verificou existirem defeitos, da responsabilidade dos empreiteiros, em obras que haviam sido contratadas directamente pelos beneficiários e após a ponderação da susceptibilidade dos empreiteiros incumpridores serem instados, pela S.R.H.E., a corrigir os trabalhos. Naqueles casos, ficou assente que a única possibilidade de intervenção da S.R.H.E. residiria, por um lado, na recusa da contratação futura daqueles empreiteiros (nomeadamente, nas situações de consulta ou ajuste directo) e, também, na identificação das pessoas ou entidades incumpridoras, por forma a desaconselhar a sua contratação por outros beneficiários.

Por esta razão e mesmo sabendo que as relações que se estabelecem entre os particulares e os empreiteiros são de direito privado e estão, por esse facto, excluídas do âmbito de actuação do Provedor de Justiça, entendo justificar-se a sugestão da feitura de uma "lista de empreiteiros incumpridores" o que, na ausência de uma intervenção sancionatória directa por parte dos serviços da S.R.H.E., constituirá um contributo na salvaguarda da qualidade da reconstrução e, também, na garantia da efectiva reposição das condições habitacionais dos sinistrados.

§4
A fórmula de apuramento dos montantes orçamentados e o desajustamento com os valores de mercado

Diversas reclamações deram conta da existência de casos de inflacionamento de preços por parte dos empreiteiros, facto pretensamente susceptível de conduzir a algum desajustamento entre os valores atendidos, pela Administração, para efeito da atribuição de apoios e os montantes efectivamente despendidos pelos beneficiários na reconstrução. Mesmo entendendo-se – como na situação anterior - que a questão da estipulação dos preços situa-se, no essencial, ao nível da contratação privada, parecia aceitável considerar que o Governo Regional deveria atender, designadamente na fixação dos montantes dos apoios, às circunstâncias particulares da conjuntura decorrente do sismo de 1998.

Conforme explicou a S.R.H.E. – lembrando, também, que o valor de referência era, até então, de 70 contos/m^2 - o diploma legislativo regional não deixou de considerar a susceptibilidade de ocorrer um acréscimo excepcional dos preços (resultante do súbito aumento da procura de empreiteiros por efeito das especiais necessidades da reconstrução), na medida em que fixou o valor da comparticipação, no artigo 10º do DLR n.º 15-A/98/A, em 80 contos/m^2 – valor que, posteriormente, foi actualizado para os 90 contos/m^2 (montante que actualmente vigora).

Verificando que, no tocante à eventualidade de ocorrer súbito aumento dos preços de construção, foram tomadas medidas no sentido de, por um lado, assegurar o efeito útil dos apoios concedidos e, por outro, limitar, na medida do possível, os eventuais prejuízos sofridos pelos particulares, considero que não existem quaisquer motivos de reparo neste domínio.

§5
As situações em que os apoios publicados por portaria foram, posteriormente, revogados (por ofício simples)

Diversos casos tratados na Provedoria de Justiça suscitaram a questão da revogação de apoios já devidamente aprovados e atribuídos por portaria publicada no J.O., ao abrigo do disposto no ponto 28 da Resolução n.º 230-A/98, de 19 de Novembro. Destaque-se que não me refiro, aqui, às situações em que era controvertida a validade da decisão posterior de redução ou revogação dos apoios mas, tão somente, à matéria da regularidade formal das respectivas decisões e comunicações de anulação.

Sendo pacífico que a atribuição de apoio deve ter cobertura legal através da publicação da portaria, afigura-se natural (e legal) que a revogação do mesmo, a existir, assuma a forma de um acto normativo de igual valor formal; deste modo, eventuais situações de incumprimento, por parte da Administração, por violação da obrigação de publicitação da revogação dos apoios não podem deixar de me merecer uma chamada de atenção.

No que concerne às situações particulares de revogação de apoios anteriormente publicitados que foram analisadas, considerei pertinente verificar, em cada caso, se os interessados haviam tido conhecimento atempado da alteração dos montantes concedidos e, também, se haviam sofrido prejuízos, efectivos e comprovados, com a modificação superveniente da anterior decisão. Registo, com satisfação, que, em todas as situações em que ficou demonstrado, designadamente, que os particulares envolvidos haviam assumido obrigações ou contraído dívidas em função dos apoios que foram, posteriormente, reduzidos ou anulados, o Governo Regional acedeu em indemnizar os beneficiários pelos prejuízos causados.

Diferentemente, nos casos em que os particulares, já plenamente conhecedores do novo enquadramento da respectiva situação, decidiram não conformar a sua actuação com o teor das

comunicações que receberam, e assumiram os gastos com as obras não apoiadas, entendi não dever sugerir a Vossa Excelência o pagamento de indemnizações, uma vez que os beneficiários não podiam alegar, naqueles casos, nem que agiram de boa fé nem, tão pouco, que desconheciam os montantes efectivamente atribuídos.

Como se vê, a Provedoria de Justiça entendeu dar menos relevância à questão formal – da publicação da nova portaria de anulação ou diminuição do apoio – do que à questão substantiva – do preenchimento dos requisitos materiais justificativos do benefício. Contudo, relativamente a estas situações, entendo dever solicitar a Vossa Excelência a averiguação, de forma exaustiva, da totalidade dos casos de revogação ou alteração dos apoios concedidos, uma vez que não deixa de ser pertinente a verificação da correcção dos procedimentos formais. E, antes mesmo de conhecer as conclusões, desde já sugiro a publicação de todas as portarias em falta (incluindo, por um lado, as relativas a processos já concluídos, por outro, aquelas que se referem a casos em que as comunicações de alteração foram asseguradas em reuniões entre o C.P.R. e os beneficiários e, também, as concernentes a situações cobertas por cartas registadas anunciando a redução ou a revogação dos apoios).

§6
A tipologia das habitações a apoiar, a compaginação com a área da habitação sinistrada e a reconstrução

A regra, relativamente à reconstrução e reabilitação das habitações sinistradas, consta do n.º 1 do artigo 8º, nos seguintes termos:

Artigo 8º

1. *As habitações a reconstruir e a reabilitar devem manter as áreas e tipologias correspondentes às anteriormente existentes, em condições de salubridade e segurança, com excepção das que se mostrem manifestamente*

insuficientes para o número de membros do agregado familiar, caso em que se poderá ampliar a moradia, de acordo com a tipologia do quadro previsto no n.º 2.

2. *No caso de o beneficiário adquirir ou construir uma habitação, esta deve subordinar-se ao limite máximo de área previsto no quadro seguinte:*

Agregado familiar (número de pessoas)	Habitação (tipologia)	Áreas brutas máximas (metros quadrados)
1	T1	70
2 ou 3	T2	90
3 ou 4 (*a*)	T3	106
4 ou 5 (*b*)	T4	117
5 ou 6 (*b*)	T5	133
6 ou mais (*b*)	T6	143

(*a*) Se do agregado familiar fizerem parte pessoas de sexo diferente.
(*b*) Se para além do casal fizerem parte pessoas de sexo diferente.

Em suma: caso viesse a verificar-se uma intervenção nas habitações destruídas, os sinistrados poderiam manter "*as áreas e tipologias*" preexistentes, ou mesmo ampliá-las (n.º 1); diferentemente, no caso de aquisição ou construção de nova habitação, exigir-se-ia o respeito pelos limites fixados no n.º 2, em termos de relação "agregado familiar/tipologia/área máxima". Por outro lado, nas situações em que não era permitido que os sinistrados reconstruíssem, reabilitassem ou reparassem as habitações sinistradas, dispõe o artigo 6º, nos seguintes termos:

"*Artigo 6º*

1.

empre que, por razões ambientais, urbanísticas ou de segurança, não seja legalmente permitido reconstruir, reabilitar e reparar a habitação sinistrada, poderão os sinistrados adquirir ou construir habitação em local diferente da habitação sinistrada, recorrendo aos apoios previstos no presente diploma.

2.

a última das situações previstas no número anterior, o beneficiário terá direito a um lote cedido gratuitamente

pelo Governo Regional, para efeitos de construção da habitação".

Parecendo que, nesta última situação, os sinistrados estariam condicionados pelos limites máximos previstos no quadro do n.º 2 do artigo 8º, o C.P.R. ponderou o descrito no anexo II, determinando a não aplicabilidade daquelas limitações legais. Deste entendimento do C.P.R. – mais, ainda, do que das dúvidas suscitadas pelo texto legal – resultou um grande número de queixas, em especial reclamando do facto de as novas habitações a construir terem áreas muito inferiores às dos edifícios sinistrados ou, mesmo, terem tipologias diferentes. Com efeito, não obstante o facto de a circular prever a possibilidade de os sinistrados que viessem a adquirir ou a construir uma nova residência poderem beneficiar de "*uma habitação com tipologia correspondente à anteriormente existente*" (p.5, *in fine*), aconteceu a situação invulgar de as queixas provirem da circunstância de o C.P.R. não cumprir os procedimentos que ele próprio havia fixado internamente (alegadamente mais favorável para os beneficiários do que a que resultaria da aplicação do texto legal) mas, diferentemente, aplicar aos sinistrados o regime do DLR n.º 15-A/98/A, "esquecendo" as suas orientações internas.

Após solicitação da Provedoria de Justiça, a S.R.H.E. esclareceu que a interpretação do C.P.R. ia no sentido de ser respeitada, somente, a "*tipologia*" das habitações e não significar, ao mesmo tempo, a coincidência das áreas respectivas. Para fundamentar esta posição, colhia-se apoio na letra da circular que fixou internamente o procedimento a seguir (que apenas menciona a correspondência das tipologias e nunca se refere às áreas). Uma vez mais, não deixei de aceitar a explicação, até porque, como é bom de ver, o C.P.R. cuidou de estabelecer – em claro benefício para os sinistrados – limites mais generosos para os beneficiários do que aqueles que resultariam da aplicação directa do DLR n.º 15-A/98/A; contudo, como foi já aflorado, a prática veio a revelar – pelo menos em uma situação - uma contradição insanável que importa referir e, também, reparar.

De facto, no processo R-3237/01 (Aç), constatou-se que a Senhora ... era proprietária de uma habitação sinistrada sita na freguesia dos Flamengos, que possuía uma área de 103m^2, com uma tipologia T3 (facto que foi reconhecido no ofício de 20/12/2001, do Gabinete de Vossa Excelência) pelo que, visto que estava impedida de reconstruir a habitação situada em zona de risco, esperar-se-ia que o C.P.R. atendesse, não à área da habitação sinistrada mas à respectiva tipologia. Assim sendo, a interessada teria direito – sem margem para quaisquer dúvidas – a uma nova residência com uma tipologia T3. Contudo, à sinistrada foi atribuída uma habitação tipo T1, com 70m^2, com a seguinte justificação, contida no já mencionado ofício do Gabinete de Vossa Excelência: "*tendo em conta que o agregado familiar da requerente é composto apenas pela própria, e que a casa se encontrava implantada sobre uma linha de água, não podendo, por isso, ser reconstruída, foi determinada, ao abrigo do disposto nos artigos 6º e 8º n.º 2, do Decreto Legislativo Regional n.º 15-A/98/A, de 25 de Setembro, a atribuição de um lote (o n.º 4) do loteamento do Farrobo para a construção de uma habitação tipo T1, com 70m^2*".

Como é bom de ver, nesta situação, a decisão incumpriu, de forma notória, o procedimento a que o C.P.R. expressamente se "*auto-vinculou*" e, do mesmo passo, constata-se que foram omitidas, na explicação à Provedoria de Justiça, as informações sobre a existência, e respectivos termos, da circular tendo-se actuado como se esta, pura e simplesmente, não existisse. Ora, como já referi anteriormente, a aceitação das soluções consignadas na circular impõe, necessariamente, a sua aplicação uniforme e generalizada, não podendo admitir-se que, umas vezes, ela justifique decisões "desajustadas" relativamente ao DLR n.º 15-A/98/A e, outras vezes, seja afirmado o primado da solução do texto legal (esquecendo-se a circular).

Pelo que fica exposto, devo recomendar a Vossa Excelência a urgente revisão da decisão relativa à Senhora ... e, bem assim, a

substituição daquela por outra que assegure a construção de uma habitação do tipo T3.

§7
O apoio às dependências

A questão – já amplamente aflorada – do apoio à construção ou reconstrução das dependências, foi tratada na Provedoria de Justiça a dois níveis distintos: por um lado, quanto à exclusiva relevância das dependências com natureza habitacional; por outro, quanto aos requisitos formais inerentes a cada dependência a apoiar (v.g., inscrição matricial e registo predial). Relativamente à primeira questão, foi já referido o essencial do problema, importando reafirmar a minha aceitação do entendimento segundo o qual existe justificação para decidir apoiar somente as dependências com utilidade exclusivamente habitacional (com o consequente afastamento daquelas utilizadas para o exercício de actividade agrícola, vitivinícola ou outra que confira às dependências "autonomia funcional relativamente à habitação", nos termos da alínea f) do ponto 4. da circular); igualmente concordo, genericamente, com os restantes termos da posição assumida pelo C.P.R. sobre esta matéria (anexo III). Já no que concerne aos requisitos formais, verificou-se que, em alguns casos, as descrições matriciais ou as cadernetas prediais estavam desactualizadas, designadamente em resultado do facto de a realização de obras de ampliação dos prédios não ter sido acompanhada do respectivo averbamento ou actualização.

Como se disse, o tratamento dos pedidos de apoio relativos às dependências não mereceu da Provedoria de Justiça uma apreciação negativa uma vez que, logo que ultrapassada a questão da divergência entre o regime estatuído no DLR n.º 15-A/98/A e as instruções do C.P.R., as decisões tomadas neste domínio específico revelaram-se, no essencial, equilibradas, em atenção à relevância social do tratamento prioritário dos casos de reconstrução ou reabilitação de habitações permanentes.

Ainda assim, também considerei – tendo informado os interessados deste entendimento – que, sempre que os sinistrados consigam demonstrar, com elementos de prova cabais, que as áreas das dependências a apoiar eram, à data do sismo, superiores às referidas nas descrições matriciais ou nas cadernetas prediais (e desde que as obras de ampliação tivessem sido legais ou susceptíveis de legalização), deverá o Governo Regional ponderar a área efectivamente preexistente.

§8
A dedução das indemnizações

Nos termos do disposto no artigo 9º, do DLR 15-A/98/A, deve ser deduzido do montante dos apoios a conceder o valor das indemnizações recebidas ou a receber por contratos de seguro relativos ao imóvel, bem como as quantias atribuídas em virtude de subvenções da Administração. Com efeito, a natureza excepcional e socialmente preocupada do regime de apoios à reconstrução justifica a adequação da atribuição das verbas públicas às necessidades efectivas dos sinistrados e, bem assim, a contabilização dos restantes apoios como património dos beneficiários.

Um caso tratado na Provedoria de Justiça suscitou a análise de uma situação particular em que um sinistrado, por efeito de um contrato de seguro, veio a receber determinada verba sobre a qual, no entanto, incidiu a dedução de um outro montante relativo a uma dívida preexistente. Pela singularidade da situação, importa esclarecer que a Provedoria de Justiça entende - concordando totalmente com a interpretação do C.P.R. - que deve servir de referência para o apuramento dos montantes a deduzir, nos termos do artigo 9º, a efectiva situação patrimonial dos sinistrados considerada à data da ocorrência do sismo. Quer isto dizer que, no caso da existência de dívidas relativas ao imóvel afectado mas anteriores ao sismo, não pode a Administração, nem assumir o respectivo pagamento nem, tão pouco, considerá-lo

como factor de diminuição do montante da indemnização recebida, uma vez que nenhuma relação pode ser encontrada entre aquelas dívidas e as indemnizações a receber em virtude de contratos de seguro. Em concreto, faço notar que, se alguém tinha, em 9 de Julho de 1998, uma dívida relativa a um imóvel, constituirá incumbência do sinistrado saldá-la; e se esse sinistrado vier a receber uma indemnização por contrato de seguro não lhe será lícito deduzir o valor da dívida ao montante da indemnização, invocando que só recebeu, efectivamente, uma quantia inferior. De facto, o regime de apoios especiais à reconstrução apenas visa a reconstituição da situação habitacional afectada pelo sismo e não pretende, ao mesmo tempo, conferir quaisquer outros benefícios financeiros aos sinistrados. Aliás, afigurar-se-ia despropositado verificar que uma determinada pessoa que tivesse, à data do sismo, uma habitação e uma dívida acabasse por ficar, em resultado dos apoios à reconstrução, com uma outra habitação e sem a dívida. É que, a ser assim, o regime previsto no DLR n.º 15-A/98/A asseguraria, não só a reconstrução das habitações sinistradas mas, também, o pagamento de outros benefícios financeiros sem qualquer relação com o sismo.

IV
Conclusões

Em suma, permito-me comunicar a Vossa Excelência que, relativamente aos aspectos do processo de reconstrução que foram analisados pela Provedoria de Justiça, entendo dever formular as seguintes conclusões:

I. As situações decorrentes do sismo que, em 1998, afectou o grupo central da Região Autónoma dos Açores, com particular incidência nas Ilhas do Faial e do Pico, não podem deixar de ser analisadas à luz de um regime de apoios de cariz excepcional e com uma marcada vertente social, baseado no princípio da solidariedade regional e nacional. Assim sendo, os beneficiários das ajudas não podem perder de vista que os apoios públicos

disponibilizados para a reconstrução constituíram, em exclusivo, auxílios especiais às vítimas do sismo *para a recuperação das situações sociais e económicas afectadas* e *não visou conferir quaisquer outros benefícios económicos para as pessoas enquadradas, geográfica e subjectivamente, naqueles instrumentos*.

II. O Provedor de Justiça não pode deixar de condenar, com veemência, os (poucos) casos que vão sendo relatados de pessoas que, tendo beneficiado de apoios públicos para a reconstrução de habitações afectadas pelo sismo, pretendem agora negociar a utilização ou a propriedade dos edifícios, com realização de mais-valias. Para além das medidas de cariz legislativo que estão a ser ponderadas, limitando no tempo a venda das habitações apoiadas, este órgão do Estado sugere o enquadramento daquelas situações no instituto do *enriquecimento sem causa* (artigo 473º, e ss., do Código Civil), uma vez que, notoriamente, careceu de justificação todo o recebimento de apoios que não se destinou à reconstituição do modo de vida afectado pelo sismo.

III. Para além dos aspectos jurídicos envolvidos, o Provedor de Justiça qualifica estas situações como moralmente condenáveis, até porque o recebimento de apoios por determinados beneficiários representou, sempre, a não atribuição a outros cidadãos afectados. Nesta medida, é socialmente intolerável assistir a casos de aproveitamento de situações de catástrofe para benefícios económicos. A Provedoria de Justiça congratula-se, por isso, com o facto de estarem em curso alterações legislativas tendentes a inviabilizar aquelas injustiças e considera, também, que o caso está a ser devidamente encaminhado.

IV. As necessidades especiais de reconstrução geraram, igualmente, algumas situações de aumento dos preços praticados por alguns empreiteiros com o consequente desajustamento com os valores de referência dos apoios públicos que estavam estipulados em 1998. Aqui, diferentemente da situação anterior, foi o funcionamento das leis de mercado que impôs o aumento dos

preços praticados por alguns empreiteiros, pelo que não era exigível à Administração senão que tomasse as medidas possíveis para acautelar os interesses dos particulares e, ao mesmo tempo, desincentivar novos aproveitamentos. Entende a Provedoria de Justiça que *as medidas tomadas pelo Governo Regional, no sentido da actualização dos valores dos apoios [fixado em 90 contos/m²] afiguram-se correctas e suficientes*. De facto, caso tivesse sido decidido dar cobertura, sem limites, aos preços estipulados nas contratações privadas, o mais certo era ter ocorrido um "inflacionamento" galopante, sem benefício algum para os sinistrados e com prejuízo grave para o erário público.

V. Relativamente aos casos de execução defeituosa das obras de construção contratadas directamente pelos sinistrados, o Provedor de Justiça, ao mesmo tempo que reconhece que as relações que se estabelecem entre os particulares e os empreiteiros são de direito privado, *sugere a feitura de uma lista de empreiteiros incumpridores* o que, na ausência de uma intervenção sancionatória directa por parte dos serviços da S.R.H.E., constituirá um contributo na salvaguarda da qualidade da reconstrução e, também, na garantia da efectiva reposição das condições habitacionais dos sinistrados.

VI. Por outro lado, pese embora reconhecer-se a irregularidade formal dos casos em que não foi publicada a competente portaria que reduziu ou revogou os apoios inicialmente concedidos, a Provedoria de Justiça entende não dever sugerir o pagamento de indemnizações nas situações em que se comprovou que os particulares foram atempadamente informados do novo enquadramento da respectiva situação, uma vez que aqueles casos afastam-se da actuação de boa fé fundada no desconhecimento. Contudo, o Provedor de Justiça entende que *devem ser averiguadas, de forma exaustiva, todas as situações de revogação ou alteração dos apoios concedidos, por forma a ser assegurada a correcção formal dos procedimentos*.

VII. A Provedoria de Justiça aceitou o entendimento do C.P.R. relativamente à *situação dos beneficiários que não*

puderam, por razões ambientais, urbanísticas e de segurança, reconstruir, reabilitar ou reparar as habitações sinistradas, até porque ele é mais favorável para os sinistrados do que aquele que resultaria da aplicação directa do DLR n.º 15-A/98/A. Deste modo, ficou estabelecido que, naquelas situações, *deveria ser respeitada, somente, a "tipologia" das habitações* mas que tal não significava, também, a coincidência das áreas respectivas.

VIII. Contudo, veio a verificar-se que, em uma situação, o C.P.R. não atendeu, nem à área da habitação sinistrada nem à respectiva tipologia, pelo que se impõe *recomendar a urgente reparação daquela decisão, profundamente injusta*.

IX. No que concerne às dependências, a Provedoria de Justiça entende dever aceitar o entendimento do C.P.R., segundo o qual *existe justificação para a decisão de apoiar somente as dependências com utilidade exclusivamente habitacional* (com o consequente afastamento daquelas utilizadas para o exercício de actividade agrícola, vitivinícola ou outra que lhes confira autonomia funcional relativamente à habitação).

X. *A questão da dedução, ao montante dos apoios públicos, dos valores das indemnizações recebidas ou a receber em virtude de contratos de seguro, nenhuma relação tem com a eventual preexistência, em data anterior ao sismo, de quaisquer dívidas relativas ao imóvel afectado*. Assim sendo, a Provedoria de Justiça concorda com a actuação do C.P.R. e com o entendimento de que a Administração não deve assumir o respectivo pagamento (nem considerá-lo como factor de diminuição do montante da indemnização recebida), sob pena de o regime previsto no DLR n.º 15-A/98/A passar a assegurar, também, o pagamento de outros apoios financeiros sem qualquer relação com o sismo, o que não se pretendeu.

V
Recomendações

Em face do que deixei exposto e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no artigo 20º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

a Vossa Excelência:

A. A urgente revisão do processo relativo à Senhora ..., substituindo-se a decisão de atribuição de um T1, com 70m² por outra que reconheça o direito a uma habitação com tipologia T3;
B. A correcção formal dos procedimentos relativos à revogação ou alteração dos montantes atribuídos, através da publicação das portarias que estiverem em falta;
C. A averiguação das situações denunciadas pelo Senhor ... e constantes da pág. IV do anexo I, por forma a verificar se elas configuram casos de atribuição de apoios a cidadãos que, à data do sismo, estavam emigrados.

Estou certo de que Vossa Excelência receberá o presente ofício como um empenhado contributo deste órgão do Estado, tanto no reconhecimento do muito que foi já assegurado no processo de reconstrução como, igualmente, na preocupação da correcção pontual dos aspectos que podem ser melhorados.
Também por esta razão, peço a Vossa Excelência que se digne diligenciar no sentido de o C.P.R. indagar a situação da Senhora ..., residente na Rua..., na medida em que a interessada me comunicou a dificuldade sentida na realização dos trabalhos de reabilitação da habitação em virtude de aquele edifício ter paredes comuns com os prédios contíguos. Ciente de que esta matéria configura, indubitavelmente, uma questão entre particulares,

entendo não se justificar qualquer recomendação do Provedor de Justiça; ainda assim, também reconheço que uma intervenção de Vossa Excelência será determinante na resolução célere e definitiva do conflito eventualmente existente, facto que motiva este meu apelo.

Finalmente, permito-me chamar a atenção de Vossa Excelência para a circunstância de, nos termos do disposto no artigo 38º, n.ºs 2 e 3, da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, a presente recomendação não dispensar a comunicação a este órgão do Estado da posição que vier a ser assumida em face das respectivas conclusões.

Aguarda resposta

Quadro

Processo	Questões suscitadas perante o Provedor de Justiça	Resposta / intervenção do C.P.R.	*NOTAS*
R-2565/01	1. Após a conclusão de uma obra executada por um empreiteiro contratado pela beneficiária, foram detectadas anomalias de construção; 2. Uma vez que a obra fora fiscalizada pela SRHE pretendia-se a intervenção desta, para pressionar o empreiteiro a corrigir os erros.	1. A escolha dos empreiteiros é da responsabilidade dos beneficiários; 2. A fiscalização dos trabalhos foi feita pela Delegação do Faial da SRHE; 3. Futuramente, nas contratações mediante consulta ou ajuste directo, o empreiteiro não irá realizar outros trabalhos para a SRHE.	Situação excluída da intervenção do Provedor de Justiça
R-2890/01	Existe desajustamento entre os preços orçamentados pelo CPR e os valores de mercado	- Nos casos de reabilitação, reconstrução e recuperação, o valor da comparticipação é aferido com base nas medições e orçamentos elaborados pelos gabinetes contratados pelo CPR, nos termos do art. 10º/1/als. b) e c), DLR 15/A/98/A.	Situação excluída da intervenção do Provedor de Justiça
R-3234/01	A área da habitação que foi apurada pelo CPR (64m2) não atendeu à ampliação (para 80,30m2) realizada antes do sismo	O CPR recebeu instruções para rever posição e informar a beneficiária que será considerada a totalidade da área e que a RAA suportará o custo do apoio	Situação resolvida
R-3237/01	1. A interessada dispunha de	Só após a conclusão do	Recomendação

Processo	Questões suscitadas perante o Provedor de Justiça	Resposta / intervenção do C.P.R.	*NOTAS*
	um T3 e viu ser-lhe atribuído um T1; 2. Assinou declaração apenas não inviabilizar o apoio; 3. A dependência estaria integrada na habitação	processo, a interessada veio reclamar	
R-3245/01	1. Foi publicado um apoio em 01/06/99; 2. Depois disto, o interessado contraiu empréstimo (24/02/2000)	O CPR comunicou ao interessado (em 03/11/99) a não atribuição do apoio, pelo ofício nº 1227, CPR.	Improcedente
R-4484/01	1. Foi publicado apoio de 6.157.750$00 (Port. EP/DH/99/39), que incluía apoio a dependência; 2. Depois, foi informado verbalmente da diminuição do apoio em 3.100.000$00; 3. A anulação nunca foi publicada.	1. Verificou-se que o apoio incluía dependência; 2. A diminuição foi aceite pelo interessado (que endossou cheque a D.R. Orçamento e Tesouro); 3. Apenas posteriormente veio reclamar	Improcedente
R-228/02	- A interessada tem uma casa com anexo (24m2) e pergunta: 1. Há ou não o direito à reconstrução? 2. E porque não ao mesmo tempo da moradia?	- O CPR tem entendido que deve ser dada prioridade à reconstrução das habitações principais e somente depois às dependências	Improcedente
R-720/02	1. Obrigatoriedade de construir com áreas / tipologias idênticas às sinistradas; 2. Nos casos de mudança de local não pode haver reconstrução; 3. O CPR obriga os sinistrados a custear os projectos.	1. Houve impossibilidade de intervencionar a habitação sinistrada por isso tratou-se de apoio à construção de habitação nova; 2. Excepcionalmente (após pedido), foi executado projecto de T4 com área de T5; 3. A área / tipologia da habitação a construir é superior à sinistrada	Queixa improcedente
R-757/02	1. A habitação foi danificada em 5% mas como está em zona de risco o interessado deve construir outra casa (terreno cedido pela RAA); 2. Como está no II escalão deve contratar empreiteiros; 3. Os valores orçamentados (T3 – 9.180.000$00) são irrealistas (+- 15.000.000$00)		Situação excluída da intervenção do Provedor de Justiça
R-805/02	1. O agregado familiar da interessada é composto por		

Processo	Questões suscitadas perante o Provedor de Justiça	Resposta / intervenção do C.P.R.	*NOTAS*
	uma única pessoa; 2. A casa sinistrada tem 80m2; 3. Devido ao grau de destruição a casa tem de ser demolida e reconstruída de raiz; 4. o CPR informou que, nos termos do art.8º/2, DLR 15-A/98/A, tem direito a 70m2; 5. Depois, veio informar ter assinado declaração de concordância.		
R-899/02	1. A habitação sinistrada tinha 104,12m2 e está em zona de risco; 2. A caderneta predial não estava actualizada (85m2); 3. O CPR informou que teria direito a T2, com 90m2, em função da composição do agregado familiar		
R-3071/02	Aguarda resposta ao ofício enviado ao CPR em 08/07/02		Foi solicitada resposta com urgência
R-3074/02	A habitação sinistrada tinha 120m2 e está em zona de risco; O CPR informou que teria direito a T3, com 106m2, em função da composição do agregado familiar; Quer ter apoio na mesma área, e ainda um anexo		
R-3097/02	1. O interessado é emigrante mas na casa sinistrada vivia um irmão; 2. Quer apoio; 3. Relata casos semelhantes que beneficiaram de apoios.		Improcedente
R-3266/02	1. O interessado tinha seguro no valor de 4.249.397$00; contudo, como tinha dívida ao Banco (2.362.200$00) só recebeu 1.953.010$00; o CPR, nos termos do art.9º, DLR 15-		

Processo	Questões suscitadas perante o Provedor de Justiça	Resposta / intervenção do C.P.R.	*NOTAS*
	A/98/A, obrigou a pagar 4.249.397$00; 2. Pergunta: dimensões das casas reconstruídas (tinha 141m2 e construíram nova com 90m2)		

Presidente do Conselho de Administração do
IFADAP
Instituto de Financiamento e Apoio ao
Desenvolvimento da Agricultura e Pescas

R-5938/01
Rec. n.º 2/A/2003
03.02.2003

I
Introdução:
O objecto do processo

1. O processo em apreço foi aberto na sequência do recebimento de uma queixa sobre o atraso no pagamento ao Senhor ... das comparticipações financeiras relativas aos anos de 1999, 2000 e 2001, devidas nos termos da celebração de contrato de atribuição de ajuda ao abrigo do Reg. (CEE) n.º 2080/92; contudo, uma vez que, já no decurso da instrução, este órgão do Estado teve conhecimento do pedido de devolução do prémio, feito através do ofício de 28/12/2001, do IFADAP (doc. 25), a matéria em análise passou a ser a própria decisão de devolução das ajudas recebidas pelo beneficiário (uma vez que, naturalmente, esta questão consumia aquela).

2. Estando pacificada a matéria factual inerente à situação do interessado dispenso-me de a repetir exaustivamente; ainda

assim, não será despropositado lembrar que, como V.Ex.ª cuidou de me informar (*vide* ofícios, de 15/03/2002 e de 07/05/2002), a situação reclamada teve início no facto de o Serviço de Desenvolvimento Agrário do Pico da Direcção Regional dos Recursos Florestais, ter enquadrado o beneficiário, em 02/11/94, no estatuto "Outro Agricultor", a que se seguiu a intervenção do IFADAP, no âmbito do projecto que recebeu em 25/10/95, ao atribuir ao Senhor ... um prémio por perda do rendimento.

3. Também não será redundante lembrar, ainda, que após a análise da documentação de suporte à atribuição do estatuto "Outro Agricultor", o IFADAP verificou a existência de incongruências, resultantes, nomeadamente:

a) do facto de as declarações de rendimentos não serem compagináveis com o plano de pagamentos, porque apresentavam proveitos cujos rendimentos só ocorreram posteriormente;

b) da circunstância de o beneficiário apenas ter iniciado a actividade em 02/01/95, pelo que não poderia, em 02/11/94, ter sido correctamente considerado "Outro Agricultor";

c) e, finalmente, porque, nos termos de declaração da segurança social, que atestava que o interessado era pensionista de velhice desde Fevereiro de 1982, ele havia cessado naquela data a actividade como produtor agrícola.

4. Deste modo, tendo verificado que fora atribuído ao Senhor ... um prémio cujo montante, calculado em função do estatuto "Outro Agricultor", dera origem ao pagamento de montantes superiores aos que tinha direito, nos termos do regime comunitário de ajudas às medidas florestais na agricultura [Reg. (CEE) n.º 2080/92, de 30 de Junho], o IFADAP deliberou reenquadrar o beneficiário no estatuto "Outro Beneficiário", nos termos do disposto no n.º 4 do artigo 3º da Portaria n.º 55/94, na redacção dada pela Portaria n.º 78/95, bem como exigir a devolução do montante processado em excesso, acrescido de juros.

5. Em conclusão e porque haviam sido processados os montantes de 17.906, 64€, em 30/12/97, e de 17.576,74€, em 30/12/98 e – uma vez que teria direito a receber uma verba

correspondente a 7.096,67€ -, o beneficiário deveria devolver o montante de 28.386,71€, acrescido de juros.

II
A instrução
§1
A declaração de 20/10/94

6. Em face das informações já então recolhidas, designadamente, sobre a qualificação do Senhor... como "Outro Agricultor" e sobre a intervenção dos Serviços de Desenvolvimento Agrário da Direcção Regional dos Recursos Florestais na confirmação dos elementos declarados no acto de candidatura, foi solicitado ao interessado que fizesse entrega de cópia dos elementos escritos de que dispusesse, tendo sido recebida cópia do documento dos Serviços de Desenvolvimento Agrário do Pico, de 20/10/94, que configurava o enquadramento do interessado na categoria "Outro Agricultor" (doc.1); do mesmo passo, solicitou--se ao IFADAP que enviasse cópia integral do processo do interessado.

7. Sem embargo das considerações relativas à análise do processo que adiante serão feitas, não pode evitar-se a constatação, perante a declaração de 20/10/94, de que o modelo de minuta utilizado apenas permitia que os interessados fossem enquadrados em uma de duas categorias: "Agricultor a Título Principal" ou "Outro Agricultor".

8. Relativamente ao beneficiário em apreço, a qualificação resultara do preenchimento, perante os Serviços de Desenvolvimento Agrário do Pico, da quadrícula relativa ao ponto 2. de uma minuta que era do seguinte teor:

Declara:

1. Ser "Agricultor a Título Principal" porque o rendimento da sua exploração agrícola é igual ou superior a 50% do seu rendimento global e porque o tempo de trabalho dedicado a essa exploração é superior a 50% do seu tempo total de trabalho;

2. X Ser "Outro Agricultor", porque pelo menos 25% do seu rendimento provém da actividade agrícola.

§2
O processo n.º ... na DRRF e no IFADAP

9. Sobre o processo cuja cópia foi solicitada ao IFADAP, julgo dever destacar o conteúdo de alguns documentos nele incluídos (apelando à compreensão de V.Ex.ª para a circunstância de a minha descrição ser feita, pelo menos tendencialmente, com base na respectiva datação cronológica ou seguindo a ordem sequencial dos documentos, uma vez que as respectivas folhas não vieram numeradas).

10. Os factos que se me afiguram mais relevantes são os que resultam dos elementos documentais que passo a elencar, partindo do início do procedimento de candidatura e finalizando no pedido de restituição das verbas. Assim, permito-me chamar a atenção de V.Ex.ª para o facto de o processo conter, sequencialmente, os seguintes documentos escritos:

a. os *documentos inicialmente produzidos pelos Serviços de Desenvolvimento Agrário da Ilha do Pico da Direcção Regional dos Recursos Florestais*, com data de 20/10/94, onde se nota a especialidade mencionada, supra, nos pontos 7 e 8 (doc.1);

b. o *projecto de investimento*, integrado nas medidas florestais na agricultura, de 25/10/95 (do IFADAP), que contém uma descrição da natureza do proponente com 5 categorias (ATP que cessa a actividade / Agricultor a Título Principal / Outros agricultores / Outros beneficiários / Organismo da Administração Regional ou Local), estando o interessado enquadrado em "Outros agricultores" (doc. 2);

c. a *análise n.º 1 do projecto, pela Delegação Regional dos Açores do IFADAP*, de 25/03/96, que contém uma descrição da natureza do proponente com 5 categorias (ATP que cessa a actividade / Agricultor a Título Principal / Outros agricultores / Outros beneficiários / Organismo da Administração Regional ou

Local), estando o interessado enquadrado em "Outros agricultores" e sendo os valores do investimento e do subsídio de 5.319.000$00 (doc. 3);

d. a *acta n.º 3/96, da Comissão Regional de Crédito*, na qual esta deliberou, em 25/03/96, atribuir ao interessado um subsídio de 5.319.000$00, "enquadrado nos moldes propostos" (doc. 4);

e. o *contrato de atribuição de ajuda ao abrigo do Reg. (CEE) 2080/92*, com data de 31/04/96, que refere a ajuda a conceder, no montante de 5.319.000$00 (doc. 5). Refira-se, ainda, que o reconhecimento das assinaturas neste contrato foi feito, em Loures, em *15/04/96*;

f. *um aditamento* ao contrato de atribuição de ajuda ao abrigo do Reg. (CEE) 2080/92, *igualmente com data de 31/04/96*, que refere uma ajuda no montante de 4.989.686$00 (doc. 6). O reconhecimento das assinaturas neste aditamento foi feito, em S. Roque do Pico, em *15/04/97*. Não é possível descortinar se os documentos dos contratos são complementares – como indiciaria a referência a "aditamento" – ou se este último substitui, na íntegra, o primeiro contrato, tratando-se, então, não de um aditamento mas de uma substituição total;

g. o *ofício de 26/03/96*, no qual o Delegado Regional do IFADAP comunica ao Director Regional dos Recursos Florestais que "o (projecto) foi aprovado (...) pelos montantes propostos" (doc. 7);

h. a *análise n.º 2* do projecto, pela Delegação Regional dos Açores do IFADAP, *com data de 27/03/97*, na qual os valores do investimento e do subsídio referidos são de 4.989.686$00 (doc. 8);

i. uma *informação*, sem data, do técnico superior da Direcção Regional dos Recursos Florestais (Jacinto Gil), onde se atesta que "o proprietário cumpriu o que estava no projecto" (doc. 9);

j. um documento referente ao *pedido de pagamento n.º 1*, do IFADAP, com data de 16/06/97 e no montante de 4.989.686$00,

que também dá conta do facto de o projecto estar concluído (doc. 10);

k. o *ofício de 03/03/98*, no qual o Administrador Florestal do Pico solicita informações, ao Delegado do IFADAP, sobre o pagamento dos subsídios ao interessado (doc. 11);

l. o *ofício de 17/02/99*, no qual o Delegado Regional do IFADAP pede ao Senhor... o envio de certidões comprovativas da situação regularizada perante a Segurança Social e Administração Fiscal (doc. 12);

m.o *ofício de 21/01/2000*, no qual o Director Regional dos Recursos Florestais envia, ao Delegado Regional do IFADAP, os requerimentos para pagamento dos prémios relativos ao ano de 1999 (doc. 13);

n. o *ofício de 15/02/2000*, no qual o Delegado Regional do IFADAP solicita ao interessado o envio de certidão comprovativa da situação regularizada perante a Segurança Social e a Administração Fiscal (doc. 14);

o. o *ofício de 10/04/2000*, no qual o Director Regional dos Recursos Florestais remete ao Delegado Regional do IFADAP as declarações sobre a situação contributiva do interessado perante a segurança social e a Administração Fiscal e solicita informações sobre os procedimentos a seguir, em face do teor da declaração da segurança social (doc. 15);

p. o *ofício de 24/05/2000*, no qual o Delegado Regional do IFADAP pede ao Director Regional dos Recursos Florestais o envio da deliberação da Direcção Regional dos Recursos Florestais sobre o projecto do interessado (doc. 16);

q. o *ofício de 28/06/2000*, no qual o Delegado Regional do IFADAP reitera o pedido anterior (doc. 17);

r. o *ofício n.º 2305, de 14/07/2000*, no qual o Director Regional dos Recursos Florestais presta, ao Delegado Regional do IFADAP, esclarecimentos sobre o enquadramento do beneficiário. Deve referir-se, pela relevância que assume no presente contexto, o teor do último parágrafo deste ofício: "(...) muito embora o beneficiário em causa seja pensionista desde Fevereiro de 1982,

tendo cessado a actividade como trabalhador independente, não o prejudica de ter actividade paralela onde este despenda pelo menos 25% do seu tempo útil nessa actividade" (doc. 18);

s. o *ofício de 22/08/2000*, no qual o Delegado Regional do IFADAP solicita, ao Director Regional dos Recursos Florestais, o envio das declarações de rendimentos do interessado referentes aos últimos 5 anos (doc. 19);

t. a *informação de 08/11/2000*, do Serviço Regional de Ponta Delgada do IFADAP, que conclui que "o beneficiário deverá ser reenquadrado no tipo 'Outro Beneficiário' (...)" (doc. 20);

u. o *ofício de 07/05/2001*, dirigido pelo Delegado Regional do IFADAP ao Director Regional dos Recursos Florestais, no qual se alerta para "o facto da (...) declaração [em que, em 02/11/94, o Serviço de Desenvolvimento Agrário do Pico atribui ao beneficiário o estatuto de "Outro Agricultor"] poder não corresponder à realidade (...)" e pede a confirmação pelo Serviço de Desenvolvimento Agrário do Pico (doc. 21);

v. a *comunicação de 10/09/2001*, do IFADAP (SEF), que conclui que "dada a complexidade da situação apresentada julgamos ser aconselhável o envio deste projecto para a DINS, para investigação com vista ao apuramento da real natureza do beneficiário e das implicações de todo este processo na execução do projecto de investimento" (doc. 22);

w. a *comunicação de 22/09/2001*, do IFADAP (DINS) (doc. 23) que, tendo concluído que, "à data da apresentação da candidatura o Serviço de Desenvolvimento Agrário do Pico, não deveria ter atribuído o estatuto de 'Outro Agricultor' ao beneficiário em causa", propõe o seu reenquadramento no estatuto "Outro Beneficiário" e, em paralelo, submete à consideração superior a proposta de um ofício a enviar ao Director Regional dos Recursos Florestais;

x. o *ofício de 08/12/2001*, da Direcção de Inspecção do IFADAP, dirigido à Direcção Regional dos Recursos Florestais, no qual é referida a existência de irregularidades quanto ao enquadramento do beneficiário e se propõe o seu

reenquadramento com a devolução do prémio recebido em excesso. Note-se o teor do último parágrafo desta comunicação: "importa salientar que, os documentos necessários para efeitos de atribuição do estatuto aos beneficiários devem ser analisados com o máximo cuidado, por forma a que, situações semelhantes não voltem a ocorrer, sob pena do Estado Português poder, eventualmente, sofrer penalizações aquando da certificação das contas" (doc. 24);

y. o *ofício de 28/12/2001*, do IFADAP, solicitando ao interessado a devolução do prémio por perda de rendimento (doc. 25).

III
Breve referência ao regime aplicável

11. Será suficiente referir, nesta sede, que a matéria tratada na presente instrução resultará menos das dúvidas suscitadas pelo regime jurídico decorrente da aplicação do regime comunitário de ajudas às medidas florestais na agricultura [Reg. (CEE) n.º 2080/92, de 30 de Junho] do que dos procedimentos adoptados, em concreto, relativamente ao beneficiário interessado. Ainda assim, não se evita um afloramento do regime jurídico aplicável.

12. O Decreto-Lei n.º 31/94, de 5 de Fevereiro, estabeleceu as regras relativas à aplicação em Portugal do Regulamento (CEE) n.º 2080/92, do Conselho, de 30 de Junho, e atribuiu ao IFADAP, entre outras, as competências de pagar as ajudas previstas (artigo 4º, n.º 1) e de proceder a acções de fiscalização da execução dos investimentos e da regularidade da aplicação das ajudas (artigo 4º, n.º 2).

13. Acrescidamente, o mesmo Decreto-Lei n.º 31/94 também previu que a celebração dos contratos relativos à atribuição das ajudas fosse feita, directamente, entre os beneficiários e o IFADAP (artigo 5º).

14.Nos termos do disposto no artigo 6º, em caso de incumprimento, pelos beneficiários, das obrigações decorrentes do contrato, o IFADAP poderia modificar ou rescindir unilateralmente os contratos (n.º 1); nestas situações, o IFADAP notificaria os beneficiários para, em 15 dias, restituir as importâncias recebidas, acrescidas de juros à taxa legal (n.º 2).

15.Uma vez que o artigo 10º previa, relativamente à Região Autónoma dos Açores (n.º 3), que os órgãos de governo próprio regulamentassem, através de portaria, o regime das ajudas previstas nos regulamentos e, bem assim, as regras relativas respectiva à gestão, avaliação e controlo de execução (n.º 1), o regime de ajudas às medidas florestais na agricultura nos Açores veio a ser estabelecido na Portaria n.º 55/94, de 6 de Outubro, alterada pela Portaria n.º 78/95, de 16 de Novembro.

IV
Exposição de motivos
§.1
O alegado incumprimento contratual

16.A notificação remetida ao Senhor ... para que, em 15 dias, restituísse as importâncias recebidas, acrescidas de juros à taxa legal, terá sido feita ao abrigo do disposto no n.º 2 do artigo 6º do Decreto-Lei n.º 31/94, pese embora o facto de o ofício de 28/12/2001 (doc. 25), não conter qualquer alusão aos motivos, de facto ou de direito, que a sustentavam.

17.Depreende-se, também, que o IFADAP considerou estar-se perante uma situação de incumprimento contratual, decorrente do facto de o beneficiário ter declarado, erroneamente, que era "Outro Agricultor", quando deveria ter declarado que era "Outro Beneficiário".

18.Já se viu (supra ponto 8.) que a declaração efectuada pelo interessado perante os Serviços de Desenvolvimento Agrário do Pico no momento da apresentação da candidatura resultou do preenchimento de uma minuta (doc. 1) de teor predefinido e que

apenas permitia que os beneficiários fossem enquadrados nas categorias "Agricultor a Título Principal" ou "Outro Agricultor". Ora, computando o teor daquela minuta de declaração com o disposto no n.º 4 do artigo 3º da Portaria n.º 55/94, de 6 de Outubro, verifica-se uma notória incongruência lógica entre a minuta da declaração e o regime aplicável, circunstância que resulta, desde logo, do facto de não serem contempladas as restantes categorias aqui relevantes, a saber: "Outros Beneficiários" e "Beneficiários do Regulamento (CEE) n.º 2079/92 (...)".

19. Importa acrescentar que este desajustamento nem sequer pode ser explicado pela circunstância de a declaração do interessado ter sido feita e conferida antes da entrada em vigor das alterações introduzidas pela Portaria n.º 78/95, uma vez que, mesmo antes daquela alteração da redacção do n.º 4 do artigo 3º da Portaria n.º 55/94, já estavam previstas cinco possibilidades de enquadramento dos beneficiários.

20. Atento o teor da minuta e conhecida a prática seguida pelos Serviços de Desenvolvimento Agrário não pode evitar-se a conclusão de que, mesmo para os técnicos da Direcção Regional dos Recursos Florestais, o enquadramento do Senhor ... (e, como veremos, de tantos outros beneficiários) não só afigurava-se correcto como resultava, necessariamente, do teor das minutas a preencher. Então, se era este o entendimento das pessoas que desempenhavam funções técnicas no âmbito da instrução dos processos e que estavam especialmente habilitadas naquele domínio, convenhamos que não era de esperar que os agricultores interessados tivessem posição diferente sobre esta mesma matéria.

21. Reforçando esta ideia, veja-se que, quando já estavam passados mais de cinco anos desde a apresentação da candidatura pelo Senhor ..., ainda o Senhor Director Regional dos Recursos Florestais defendia, perante o Senhor Delegado Regional do IFADAP, que "(...) muito embora o beneficiário em causa seja pensionista desde Fevereiro de 1982, tendo cessado a actividade

como trabalhador independente, não o prejudica de ter actividade paralela onde este despenda pelo menos 25% do seu tempo útil nessa actividade" (doc. 18). Este documento permite comprovar que, por aquela altura, não só não estava ainda pacificada (mesmo para o Director Regional que já sabia que o Senhor ... era pensionista de velhice desde 1982) a questão dos critérios aplicáveis ao enquadramento do beneficiário como, para além do montante dos rendimentos, era ainda aduzido um novo parâmetro, a saber: o tempo despendido.

22. Constatando que, por um lado, o IFADAP actuou como se tivesse havido incumprimento contratual e, por outro, as dúvidas interpretativas não impediram que tivesse sido pedida a devolução de verbas ao beneficiário, deve concluir-se que, na prática, se entendeu ser exigível ao interessado uma compreensão das cláusulas contratuais e do regime jurídico e regulamentar aplicável que deveria ter ido muito para além dos conhecimentos que toda a Direcção Regional dos Recursos Florestais revelava ter. Este desajustamento entre as informações exigidas ao interessado a aquelas detidas pela Direcção Regional dos Recursos Florestais é tão mais incompreensível quanto o IFADAP não desconhecia que a situação do Senhor ... não era a única, como resulta da informação de 25/09/2000 (doc. 26), na qual o Serviço Regional de Ponta Delgada do IFADAP referiu-se a (outros) quatro casos de deficiente enquadramento dos beneficiários aludindo, também, à questão das minutas. Esta circunstância explicará, creio, que o próprio IFADAP tenha afirmado, na comunicação de 22/09/2001, do DINS (doc. 23), que "à data da apresentação da candidatura o Serviço de Desenvolvimento Agrário do Pico, não deveria ter atribuído o estatuto de 'Outro Agricultor' ao beneficiário em causa", centrando a questão na deficiente actuação do Serviço de Desenvolvimento Agrário do Pico e, não, naturalmente, no incumprimento do beneficiário.

23. Em face da verificação, repetida, de casos de deficiente enquadramento por diversos Serviços de Desenvolvimento Agrário – situação que, como fica visto, estava amplamente

documentada pelos próprios Serviços do IFADAP -, não pode evitar-se a constatação de que, mesmo para os funcionários com especiais conhecimentos sobre a matéria da organização dos processos relativos às medidas florestais na agricultura, o enquadramento na categoria "Outro Agricultor" era, em face do teor da minuta, perfeitamente lógica e resultava, certamente, de uma interpretação que destacava, como elemento essencial, a circunstância de a percentagem dos rendimentos totais provenientes da actividade agrícola ser superior a 25% e inferior a 50%.

24. Daqui, também, a minha surpresa pelo facto de, em momento posterior, o IFADAP ter pretendido usar a faculdade que lhe era conferida pelo disposto no artigo 6º do Decreto-Lei n.º 31/94, de 5 de Fevereiro, [de modificar ou rescindir unilateralmente os contratos (n.º 1) e de exigir dos beneficiários a restituição, em 15 dias, das importâncias recebidas, acrescidas de juros à taxa legal (n.º 2)], a qual está legalmente restringida às situações de incumprimento contratual. É que, como se viu, na presente situação, o incumprimento, não só não foi demonstrado como, até, nunca foi sequer mencionado ao longo do procedimento.

25. Tendo seguido a via da devolução – que implica ter concluído pela existência de incumprimento contratual – mas apontando um único erro no procedimento – o deficiente enquadramento inicial – então aquele incumprimento refere-se, necessariamente, à declaração inicial de enquadramento. A ser assim, o IFADAP revela que tinha a expectativa que o Senhor ... houvesse declarado, em 20/10/94 e contra a opinião do Serviço de Desenvolvimento Agrário do Pico, que deveria ter sido enquadrado na categoria "Outros Beneficiários". Este entendimento sobre as obrigações contratuais do beneficiário significa, também, que o IFADAP atribui uma completa irrelevância às informações prestadas, no momento da candidatura, pelo Serviço de Desenvolvimento Agrário do Pico e, mais ainda, torna absolutamente desprovida de sentido prático, também, a intervenção da sua própria Delegação Regional dos

Açores que, em 25/03/96, fez a análise n.º 1 do projecto (doc. 3) e não detectou quaisquer irregularidades.

26. Contudo, a análise que até aqui já foi feita permite compreender que o que ocorreu relativamente ao processo do Senhor ... foi, não um caso de incumprimento contratual, mas uma situação de errónea interpretação das normas legais, regulamentares e contratuais aplicáveis, feita, em primeira mão, pela Direcção Regional dos Recursos Florestais e pelo próprio IFADAP. A esta circunstância não é, certamente, estranha a situação de absoluta ineficiência das diferentes entidades públicas envolvidas nem, tão pouco, a gritante descoordenação administrativa de que o presente processo é testemunha.

§2
A articulação funcional entre o IFADAP e a DRRF

27. Sobre estes últimos aspectos importa dizer que, não fora a especial preocupação motivada pela situação do Senhor... e a análise do presente processo suscitaria, como questão essencial, a necessidade de ser reponderada toda a articulação entre o IFADAP e os Serviços da Direcção Regional dos Recursos Florestais, bem como a própria organização dos processos de candidatura. Na verdade, mesmo uma rápida análise da documentação supra referida não pode deixar de levantar um conjunto de questões pontuais para as quais não foram encontradas respostas satisfatórias.

28. Com efeito, em face da análise, ainda que meramente documental, do processo de candidatura do Senhor..., importaria saber que circunstâncias explicam:

a) que as minutas utilizadas pelos Serviços de Desenvolvimento Agrário estivessem desajustadas relativamente ao regime jurídico e regulamentar aplicável e que, logo que detectado, este estado de coisas não tivesse sido alterado;

b) que os documentos indispensáveis à análise da situação dos beneficiários (no caso do Senhor..., os documentos sobre a

situação perante a segurança social) não fossem exigidos na data da apresentação da candidatura;

c) que os técnicos dos Serviços de Desenvolvimento Agrário não dispusessem das informações cabais (ou, pelo menos, suficientes) para enquadrar correctamente os beneficiários;

d) que, não obstante a sucessão de problemas detectados, não tivesse havido (pelo menos o processo não dá conta dele) um esclarecimento escrito, com carácter de urgência, do tipo "instruções para o correcto enquadramento dos beneficiários".

29. Estas questões, motivadas, insisto, apenas pela análise de um único processo, são indícios muito preocupantes relativamente à própria organização administrativa que suportava os projectos abrangidos pelas medidas florestais na agricultura – com a circunstância, agravante, de estarem em causa avultadas verbas públicas.

30. Sobre a matéria em análise, importa que não se queira, por comodidade, dirigir as críticas, unicamente, à estrutura da Direcção Regional dos Recursos Florestais e aos Serviços de Desenvolvimento Agrário do Pico, com base na circunstância de estas entidades assegurarem, em primeira mão, o enquadramento dos beneficiários. Com efeito, a actuação do IFADAP – seja nas acções de fiscalização realizadas *a posteriori*, seja no tempo de reacção às deficiências suscitadas, seja (e sobretudo) nos meios de resposta às irregularidades detectadas – não está isenta de reparo e motiva, de forma acrescida, preocupações sérias. Note-se que, no caso em apreço, as incongruências do processo foram detectadas pela Direcção Regional dos Recursos Florestais (doc. 15) e em momento em que o projecto já estava, em definitivo, concluído – sendo que, em 25/03/96, a Delegação Regional do IFADAP tinha já feito a *análise n.º 1 do projecto* (doc. 3). Acresce que o IFADAP já se apercebera – como resulta do teor da informação de 08/11/2000 (doc. 20), da comunicação de 10/09/2001 (doc. 22), da comunicação de 22/10/2001(doc. 23) e, também, da informação de 25/09/2000 (doc. 26) – da deficiente intervenção dos Serviços de Desenvolvimento Agrário mas, nem assim, tomou medidas, com

carácter preventivo, visando uma alteração definitiva dos procedimentos até aí seguidos, fosse ao nível da minuta utilizada, fosse relativamente ao entendimento seguido, fosse quanto à necessidade de ser logo documentada a situação referente à segurança social.

31. Talvez esta notória desarticulação funcional explique, então, que nunca haja sido suscitada, ao longo do procedimento, a questão do incumprimento contratual dos beneficiários, tudo indiciando que estes cumpriram as cláusulas que lhes foram comunicadas, exactamente nos termos em que as mesmas lhes foram explicadas. Aliás, veja-se que, no caso do Senhor..., os elementos que permitiram detectar as irregularidades foram pedidos ao próprio interessado, e por ele facultados, sendo razoável concluir que, se os mesmos tivessem sido solicitados (ou fossem exigíveis) logo no momento da candidatura, nenhuma irregularidade teria ocorrido e o enquadramento teria sido, logo então, correcto. De facto, independentemente dos aspectos particulares deste processo, a questão central para a qual importaria ter resposta subsiste a mesma: que circunstâncias impediram que (como pareceria ser linear) os candidatos fossem obrigados a instruir os respectivos processos de candidatura já devidamente acompanhados da documentação necessária a uma correcta e cabal averiguação da respectiva situação? É que, se assim tivesse sido, a regularidade dos procedimentos estaria menos dependente de critérios subjectivos de interpretação e menos sujeita a correcções posteriores.

32. Chegados aqui, não pode evitar-se a conclusão de que, às notórias dificuldades dos serviços de Desenvolvimento Agrário do Pico e dos respectivos técnicos, deve somar-se a insuficiente definição dos elementos documentais necessários à instrução das candidaturas e, bem assim, a insipiente análise dos processos (mesmo pelo IFADAP).

33. E, assim sendo, deve frisar-se, uma vez mais, que não colhe a afirmação de que se está perante um caso de incumprimento contratual, sendo simplista - e profundamente

injusto - dar por concluído o procedimento com um pedido de devolução das verbas irregularmente atribuídas (para mais, acrescidas de juros). Aliás, o número de situações de deficiente enquadramento revela, sem margem para dúvidas, que o problema não pode ser imputado a cada um dos particulares envolvidos mas deve ser atribuído às entidades públicas intervenientes. Tanto assim é que, pelo menos nos traços essenciais, a situação do Senhor... é idêntica ao caso do Senhor ... (projecto n.º 8.10.99) a que alude a informação de 25/09/2000 (doc. 26). Se não, veja-se: ambos foram enquadrados como "Outro Agricultor", os dois são pensionistas e não estão vinculados, nos respectivos centros de prestações pecuniárias, à actividade de trabalhadores agrícolas. A diferença das situações reside, unicamente, no facto de um enquadramento ter sido feito pelo Serviço de Desenvolvimento Agrário das Flores e do Corvo e, o outro, pelo Serviço de Desenvolvimento Agrário do Pico.

§3
As relações com o beneficiário e os deveres de audição e de fundamentação

34. Permita-se-me referir, agora com maior detalhe, o ofício de 28/12/2001 (doc. 25), através do qual o IFADAP solicitou ao Senhor... a devolução da verba indevidamente atribuída e que era do seguinte teor:

Exmo (s). Senhor (s),

Informamos V.Exa.(s) que, por decisão deste Instituto, deverá proceder à devolução do prémio por perda de rendimento, no montante de Esc.5.691.024$00, acrescido dos respectivos juros.

Para mais esclarecimentos sobre o motivo desta devolução, deverá contactar os Serviços Regionais do IFADAP onde apresentou o seu projecto.

35. Independentemente das questões já afloradas (do incumprimento contratual e da desarticulação entre os serviços) - e que são essenciais - importa acrescentar que é dificilmente

aceitável que, na conclusão de um procedimento tão complexo e tão exaustivamente debatido entre o IFADAP e a Direcção Regional dos Recursos Florestais, o principal interessado se tenha visto confrontado com uma comunicação telegráfica e totalmente desprovida de fundamentação. Sendo que aquele ofício viola, frontalmente, o disposto nos artigos 123º, 124º e 125º, do Código do Procedimento Administrativo e que, do mesmo passo, foi produzido em desrespeito ao disposto no artigo 100º, do Código do Procedimento Administrativo, relativo ao direito de audição do interessado, pondera-se que o IFADAP pretenda invocar os termos do contrato celebrado com o beneficiário e, bem assim, as disposições pertinentes do Decreto-Lei n.º 31/94, de 5 de Fevereiro (designadamente o já referido n.º 2 do respectivo artigo 6º), para justificar o teor do ofício e o procedimento adoptado.

36. Mas, sobre este aspecto, julgo dever expressar o entendimento de que não era de todo impossível – e teria sido certamente aconselhável – compaginar as cláusulas contratuais com os preceitos do Código do Procedimento Administrativo, o que seria alcançado nos seguintes termos:

a) primeiro, ouvindo o interessado antes de concluir pelo incumprimento;

b) depois, mesmo considerando-se ter havido incumprimento, comunicando ao interessado a intenção de proceder à modificação ou à rescisão unilateral;

c) posteriormente, ainda que se constatasse a necessidade da devolução das verbas, contactando com o beneficiário, designadamente visando a resolução não conflituosa da questão (a restituição voluntária);

d) finalmente e no caso de as restantes vias se terem esgotado, exigindo a devolução através da notificação ao interessado para restituir as verbas, no prazo de 15 dias. Este ofício deveria ser, ainda assim, fundamentado, de facto e de direito.

37. Como é bom de ver, a leitura que o IFADAP fez dos preceitos legais e contratuais conduziu a um resultado

substancialmente diferente, na medida em que, após ter analisado a questão internamente (com contactos pontuais com a Direcção Regional dos Recursos Florestais) e, tendo concluído pelo deficiente enquadramento do interessado, logo exigiu a devolução das verbas, no prazo de 15 dias, sem cuidar de invocar um único facto ou qualquer preceito jurídico.

38.Mas, o que se afigurou ainda mais inaceitável – e constituiu, para dizer o mínimo, uma grosseira violação do princípio da colaboração da Administração com os particulares (artigo 7º do Código do Procedimento Administrativo) – foi o facto de, ao mesmo tempo que exigiu a restituição das verbas, o IFADAP ter remetido as explicações para um contacto oral e futuro, da iniciativa do interessado.

39.Ademais e uma vez que o Senhor... reside na Ilha do Pico e a Delegação Regional do IFADAP está instalada em São Miguel, os esclarecimentos seriam para prestar, com toda a probabilidade, por via telefónica.

40.Se outra razão não houvesse, este procedimento justificaria, por si só, uma tomada de posição da Provedoria de Justiça. Contudo, como ficou visto, diversos outros factos motivam a presente Recomendação.

V.
Conclusão
§1
As conclusões finais da instrução

41. Da análise do processo resultam, em suma, as seguintes conclusões relativamente à situação do interessado:

1ª. No momento em que apresentou a candidatura, o Senhor... deveria ter sido enquadrado na categoria "Outro Beneficiário" e foi considerado, erradamente, como "Outro Agricultor";

2ª. O enquadramento na categoria "Outro Agricultor" resultou, não de um incumprimento contratual mas,

diferentemente, de um conjunto de deficiências - administrativas, funcionais e de articulação entre os Serviços – imputáveis à Direcção Regional dos Recursos Florestais e ao IFADAP;

3ª. De entre as causas principais da deficiente actuação daquelas entidades públicas destaca-se a utilização de minutas desajustadas, o desconhecimento técnico revelado pelos funcionários dos Serviços de Desenvolvimento Agrário do Pico, a desarticulação entre os Serviços da Direcção Regional dos Recursos Florestais e do IFADAP e a deficiente actuação fiscalizadora do IFADAP relativamente aos processos de candidatura remetidos pelos Serviços de Desenvolvimento Agrário;

4ª. Uma vez que não houve incumprimento contratual, o deficiente enquadramento inicial do Senhor... não deve dar origem à obrigação de restituição das verbas recebidas em excesso mas, somente, ao reenquadramento devido.

42. A instrução do processo aberto na Provedoria de Justiça permite formular, igualmente, as seguintes conclusões, relativamente à actividade administrativa do IFADAP e da Direcção Regional dos Recursos Florestais no âmbito dos procedimentos de apoios relativos às Medidas Florestais na Agricultura:

5ª. As situações de falta de comprovação documental das declarações verbais, de desconhecimento revelado pelos técnicos dos serviços de Desenvolvimento Agrário envolvidos e, bem assim, de desarticulação funcional entre os Serviços da Direcção Regional dos Recursos Florestais e do IFADAP - que ocorreram no processo referente ao Senhor... – estiveram, também, na origem de outros casos de deficiente enquadramento dos beneficiários e, igualmente, com repercussão ao nível da atribuição indevida de verbas públicas;

6.ª Não obstante o facto de o IFADAP ter detectado diversas situações de erro de enquadramento dos beneficiários, estas somente deram origem ao reenquadramento devido (e, previsivelmente, à obrigatoriedade de devolução de verbas) e não

existem nenhumas referências documentais que atestem tomadas de posição, dirigidas aos serviços envolvidos, visando corrigir os procedimentos que vinham sendo seguidos;

7.ª Do mesmo passo, não existem documentos que comprovem quaisquer chamadas de atenção ou instruções dirigidas aos serviços de Desenvolvimento Agrário ou à Direcção Regional dos Recursos Florestais, sobre o correcto enquadramento dos beneficiários;

8ª. A existência de casos de deficiente qualificação dos beneficiários e a verificação da incorrecta aplicação dos critérios de enquadramento pelos Serviços de Desenvolvimento Agrário justifica a realização de um levantamento exaustivo dos processos relativos às Medidas Florestais na Agricultura que possam ter sido indevidamente instruídos, visando detectar os erros de enquadramento e permitindo a posterior correcção dos casos irregulares;

9ª. Esta análise deve permitir, em especial, a ponderação das medidas, de carácter administrativo, necessárias ao melhoramento da intervenção dos Serviços de Desenvolvimento Agrário e do IFADAP, no apoio aos agricultores da Região Autónoma dos Açores.

§2
As recomendações

43. Pelas razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no artigo 20º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

---

ao IFADAP:

A. Que, com fundamento na inexistência de incumprimento contratual, seja revogada a deliberação relativa à restituição, pelo Senhor..., das quantias indevidamente atribuídas;

B. Que, com referência a um período determinado (v.g., os últimos 5 anos) seja realizado um levantamento exaustivo das situações de enquadramento de todos os beneficiários das Medidas Florestais na Agricultura susceptíveis de estarem incorrectamente enquadrados;
C. Que, em função das conclusões obtidas naquela averiguação, seja reformulado o procedimento de recepção, organização e análise das candidaturas, por forma a serem evitadas situações de deficiente atribuição de verbas públicas.

44. Permito-me lembrar a V.Ex.ª a circunstância de a formulação da presente recomendação não dispensar, nos termos do disposto no artigo 38º, n.ºs 2 e 3, da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, a comunicação a este órgão do Estado da posição que vier a ser assumida em face das respectivas conclusões.

Acatada

Sua Excelência
o Presidente do Governo Regional

R-1324/03
Rec. n.º 4/A/2003
07.04.2003

Introdução

Com a presente Recomendação pretende a Provedoria de Justiça obter o reconhecimento, nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 134º, do Código do Procedimento Administrativo, da legitimação jurídica pelo decurso do tempo da situação de facto em que, no quadro da Direcção Regional da Educação da Secretaria Regional da Educação e Cultura, esteve investida a Senhora ... .

Tendo sido ponderada, por um lado, a urgência da intervenção do Provedor de Justiça (até no interesse da própria

Direcção Regional da Educação, na hipótese do acatamento da presente sugestão) e, por outro, a desnecessidade do cumprimento do disposto no artigo 34º, da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril (porquanto a situação em apreço está exaustivamente descrita em documentos cuja cópia foi facultada a este órgão do Estado), partiu-se para a imediata formulação de Recomendação, nos termos que a seguir se expõem com maior detalhe.

Com efeito, no seguimento das acções de averiguação subjacentes à elaboração do *Relatório de Auditoria – Processo n.º 5-FC/2001 (Direcção Regional da Educação)*, a Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas concluiu que o acto de nomeação da Senhora ... foi nulo por falta de um dos pressupostos essenciais, a saber, o exercício de funções na Direcção Regional da Educação, em situação irregular, em 10 de Janeiro de 1996, ou entre esta data e 26 de Julho do mesmo ano.

Uma vez que a matéria que tenha sido apreciada, e valorada, pelo Tribunal de Contas constitui um domínio que se quer subtraído da intervenção do Provedor de Justiça, a presente diligência partiu da aceitação da nulidade do acto de nomeação da Senhora..., a qual operou *ex tunc* (*i.e.*, desde o momento da emanação do acto declarado nulo) a destruição dos respectivos efeitos.

Contudo, a formulação da presente Recomendação resultou da circunstância de este órgão do Estado ter discordado – após ter analisado o desempenho de funções da interessada na Direcção Regional da Educação (iniciado em 1 de Abril de 1997) e, bem assim, da actuação dos Serviços da Administração envolvidos – das medidas que foram tomadas em ordem à resolução da situação da Senhora ... depois da declaração de nulidade do vínculo jurídico que a ligava à Administração Regional. Atente-se que, em face da posição do Tribunal de Contas, a Administração Regional dos Açores limitou-se a comunicar à interessada a sua imediata cessação de funções e nem mesmo a circunstância de a Senhora ... ter vindo a desempenhar funções há mais de cinco anos motivou que fosse ponderada a atribuição de quaisquer efeitos -

resultantes do decurso do tempo ou, até, "*efeitos putativos ligados a outros factores de estabilidade das relações sociais, como os da protecção da confiança, da boa fé, do* suum cuique tribuere*, da igualdade, do não locupletamento, e até da realização do interesse público*"[172] – à situação declarada nula.

E, do mesmo passo, também não foi suscitada a responsabilidade civil e disciplinar dos dirigentes máximos dos serviços e organismos da Administração Pública a qual, nos termos do disposto no respectivo artigo 10º, deverá impender sobre quem tiver incumprido as disposições do Decreto-Lei n.º 195/97, de 31 de Julho, em termos de respeito pelas formalidades e pelos requisitos prévios à integração nos funcionários nos quadros, como se verificou ter acontecido no caso da interessada.

Ou seja: no caso em apreço, a única consequência retirada do *Relatório de Auditoria* do Tribunal de Contas foi o "despedimento" da Senhora ...

II
Exposição de motivos

Considera a Provedoria de Justiça que a validade da actuação da Administração Regional, perante a nulidade da nomeação da Senhora ..., mostra-se afectada, na exacta medida em que não foram atendidos os *efeitos putativos* derivados do decurso do tempo e, em conformidade, foi decidido formular a Vossa Excelência, Senhor Presidente do Governo Regional dos Açores, a presente Recomendação no sentido de ser reposta a legalidade da situação e, ao mesmo tempo, ser salvaguardada a justiça na actuação da Administração.

Deve notar-se que, nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 134º do Código do Procedimento Administrativo, a circunstância de o "*acto nulo* [ser] *juridicamente impotente, ab*

---

[172] Oliveira, Mário Esteves, *Código do Procedimento Administrativo – Comentado*, 2ª edição (reimpressão), Almedina, Coimbra, 1998, p.655 (nota IV ao artigo 134º, n.º 3).

initio, para produzir efeitos jurídicos" [173], "*não prejudica a possibilidade de atribuição de certos efeitos jurídicos a situações de facto decorrentes de actos nulos, por força do decurso do tempo, de harmonia com os princípios gerais do direito*" e, como sintetiza REBORDÃO MONTALVO [174], este "*n.º 3 acolhe a possibilidade de situações de facto decorrentes de actos nulos gerarem, ao longo de certo período de tempo, efeitos merecedores de protecção jurídica. É o caso dos chamados agentes putativos, isto é, de funcionários nomeados ou providos por decisões nulas, que, desempenhando de modo público, pacífico e continuado as suas funções durante um longo período de tempo, recebem da ordem jurídica o reconhecimento do direito ao lugar em que foram providos*".

É neste contexto normativo que a figura do *agente putativo*, ou *de facto*, vem servindo de auxílio, doutrinal e jurisprudencial, na resolução das situações dos indivíduos que, pese embora a circunstância de terem sido investidos irregularmente em funções administrativas, foram assegurando o cumprimento das tarefas inerentes ao exercício de determinados lugares, de modo pacífico, contínuo e público, durante determinado período de tempo.

Aliás, como se verificou através do Decreto-Lei n.º 413/91, de 19 de Outubro (criado para os casos particulares das admissões de pessoal para lugares do quadro dos municípios), também o legislador chegou a visar directamente a regularização da situação dos funcionários e agentes da Administração Pública admitidos a coberto de actos nulos ou juridicamente inexistentes.

Para que o exercício de funções administrativas permita a constituição de *agentes putativos* ou *de facto* – com a consequente

---

[173] *Ibidem,* p.652 (nota I ao artigo 134º, n.º 1).

[174] *Código do Procedimento Administrativo Anotado – Comentado e Legislação Complementar*, Almedina, Coimbra, 1992, p. 213 (nota 2 ao artigo 134º).

atribuição de efeitos jurídicos -, tem sido defendida[175] a necessidade do próprio desempenho profissional ter tido, necessariamente, carácter :

i. pacífico;
ii. contínuo;
iii. público.

A estes requisitos poderiam acrescentar-se, ainda, a *efectividade* e a *normalidade da actuação*, elementos estes que, para alguns autores, estão consumidos nas características atrás mencionadas sendo redundante, por isso, autonomizá-las. No caso em apreço e em face dos contornos particulares da situação da Senhora ... a discussão desta questão é totalmente dispensável, uma vez que o desempenho profissional da interessada respeitou, integralmente, todas aquelas (três ou cinco) características. Assim, não será por desrespeito de algum daqueles elementos que os pretendidos efeitos jurídicos deixarão de ser atribuídos.

A possibilidade prevista no artigo 134º, n.º 3, do Código do Procedimento Administrativo, apenas poderá ser concretizada na eventualidade de o desempenho administrativo pelo funcionário de facto ter decorrido durante um *período prolongado de tempo*, uma vez que os *efeitos putativos* previstos naquela norma são, somente, os que se impõem "*por força do decurso de tempo*".

Relativamente ao período mínimo de tempo necessário para a atribuição de efeitos jurídicos às situações de facto, entendo que deve evitar-se a excessiva simplificação por vezes notada nas posições que condicionam a possibilidade da convalidação da situação de facto em situação de direito ao decurso de 10 anos ininterruptos no exercício de funções. Na verdade, embora sabendo que aquele prazo tem sido (por vezes) erigido como elemento integrador objectivo – argumento pretensamente retirado do disposto no artigo 1298º, alínea b), do Código Civil –, não posso considerar aceitável que um qualquer período temporal

[175] *Vide*, por todos, o parecer do Conselho Consultivo da P.G.R., de 26/01/89, homologado, em 21/03/89, pelo Secretário de Estado-Adjunto do Ministro da Educação.

seja tomado como critério determinante, ou mesmo único, sem que, ao mesmo tempo, ele seja relacionado com outros elementos de facto que confiram relevância a um determinado prazo. Do mesmo passo, julgo que, mesmo que se atendesse ao disposto no artigo 1298º do Código Civil, não bastaria o decurso de um prazo (longo) de 10 anos para que se possa concluir, necessariamente, ser aquela a (única) condição objectiva para que um funcionário de facto passe a ser funcionário de direito.

De facto, não só a circunstância de terem ocorrido desempenhos profissionais durante períodos muito longos não deve significar, por si só, que o ordenamento jurídico lhes quer atribuir efeitos jurídicos (pondere-se um caso em que, 12 anos após uma determinada nomeação, era revelado que a admissão a concurso fora nula porque o funcionário era irmão de um membro do júri, não tinha a habilitação académica necessária e apresentara documentos falsos no processo) como, também, a circunstância de as situações de facto terem sido de duração mais curta não lhes retira, necessariamente, a possibilidade de produzirem efeitos jurídicos (como deveria acontecer, creio, numa situação em que fosse detectado, 8 ou 9 anos após a nomeação, que a admissão de um funcionário fora nula somente porque o Aviso de Abertura do respectivo concurso não cumpriu a formalidade essencial da publicação na II série do Diário da República). De facto, parece evidente que o legislador não quis estipular um prazo certo que configurasse o mínimo tempo necessário para a atribuição de efeitos jurídicos a determinada situação de facto e optou, conscientemente, pela fórmula, vaga, do reconhecimento de que alguns efeitos acabam por ser merecedores de protecção jurídica "*por força do decurso de tempo*".

Na verdade, é ao *prudente arbítrio do julgador* que incumbe decidir, em cada caso, se se verificam as condições em que o *funcionário de facto* deve passar a ser *funcionário de direito*.

Em consequência, será de aceitar que, por vezes, se exija um prazo superior aos 10 anos para atribuir efeitos jurídicos

derivados do decurso do tempo e, em outras ocasiões, menos tempo de actividade titulada, pacífica, contínua e pública possa bastar para justificar a regularização. O que importará, sempre (e essa é, sem dúvida, a principal condição *sine qua non*), é uma cuidada análise da situação concreta que levou à criação do quadro factual desconforme ao direito e ponderar, também casuisticamente, se são respeitados os requisitos cujo preenchimento é necessário para a produção de *efeitos jurídicos putativos*.

Em diversos casos, designadamente naqueles em que as nulidades resultaram da precedência de concursos públicos nos actos de nomeação de funcionários, tem sido defendido, doutrinal e jurisprudencialmente, que é exigível "*o exercício de funções por um período mínimo de dez anos*" [176]; contudo, deve referir-se que, naquelas situações, a exigência de um período temporal mínimo de 10 anos encontrou justificação no facto de estarem a ser convertidos em *provimentos de direito* alguns provimentos irregulares surgidos por razões que eram, em absoluto, desconhecidas. Naquelas situações, não se sabendo se os funcionários de facto criaram (ou ajudaram a criar), com astúcia ou premeditação, as situações cuja regularização, depois, era visada, compreende-se que, prudentemente, se exigisse "*o exercício de funções por um período mínimo de dez anos*".

Diferentemente, porém, no caso em apreço não são obscuras nem, tão pouco, desconhecidas, as razões que levaram à admissão da Senhora ... e, mesmo que, agora, se reconheça a existência da nulidade invocada pelo Tribunal de Contas, sabe-se que a interessada não procurou qualquer benefício ilegítimo, nem a Administração pretendeu desrespeitar as normas e princípios aplicáveis.

Com efeito, os motivos subjacentes à irregular aplicação à situação da interessada do regime da regularização de pessoal em situação de emprego precário que foi definido nos Decretos-Lei

---

[176] *cfr.*, por todos, o Acórdão do S.T.A., de 19/10/89, no processo n.º 27112.

n.ºs 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 n.º 23-A/97, de 14 de Fevereiro – adaptada à Administração Regional Autónoma dos Açores pela Resolução n.º 59/97, de 3 de Abril -, é conhecida e consistiu, em suma, no facto de a "*situação que o Serviço pretendeu regularizar* [ter sido] *constituída muito depois do termo do período relevante, tendo* [tido] *início em 1 de Abril de 1997*" [177], na medida em que se deu relevância ao desempenho anterior na Junta de Freguesia de Fontinhas.

Importará notar, também, que a totalidade dos factos integradores da situação da interessada – e, bem assim, todos os elementos documentais agora apreciados pelo Tribunal de Contas – eram do conhecimento da Direcção Regional da Educação e da Direcção Regional de Organização e Administração Pública, já em 1997, pelo que apenas se alterou a qualificação, e valoração, que os mesmos mereceram, estando definitivamente afastadas as alegações de astúcia da interessada ou de favorecimento pela Administração.

Assim sendo, importará ponderar, neste caso concreto, se o exercício de funções pela Senhora ... se prolongou pelo período de tempo mínimo que é exigível para que se justifique defender que a situação de facto se converteu, verdadeiramente, em situação de direito – ou, dito de outra forma, que a interessada deixou de ser uma mera "*agente de facto*" e passou a ser uma "*agente de direito*".

Deve ser destacado que o período temporal relevante deve ser aferido, como ficou dito, em face das características particulares da situação e segundo um critério de prudente arbítrio.

Por outro lado, qualquer que fosse a conclusão a alcançar, ela não seria susceptível de afectar a decisão do Tribunal de Contas que, enquanto órgão de legalidade com funções de

---

[177] *Vide*, Tribunal de Contas, Secção Regional dos Açores, *Relatório de Auditoria – Processo n.º 5 – FC/2001 (Direcção Regional da Educação)*, p.27.

auditoria, limita-se a reconhecer, como o fez, a nulidade da nomeação e o facto de ela operar *ex tunc* a destruição dos efeitos e, consequentemente, também de todo o percurso posterior da funcionária.

Do mesmo passo, é inquestionável que, no exercício das respectivas funções, a interessada agiu pacífica, contínua e publicamente, durante quase seis anos e, como o Senhor Secretário Regional da Educação e Cultura declarou, em 17 de Fevereiro de 2000, assegurando a satisfação de necessidades permanentes dos serviços.

Assim sendo, estou em crer que a circunstância de o acto de nomeação da Senhora ... ter sido nulo, por falta de um pressuposto essencial, não invalida a circunstância de dever considerar-se que o desempenho de funções desde 1 de Abril de 1997 até 26 de Fevereiro de 2003, produziu efeitos jurídicos. De facto e em suma, uma vez que a interessada "*exerceu as funções correspondentes titulada, pacifica, continua e publicamente durante um período de tempo representativo segundo um critério de prudente arbítrio, a situação de agente de facto deve considerar-se convertida em direito, adquirindo, assim, o direito ao lugar*" [178].

Devo acrescentar, ainda, que a Direcção Regional da Educação poderia, sempre no respeito devido pela posição da Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, ter mantido em funções a Senhora ... e, para além dos efeitos putativos favoráveis à particular reclamante deveriam aqueles efeitos ter sido assacados, também, no próprio interesse da Administração.

Importa referir, finalmente, que deve a Administração Regional dos Açores revogar o acto, de 26/02/2003, da Senhora Directora Regional da Educação, que determinou a imediata cessação de funções da interessada, e substituí--lo por outro que reconheça, ao mesmo tempo e por um lado, que a anterior nomeação é nula mas, por outro lado, que a Senhora ... tem, ao

---

[178] Parecer do Conselho Consultivo da P.G.R., publicado no DR, II série, n.º 142, de 22/06/79, p.3770, referido em http://www. dgsi.pt/pgrp.

abrigo do disposto no n.º 3 do artigo 134º do Código do Procedimento Administrativo e na qualidade de *funcionária putativa*, direito ao lugar em que esteve provida.

III
Conclusões

Pelas razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no artigo 20º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

---

a Vossa Excelência:
A. Que seja revogado o acto da Senhora Directora Regional da Educação, de 26/02/2003, que determinou a imediata cessação de funções da Senhora ...;
B. Que seja produzido novo acto que, declarando nula a anterior nomeação por falta de um requisito essencial reconheça, ao mesmo tempo, que a Senhora ... tem direito ao lugar em que esteve provida no quadro da Direcção Regional da Educação, ao abrigo do disposto no n.º 3 do artigo 134º, do Código do Procedimento Administrativo, e na qualidade de funcionária putativa.

Permito-me lembrar a Vossa Excelência a circunstância de a formulação da presente recomendação não dispensar, nos termos do disposto no artigo 38º, n.ºs 2 e 3, da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, a comunicação a este órgão do Estado da posição que vier a ser assumida em face das respectivas conclusões.

Acatada

Sua Excelência
a Secretária Regional Adjunta da
Presidência

R-1118/03
Rec. n.º 6/A/2003
23.06.2003

I
Introdução

Em 21/02/2003, a Extensão dos Açores da Provedoria de Justiça recebeu uma reclamação motivada pelo indeferimento de um pedido de gozo de licença por maternidade com fundamento na existência de risco clínico, ao abrigo do disposto no n.º 3 do artigo 10º da Lei n.º 4/84, de 5 de Abril, na redacção resultante da republicação rectificada assegurada pelo Decreto-Lei n.º 70/2000 (adiante, Lei da Maternidade e da Paternidade). Assegurado o dever de audição prévia, nos termos do disposto no artigo 34º, do Estatuto do Provedor de Justiça, verifica-se uma divergência interpretativa suficientemente relevante para que seja ponderada a formulação de Recomendação.

Quero começar por frisar, com profundo desagrado, que, não obstante o facto de a presente instrução ter sido classificada como urgente e de aquela qualidade ter sido destacada nos ofícios enviados pela Extensão dos Açores da Provedoria de Justiça ao Senhor Director Regional de Organização e Administração Pública, o ofício de 21 de Março de 2003, deste órgão do Estado, apenas foi respondido em 2 de Junho de 2003 e somente após terem sido expedidas as insistências de 29/04/2003 e de 21/05/2003. A demora assim causada é susceptível de ter tornado inútil a presente intervenção do Provedor de Justiça.

Ainda assim, refira-se que se discute aqui se, numa situação de risco clínico para a trabalhadora ou para o nascituro que seja totalmente impeditiva do exercício de funções, deve ter aplicação o disposto no n.º 3 do artigo 10º, da Lei da Maternidade

e Paternidade (como defende a Provedoria de Justiça) ou, em alternativa, a trabalhadora não pode ter direito a gozar a licença prevista naquela disposição e deve aplicar-se-lhe o regime de faltas por doença (como sustenta Vossa Excelência).

O debate assim sintetizado (cujos termos cuidarei de desenvolver adiante) seria, estou em crer, absolutamente escusado, caso a Administração Regional dos Açores tivesse atentado na letra do artigo 25º, da Lei da Maternidade e da Paternidade, que dispõe que "*ficam* revogadas *todas as disposições legais* equiparando a ausência ao serviço devida a gravidez de risco à situação de ausência por doença *e alteradas ou revogadas de acordo com o presente diploma todas as disposições aplicáveis à gravidez em situação de risco*" (sublinhado nosso).

Na verdade, entendendo a Administração Regional dos Açores que deve aplicar-se à trabalhadora em questão o regime de faltas por doença quando a Lei da Maternidade e da Paternidade determina a revogação de todas as disposições legais que – eventualmente – equiparem a ausência ao serviço devida a gravidez de risco à situação de ausência por doença, não posso evitar concluir que, certamente por lapso, a Direcção Regional de Organização e Administração Pública (adiante D.R.O.A.P.) desconsiderou a disposição contida no citado artigo 25º.

Queira Vossa Excelência notar que a Lei da Maternidade e da Paternidade estabelece *expressamente*, não só que está revogada qualquer equiparação da ausência ao serviço devida a gravidez de risco à situação de ausência por doença como, mais ainda, que deve o intérprete considerar alteradas quaisquer normas que, eventualmente, tenham procedido àquela equiparação.

Deve assinalar-se que a Provedoria de Justiça entende – ao contrário da D.R.O.A.P. - que a lei não equipara a ausência ao serviço devida a gravidez de risco à situação de ausência por doença. Contudo, ainda que o legislador tivesse operado aquela equiparação (o que não se concede), o artigo 25º, da Lei da Maternidade e da Paternidade, *expressamente* estabelece que o

intérprete deveria considerar alterada (ou mesmo revogada) uma tal disposição.

Quero frisar – uma vez mais – que o problema em debate está resolvido na norma contida no artigo 25º, da Lei da Maternidade e da Paternidade. Assim, falar em "*mínimo de correspondência*" entre o pensamento legislativo e a letra da lei (como faz o Senhor Director de Serviços na informação n.º 58/03) parece ser, claramente, desajustado, porque pressupõe, erradamente, a existência de alguma especulação sobre esta matéria; ora, como vimos, o legislador esclarece *expressamente* que as faltas por gravidez de risco não podem ser equiparadas à ausência por doença e, pelo menos neste aspecto particular, não se vê que dúvidas interpretativas possam subsistir.

Acrescente-se, somente e em resposta ao Senhor Director Regional (*vide* despacho também na informação n.º 58/03) que a Provedoria de Justiça não afasta a possibilidade de o serviço garantir o exercício de funções e/ou o local compatíveis com o estado de gravidez, uma vez que, naquela eventualidade, entendo ser pacífico que a trabalhadora não pode gozar qualquer licença. Diferentemente, nas situações de risco clínico totalmente impeditivo do exercício de funções (em que, portanto, o serviço não pode garantir o exercício de funções e/ou o local compatíveis com o estado de gravidez) é que se suscita a questão de a trabalhadora ter direito a gozar a licença.

Como já foi referido no decurso da instrução, dir-se-ia que, até de um ponto de vista lógico, seria dificilmente compaginável a preocupação do legislador de criar um instituto jurídico próprio para proteger a maternidade e a paternidade com a resolução dos casos de ausência por gravidez de risco com recurso ao regime jurídico das faltas por doença. Este argumento, estou convicto, bastaria para dar o assunto por encerrado; mas (como se vê no presente processo e decorre da posição defendida pela D.R.O.A.P.), bem andou o legislador da Lei n.º 4/84, de 5 de Abril, ao cuidar de afastar a possibilidade de aparecerem intérpretes "*equiparando a*

ausência ao serviço devida a gravidez de risco à situação de ausência por doença".

Ainda assim, porque, apesar de tudo, a D.R.O.A.P. concluiu mesmo, na informação n.º 61/02, de 02-03-21, que "*não se encontram abrangidas no âmbito de aplicação do citado normativo* [n.º 3 do artigo 10º da Lei n.º 4/84, de 5 de Abril, na redacção resultante da republicação rectificada assegurada pelo Decreto-Lei n.º 70/2000] *as situações em que a trabalhadora está pura e simplesmente impedida de exercer actividade profissional, enquadrando-se as mesmas, neste caso, no regime de faltas por doença (...)*" (sublinhado nosso), vejo-me obrigado a formular a presente Recomendação.

II
Exposição de motivos

Uma vez que a interessada é professora do Quadro de Zona Pedagógica de Angra do Heroísmo, a instrução do processo começou por ser assegurada junto da Direcção Regional da Educação (adiante, D.R.E.), entidade que remeteu à Provedoria de Justiça uma cópia da informação n.º 61/02, de 02/03/21, da D.R.O.A.P.; depois, directamente instada pela Extensão dos Açores, a Administração Regional enviou cópia da informação n.º 58/03, de 03/04/15, da D.R.O.A.P., ainda sobre a mesma questão, tendo ambas as informações colhido despacho de concordância, primeiro, do anterior Secretário Regional e, depois, de Vossa Excelência.

Como é consabido, o n.º 3 do artigo 10º da Lei da Maternidade e Paternidade dispõe que "nas situações de risco clínico para a trabalhadora ou para o nascituro, impeditivo do exercício de funções, independentemente do motivo que determine esse impedimento, caso não lhe seja garantido o exercício de funções e ou local compatível com o seu estado, a trabalhadora goza do direito a licença (...)" e a Provedoria de Justiça entende

que, nas situações de risco clínico para a trabalhadora ou para o nascituro:

- o risco é impeditivo, em absoluto, do exercício de funções (independentemente do motivo que determinou o impedimento) e a trabalhadora tem direito ao gozo da licença; ou

- o risco clínico não é, em absoluto, impeditivo do exercício de funções e a trabalhadora somente terá direito ao gozo da licença na eventualidade de não lhe ser garantida a necessária compatibilidade entre as funções ou o local e o seu estado.

Por outro lado, entende a D.R.O.A.P. – e Vossa Excelência - que "o exercício desse direito está dependente da verificação de um requisito muito concreto e específico – não garantir o respectivo serviço o exercício de funções e ou local compatíveis com o estado da trabalhadora" pelo que, nas situações em que haja compatibilidade entre o estado da trabalhadora e o exercício de funções e ou locais de desempenho, dar-se-á prevalência ao exercício de funções no local de trabalho.

Do mesmo passo, a D.R.O.A.P. e Vossa Excelência alcançam uma segunda conclusão, a saber: *nas situações de risco clínico para a trabalhadora ou para o nascituro, impeditivo* [em absoluto] *do exercício de funções*" a situação passa a ser de doença, não tendo aplicação a Lei da Maternidade e Paternidade.

Entende a interessada – e a Provedoria de Justiça – ser totalmente desajustado o afastamento da aplicação do disposto n.º 3 do artigo 10º da Lei da Maternidade e Paternidade (e, então, da possibilidade de gozar a respectiva licença) porquanto, nas situações em que o risco clínico implique a total impossibilidade do exercício de funções no local de trabalho, está-se, ainda, perante um caso de maternidade, funcionando aqui um elemento de *especialidade*, na modalidade que contrapõe *regras particulares* a *regras comuns* (*vide* ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Parte general,* § 44, II, citado por OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, F.C.Gulbenkian, 3ª edição, p.448). Com efeito, o diploma da Maternidade e Paternidade aplica-se, não à generalidade das pessoas ou situações, mas às

trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes (*cfr.* artigo 2º da Lei da Maternidade e da Paternidade), aliás no desenvolvimento de princípio constitucionalmente consagrado.

Por outro lado e como também já foi destacado no decurso da instrução, inexistiria fundamento lógico, mesmo que remoto, para que, exactamente nas situações em que o risco clínico é mais intenso e agravado (logo, merecedor de maior protecção), fosse afastada a aplicação do regime jurídico de protecção da Maternidade e da Paternidade.

A D.R.O.A.P. entende que não tem aplicação a Lei da Maternidade e da Paternidade porque a situação de gravidez com risco clínico com interdição de trabalho é enquadrável no regime de doença. Porém, uma vez que o citado artigo 25º afasta – sem margem para dúvidas – a equiparação à doença, não pode evitar-se o retorno à aplicação das disposições da Lei da Maternidade e da Paternidade e, como tal, não se vê como pode a funcionária deixar de ter direito ao gozo da licença, exactamente como havia (e bem) requerido.

III
Conclusões

Pelas razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no artigo 20º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

a Vossa Excelência, Senhora Secretária Regional Adjunta da Presidência:

A. Que seja revogado o despacho de 22 de Maio de 2003, lavrado na informação n.º 58/03, de 03/04/15, da D.R.O.A.P., e substituído por outro que autorize a Senhora Professora ... a gozar a licença por maternidade com fundamento na existência de risco clínico, ao

abrigo do disposto no n.º 3 do artigo 10º da Lei n.º 4/84, de 5 de Abril, na redacção resultante da republicação rectificada assegurada pelo Decreto-Lei n.º 70/2000;
B. Que a nova decisão seja comunicada, de imediato*, à Direcção Regional da Educação e à interessada.*

Permito-me lembrar a Vossa Excelência a circunstância de a formulação da presente recomendação não dispensar, nos termos do disposto no artigo 38º, n.ºs 2 e 3, da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, a comunicação a este órgão do Estado da posição que vier a ser assumida em face das respectivas conclusões.

Acatada

Sua Excelência
o Presidente do Governo Regional dos
Açores

R-1003/03
Rec. n.º 18/A/2003
05.11.2003

I
Introdução

A queixa que, no dia 10 de Fevereiro p.p. e no interesse da Senhora ..., motivou a abertura do presente processo na Extensão dos Açores da Provedoria de Justiça suscitava a questão do desmando dos montantes dos reembolsos impostos pelo *regulamento de regime de concessão de bolsa de estudo para a frequência de cursos de licenciatura que confiram habilitação para a docência* (adiante, apenas regulamento), aprovado em anexo à Portaria n.º 38/2000, de 15 de Junho (*in* J.O., I série, n.º 24, de 15/06/2000, pág.601 e ss.).

Na verdade, o n.º 12 daquele regulamento dispõe que:

12. Os alunos bolseiros ficam ainda obrigados a reembolsar a Região Autónoma dos Açores, através do Fundo Regional de Acção Social Escolar, no dobro da totalidade dos valores entretanto recebidos a título de bolsa, incluindo as despesas com passagens, quando:

a) Não cumpram qualquer das condições constantes do n.º 8 do presente regulamento;

b) Desistam da frequência do curso em que estejam matriculados;

c) Reprovem por falta de aproveitamento mais do que um ano ao longo do seu curso;

d) Reprovem por falta de assiduidade ou outros motivos a eles directamente imputáveis;

e) Reprovem por razões disciplinares ou por qualquer razão sejam excluídos da frequência do estabelecimento de ensino onde estejam inscritos.

Antecipando, direi que o Provedor de Justiça entende inexistir justificação suficiente para sancionar com o pagamento do dobro do montante da bolsa recebida o incumprimento das condições previstas no n.º 8 do regulamento, ou a desistência da frequência do curso ou, ainda, a reprovação por falta de aproveitamento ou assiduidade ou por razões disciplinares.

Como chegou a ser referido à Senhora Directora Regional da Educação (cf. ofício de 2003-02-14), não está em causa e nem sequer foi reclamado o facto do regulamento aprovado em anexo à Portaria n.º 38/2000 autorizar a Direcção Regional da Educação a pedir o supra mencionado reembolso. Do mesmo passo, considerou a Provedoria de Justiça ser totalmente desajustado alegar o desconhecimento das obrigações inerentes à aceitação da bolsa de estudo, porquanto, desde logo:

- o modelo de declaração de compromisso de honra que é exigido a todos os beneficiários presta, em excesso, todas as informações relevantes;

- incumbe aos interessados a consulta dos termos da Portaria n.º 38/2000 ;

- vigora no ordenamento jurídico português o princípio da irrelevância da *ignorantia iuris* , como proclama o artigo 6º do Código Civil.

A questão central que foi suscitada por este órgão do Estado perante a Administração Educativa Regional prendia-se com a circunstância do Regulamento em causa não só prever a obrigação dos beneficiários incumpridores reporem as quantias que houvessem sido atribuídas com o intuito de incentivar a frequência de cursos de licenciatura que conferissem habilitação para a docência mas, igualmente, vindicar esses bolseiros com o ónus do pagamento acrescido - aparentemente a título de sanção - de um outro valor de igual montante.

Acrescidamente, a Provedoria de Justiça notou, criticamente, que, mesmo nas situações em que ocorre reprovação *por motivo de doença clinicamente atestada* (como, então, parecia ser o caso e como, agora, está indubitavelmente comprovado ter acontecido) não fica afastada, sequer, a obrigação da devolução do dobro das quantias. Relativamente a este aspecto particular, a Extensão dos Açores da Provedoria de Justiça também evidenciou perante a Direcção Regional da Educação, ainda em Fevereiro, o desacerto do facto da devolução do dobro do valor da bolsa ser imposta, igualmente:

- em situações resultantes de motivos imputáveis aos beneficiários (*v.g.,* quando sem justificação idónea prescindiam do estatuto de bolseiro; ou incumpriam as obrigações previstas no n.º 8; ou desistiam da frequência do curso; ou reprovavam por falta de aproveitamento ou por falta de assiduidade por motivos a eles directamente imputáveis); e

- em casos provenientes de razões não imputáveis aos beneficiários (como as reprovações por motivo de doença que originavam a não conclusão do curso).

No já mencionado ofício de 2003-02-14, a Provedoria de Justiça também sustentou que o disposto na alínea e) do n.º 12 do Regulamento poderia indiciar a possibilidade de ser alcançada decisão contrária àquela tomada relativamente à bolseira ..., na

medida em que aquela norma refere, como causa do reembolso do dobro da totalidade dos valores recebidos a título de bolsa, a *reprovação por motivos directamente imputáveis aos beneficiários*. Assim sendo, por um raciocínio *a contrario*, a solução poderia (e deveria) ser diferente nos casos de reprovação por motivos *não imputáveis* aos beneficiários e, designadamente, deixar de impor a dúplice sanção pecuniária (devolução do montante recebido acrescido de igual valor).

Por outro lado e em face da redacção do regulamento e, em especial, do disposto no respectivo n.º 18 [179], ponderou a Provedoria de Justiça a possibilidade da Direcção Regional da Educação avaliar as situações particulares que não podiam, ou não deviam, ser resolvidas por aplicação directa dos procedimentos gerais. Para sustentar a sugestão apresentada, este órgão do Estado chegou a exemplificar com o caso de um beneficiário que, por sofrer um acidente definitivamente incapacitante ou por padecer de doença grave prolongada, não deveria ser obrigado a repor, sequer, as quantias recebidas - e, muito menos, em dobro.

Registe-se que tendo o mencionado ofício deste órgão do Estado sido concluído com duas questões - se ficasse comprovado, por declaração médica aceite pela Direcção Regional da Educação, que era clinicamente desaconselhada a continuação do curso, poder-se-ia dar a aplicação do procedimento previsto no n.º 18 da Portaria n.º 38/2000, de 15 de Junho? E, naquela eventualidade, poderia ser revista a imposição da devolução da quantia recebida (ou, pelo menos, do dobro da mesma)? – a Senhora Directora Regional da Educação respondeu que "*(...) após revisão do processo, poder-se-á considerar este um caso não previsto no regulamento de concessão de bolsa de estudo. Para tal dever-se-á solicitar à Sra. ... um comprovativo médico de como está clinicamente incapacitada de continuar a frequentar o ensino superior, para posterior decisão da aplicação do previsto no ponto*

[179] Que é do seguinte teor: "Os casos não previstos no presente Regulamento e as dúvidas surgidas na sua aplicação são resolvidos por despacho do Director Regional da Educação" .

18 da Portaria n.º 38/2000, de 15 de Junho" (cf. ofício de 10-03-03).

Julgando que o assunto estava em vias de resolução, a Extensão dos Açores da Provedoria contactou a interessada e pediu-lhe que, com urgência, diligenciasse no sentido de ser obtida a necessária declaração médica; em resposta, foi remetido à Provedoria de Justiça um atestado médico o qual, acto contínuo, foi encaminhado para a Direcção Regional da Educação.

Espantosamente, porém, a coberto do ofício de 07-05-03, a Direcção Regional da Educação veio comunicar a este órgão do Estado que "*por despacho da Sra. Directora Regional da Educação de 30.04.03, foi indeferida a anulação do pedido de reembolso do dobro do montante recebido a título de bolsa de estudo pela Sra. ..., uma vez que a presente situação é interpretada como prevista nos pontos 11, 12 (alínea b) e c)), 13 e 14 do Regulamento anexo à Portaria n.º 38/2000, de 15 de Junho*".

Estou em crer que a mera sucessão cronológica de decisões contraditórias e desencontradas tomadas pela Direcção Regional da Educação constituiria motivo para a intervenção do Provedor de Justiça, uma vez que é expectável, e exigível, que a Administração actue de forma lógica e coerente na manifestação da sua vontade.

Ao mesmo tempo e como foi já aflorado, revela-se importante questionar o próprio entendimento subjacente ao modelo sancionatório encontrado no regulamento, parecendo absolutamente despropositado castigar os beneficiários que não puderam concluir os respectivos estudos superiores, apenas porque foram auxiliados pela Região Autónoma através de uma bolsa de estudo.

Finalmente, deve referir-se que estou na posse de elementos documentais – obtidos em acção de inspecção levada a cabo já na fase final da presente instrução – que revelam o carácter algo arbitrário (no sentido de desvinculado das prescrições regulamentares) das decisões relativas à devolução, ou não, imposta aos bolseiros faltosos, notando-se que a Direcção

Regional faz uso casuístico de uma pretensa faculdade de autorizar "*excepcionalmente*" (e injustificadamente) a uns o que proíbe a outros.

II
Exposição de motivos
§1
A sanção pecuniária

Conforme ficou dito, não encontro qualquer justificação que possa estar subjacente à obrigação da *restitutio* ou do ressarcimento através do pagamento do dobro do valor da bolsa. Aliás, atendendo ao facto da Administração "*não estar (...) obrigada apenas a prosseguir o interesse público – a alcançar os fins visados pelo legislador -, mas a consegui-lo pelo meio que represente um menor sacrifício para as posições jurídicas dos particulares*"[180], vejo nesta disposição do regulamento uma violação clara das garantias dos particulares conferidas pelo *princípio da proporcionalidade*, ou *da proibição do excesso* (artigo 5º do Código do Procedimento Administrativo, ou CPA).

De facto e seguindo o mesmo Autor[181], sempre que colida com as posições jurídicas dos administrados, a decisão da Administração deve conformar-se com o *princípio da adequação*, com o *princípio da necessidade* e, finalmente, com o *princípio da proporcionalidade em sentido estrito*. Ora, do que ficou dito – e mesmo descontando a evidente arbitrariedade das decisões que, no mesmo processo ou em processos similares, a Senhora Directora Regional da Educação sustentou – resulta que, em abstracto, a norma posta em crise:

- lesa as posições jurídicas dos administrados de forma inadequada e inapta à prossecução do interesse público visado

---

[180] ESTEVES DE OLIVEIRA, *Código do Procedimento Administrativo*, Comentado, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 1998, p.103.
[181] *Ibidem,* p.104.

(porque é totalmente desajustado impor um pagamento adicional à vantagem patrimonial auferida);

- afecta aquelas mesmas posições jurídicas através de um meio desnecessário, (porque a mera imposição da devolução dos valores recebidos cumpriria o desígnio de não permitir o prejuízo do erário público);

- ofende o próprio interesse público (porque não invoca, nem alcança, nenhuma correspondência entre o *custo* e o *benefício*).

Impor a um bolseiro – só porque, por alguma razão, incumpriu o compromisso assumido com a Administração Regional dos Açores – a devolução do valor da bolsa acrescido de montante igual (a título de sanção, continua a presumir-se) é, desde logo, injusto. Deste modo, a norma que permite uma tal injustiça deve ser desaplicada. Contudo, até em proveito da *certeza* e *segurança jurídicas*, recomendo a pura e simples eliminação de um tal mecanismo sancionatório.

Ademais, não posso evitar lembrar que o procedimento de devolução que vem previsto no regulamento e que tem vindo a ser seguido pela Direcção Regional da Educação é, patentemente, ilegal, uma vez que não se compagina com as disposições do Código do Procedimento Administrativo [*maxime* com as relativas ao direito dos interessados a serem ouvidos (artigo 100º, CPA)]. Na realidade, mesmo que se aceitasse (o que não acontece) a validade daquela penalidade pecuniária, a respectiva aplicação teria que estar dependente do cumprimento das disposições do CPA (ou, pelo menos, daquelas referentes à fase do saneamento do procedimento, na expressão de ESTEVES DE OLIVEIRA[182]).

[182] *Ob. Cit.,* Nota II ao art. 100º, p.453.

§2
O caso do bolseiro B...

Já mencionei que determinei que a Extensão dos Açores da Provedoria de Justiça verificasse todos os processos de atribuição de bolsa ao abrigo do regulamento, exactamente com o intuito de garantir que a tomada de posição do Provedor de Justiça sobre a matéria reclamada atendesse à globalidade das situações dos bolseiros e, também, levasse em conta a experiência dos Serviços e técnicos envolvidos.

A visita de inspecção aconteceu no dia 17 de Setembro p.p., depois de previamente concertada com a Senhora Directora Regional da Educação, e contou com a empenhada e diligente colaboração da Directora de Serviços Técnico-Pedagógicos e Formação, (pela qual, reconhecido, manifesto sincero agradecimento). Depois de consultados 33 processos individuais[183] concluiu-se que as decisões de reembolso dos montantes recebidos (e, bem assim, de devolução desses valores em dobro) foram tomadas com base em critérios de apreciação pessoal, sem qualquer enquadramento nas disposições legais aplicáveis, em clara violação do princípio da legalidade e, também, sem qualquer fundamentação.

Registe-se o exemplo do bolseiro B.... cuja situação factual vem sucintamente descrita na informação n.º 02, de 07/01/2003 e que não pode deixar de suscitar algumas perplexidades. Desde logo, porque a Direcção Regional da Educação constatou que o interessado reprovou duas vezes no respectivo curso, sendo que o n.º 12 do regulamento dispõe que os bolseiros ficam obrigados a reembolsar a Região caso reprovem mais do que um ano [alínea

[183] A Senhora Directora de Serviços explicou que outros processos estavam em arquivo diferente mas a Provedoria considerou desnecessária a consulta dos restantes. Daí a verificação de que não foram vistos todos os 39 processos de pedido de bolsa ao abrigo da Portaria n.º 38/2000 referidos no ofício de 28/08/03, da Senhora Directora Regional.

c)]. Depois, porque a informação em causa apurou a verificação das condições inerentes à aplicação da sanção prevista no regulamento e referia as consequências previstas; contudo, sem qualquer justificação[184], foi proposto superiormente o incumprimento do regulamento na medida em que foi 'perdoada' ao bolseiro a obrigação de devolver o dobro do montante recebido. Finalmente, porque a proposta veio a merecer a aceitação da Senhora Chefe de Divisão e da própria Senhora Directora Regional da Educação que despacha, em 09/01/2003, nos seguintes termos: "*considerando os fundamentos da presente informação autorizo conforme proposto na mesma, a título excepcional*" [185].

Anote-se que os fundamentos da informação nunca autorizariam a 'dispensa' do pagamento, simplesmente porque a informação não contém nenhuma motivação, sendo totalmente omissa relativamente às razões que levaram à omissão do pedido de reembolso. Como Vossa Excelência poderá verificar na cópia do documento, a informação em causa apenas contém algumas considerações factuais – de entre as quais permito-me destacar a afirmação "*o candidato não transitou para o 3º ano apenas por 0,5 u.c.*" (destaque nosso).

Como é bom de ver, não pretende a Provedoria de Justiça obter a revogação da decisão relativa ao bolseiro B... nem, tão pouco, a produção de outra onde lhe seja imposta a obrigação do pagamento do dobro das quantias que tenha recebido. Contudo, não pode o Provedor de Justiça deixar de manifestar grande estranheza pelo facto da Direcção Regional de Educação, *motu proprio*, ter desaplicado, ali, o n.º 12 do regulamento e, relativamente à ex--bolseira A.... e mesmo após pedido da

---

[184] A não ser que se entenda, por absurdo, que constitui justificação suficiente a afirmação segundo a qual "(...) o candidato não transitou para o 3º ano apenas por 0,5 u.c.".

[185] Uma vez que a Senhora Directora de Serviços mencionou a existência de razões socialmente relevantes para a decisão que foi tomada aceita-se, naturalmente, a existência daqueles motivos atendíveis e não se pretende pô-los em causa. A questão é, obviamente, outra e prende-se com a igualdade de tratamento dos diferentes bolseiros e com a arbitrariedade de algumas decisões.

Provedoria de Justiça baseado em atestado médico, ter negado a possibilidade de uma decisão 'socialmente preocupada' (mesmo depois de, primeiramente, a ter viabilizado).

§3
O caso da bolseira A...

Deve dizer-se que a interessada incumpriu a obrigação de comunicar à Direcção Regional da Educação as vicissitudes académicas em que incidiu.

Por outro lado, aceitar-se-ia – se uma tal preocupação houvesse sido invocada – que a elaboração do regulamento de regime de concessão de bolsa de estudo para a frequência de cursos de licenciatura que confiram habilitação para a docência tivesse visado afastar, ou desmotivar, a possibilidade dos beneficiários usarem, indevidamente, as facilidades e os apoios financeiros que a Região criara para colmatar necessidades do sistema de ensino. Contudo, é bom de ver que uma tal 'antecipação preventiva' não poderia justificar, jamais, um excesso punitivo; para mais, estou em crer que a mera previsão da obrigação de devolução do valor percebido seria suficiente para alcançar suficientemente esse desígnio desmotivador da fraude.

Já ficou visto, contudo, que nem duas reprovações nem, tão pouco, a redacção do regulamento impediu que a Direcção Regional da Educação atendesse à situação particular de um bolseiro, não só não lhe exigindo o pagamento da sanção pecuniária como desobrigando-o, até, da devolução dos apoios que recebera.

É neste contexto que importa retornar à situação da Senhora ... para, naturalmente, confrontá-la com o caso do bolseiro B... e perguntar:

a) que motivos tão gravosos tornaram irrelevante a declaração médica que comprova ser clinicamente desaconselhada a continuação do curso? E que razões tão ponderosas justificaram a 'excepcionalidade' da decisão relativa ao bolseiro B...?

b) que factos impediram que se desse o assunto por encerrado com a devolução das verbas recebidas por aquela bolseira? E que justificação permitiu que o bolseiro B... nem sequer tivesse que repor os montantes percebidos?

c) por que motivos a Direcção Regional da Educação começou por dizer que "*(...) após revisão do processo, poder-se-á considerar este um caso não previsto no regulamento de concessão de bolsa de estudo. Para tal dever-se-á solicitar à Sra. ... um comprovativo médico de como está clinicamente incapacitada de continuar a frequentar o ensino superior, para posterior decisão da aplicação do previsto no ponto 18 da Portaria n.º 38/2000, de 15 de Junho*" (cf. ofício de 10-03-03) e acabou concluindo, em sentido oposto, que "*por despacho da Sra. Directora Regional da Educação de 30.04.03, foi indeferida a anulação do pedido de reembolso do dobro do montante recebido a título de bolsa de estudo pela Sra. A..., uma vez que a presente situação é interpretada como prevista nos pontos 11, 12 (alínea b) e c)), 13 e 14 do regulamento anexo à Portaria n.º 38/2000, de 15 de Junho*" (ofício de 07-05-03)? E como foi possível que, mesmo sem existir nenhum pedido do interessado e sem qualquer explicação, a Administração tenha desaplicado os n.ºs 11, 12, 13 e 14 do regulamento?

Uma última nota: é plausível considerar que, de todos os casos de atribuição de bolsa ao abrigo da Portaria n.º 38/2000, de 15 de Junho, a situação da ex-bolseira A... é a que mais longe se situa da possibilidade de aproveitamento ilícito das facilidades especiais previstas no regulamento. Na verdade, à data da solicitação da bolsa de estudo a interessada era já docente em um estabelecimento de ensino dos Açores, tendo o pedido visado apenas a obtenção de mais completas habilitações para a docência, ocupação profissional que é exercida há mais de 14 anos.

III
Conclusões

Ainda que não se ponha em dúvida a legítima vontade da Administração Educativa dos Açores de melhorar o sistema educativo regional, designadamente através do incremento do número de docentes profissionalizados e mesmo não questionando o *animus* do mecanismo sancionatório previsto no regulamento, tanto no sentido de desmotivar irreflectidas decisões como, também, de persuadir o esforço e a persistência que são devidas na frequência de estabelecimentos do ensino superior, deve reconhecer-se que o assunto da Senhora Prof.ª A... constituiu um caso de ineficiência administrativa, antes de resultar das apontadas limitações do regulamento.

Para mais e como foi já destacado, a Direcção Regional da Educação dispunha do mecanismo previsto no n.º 18 para, atendendo às particularidades da situação concreta, responder em sentido diverso.

Ainda assim, é também forçoso constatar que o regulamento não previu – nem regulou devidamente – diversas situações de impressiva relevância social e ética cuja ponderação o legislador não pode olvidar. Sem pretender perscrutar as ínfimas, e raras, hipóteses teóricas, não pode deixar de referir-se, a título meramente exemplicativo, que uma pessoa com doença oncológica persistente que implique um internamento superior a dois anos não estará, automática e expressamente, isenta da obrigação de devolver o dobro do montante da bolsa, uma vez que mesmo por motivo justificado ou doença clinicamente comprovada apenas é permitida a reprovação, no máximo, em dois anos e na condição de ser concluído o respectivo curso. Como se não bastasse, acresce, ainda, que a penalização que foi efectivamente consagrada revela-se indubitavelmente excessiva, desajustada e – por estas razões – injusta.

E é por este último motivo, com toda a certeza, que mesmo aqueles cuja primeira incumbência é a aplicação das disposições do regulamento chegam a decidir desaplicar a sanção pecuniária.

Finalmente, a sanção prevista também não leva em conta os diversos graus de incumprimento, sendo susceptível de criar desigualdades por tratar de forma idêntica situações profundamente distintas. Note-se, uma vez mais a título de exemplo, que o regulamento não distingue na aplicação da sanção (devolução do dobro do valor da bolsa) as situações de dois docentes ex-bolseiros que tenham assumido o compromisso de leccionar na Região durante oito anos, mesmo que um deles tenha ensinado durante sete anos e, o outro, tenha leccionado apenas um mês.

Por tudo isto, melhor será, então, ajustar os preceitos à experiência já percorrida e iniciar o procedimento de alteração do regulamento, uma vez que não é aceitável permitir que sejam as decisões arbitrárias (e ilegais) dos funcionários dos serviços a conferir justiça às disposições normativas aprovadas pelo Senhor Secretário Regional e, já agora, poder-se-á aproveitar aquela ocasião para compaginar o procedimento de devolução de verbas previsto no regulamento com as disposições do Código do Procedimento Administrativo e, designadamente, com o direito de audiência dos interessados (artigo 100º).

IV
Recomendações

Pelas razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no artigo 20º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

a Vossa Excelência, Senhor Presidente do Governo Regional dos Açores:

Que, com urgência, sejam alteradas as disposições que no regulamento dispõem sobre a obrigação de pagamento do dobro do montante recebido a título de bolsa de estudo, passando a sancionar-se o incumprimento com a mera devolução dos valores recebidos e diferenciando-se as sanções em função da gravidade das prevaricações;
Que, especialmente em situações de doença e mesmo prevendo-se mecanismos acrescidos de controlo para evitar a possibilidade de fraude, seja consagrada a possibilidade do reajustamento das contrapartidas assumidas pelos bolseiros em conformidade com a respectiva situação clínica, sob pena de se estar a incorrer em verdadeira violência administrativa;
Que sejam dadas instruções aos serviços sobre a imperiosa necessidade de fundamentar as decisões, também como forma de assegurar a harmonização dos entendimentos seguidos;
Que seja reapreciado o pedido da bolseira, Senhora Prof.ª ..., atendendo-se à incapacidade clínica para continuar a frequentar o ensino superior que está medicamente comprovada e fazendo uso do disposto no n.º 18 do regulamento anexo à Portaria n.º 38/2000, de 15 de Junho.

Permito-me lembrar a Vossa Excelência a circunstância da formulação da presente recomendação não dispensar, nos termos do disposto no artigo 38º, n.ºs 2 e 3, da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, a comunicação a este órgão do Estado da posição que vier a ser assumida em face das respectivas conclusões.

Aguarda resposta

2.7.3. Processos anotados

R-6113/01
Assessor: Miguel Menezes Coelho

Assunto: Função Pública; Reestruturação de carreiras.

Objecto: Revisão de carreiras de informática; Mudança de categoria ou escalão; Produção de efeitos.

Decisão: Foi recomendado que aqueles que mudaram de categoria ou escalão depois de 1 de Abril de 2000 beneficiassem, cumulativamente com a transição prevista no artigo 21º do Decreto-Lei n.º 97/2001, de 26 de Março, com efeitos a 1 de Abril de 2000, igualmente da transição resultante da aplicação do disposto no n.º 2.

Síntese: O Governo Regional dos Açores, depois de acatar a Recomendação n.º 9-A/2002, produziu a Orientação n.º 37/2002 – VIII Governo Regional dos Açores, a qual, considerando (1) que entendimento idêntico foi adoptado na Administração Central, de acordo com as orientações da DGAP, (2) que outra interpretação era susceptível de acentuar injustiças relativas e, também, (3) que a unidade do sistema jurídico e a estabilidade das relações jurídicas entre a Administração e os administrados são valores a preservar, determinou o acatamento da recomendação e a revisão da situação dos funcionários cuja transição não se processou de acordo com o entendimento depois sufragado.

P-17/02
Assessor: Miguel Menezes Coelho

Assunto: Urbanismo e obras; Plano Director Municipal; Parecer vinculativo.
Objecto: Mediação.
Decisão: Arquivamento do processo após conclusão, com sucesso, do processo de mediação.
Síntese: O Provedor de Justiça determinou que fosse aberto processo "P" em cujo âmbito fosse mediada a questão da construção de um hotel no concelho da Praia da Vitória, uma vez que o Presidente da Câmara Municipal e o interessado particular solicitaram, em reunião havida nas instalações da Extensão dos Açores, a intervenção deste órgão do Estado.

Nos termos do pedido, os problemas que importava dirimir consistiam:

a. na existência de um parecer negativo relativamente à construção, emitido pela Secretaria Regional do Ambiente, o qual não estava devidamente fundamentado;

b. no facto do PDM – Plano Director Municipal da Praia da Vitória estar em fase de discussão (e prever, no respectivo regulamento, a construção do mencionado hotel);

c. na previsão de que, em menos de 12 meses, se concluísse o procedimento relativo à aprovação do PDM;

d. na impossibilidade de serem iniciados os trabalhos (designadamente de terraplanagem) sem a prévia existência de uma garantia formal de autorização de edificação do estabelecimento hoteleiro.

Em suma, a Câmara Municipal da Praia da Vitória havia consagrado a construção do hotel no principal instrumento de gestão territorial da área concelhia mas, uma vez que a Secretaria

Regional do Ambiente tinha dado parecer negativo à edificação, o interessado via-se na necessidade de aguardar até que o PDM entrasse em vigor para que pudesse começar os trabalhos, facto que acarretava custos financeiros elevados.

Com a intervenção do Provedor de Justiça foi possível, primeiro, juntar a Senhora Delegada do Ambiente da Ilha Terceira e a consultora jurídica da Câmara Municipal da Praia da Vitória, tendo sido ultrapassada a questão do parecer negativo. De facto, verificando-se que o PDM já previa a construção do hotel, ficou patente que, assim que aquele instrumento de gestão territorial estivesse em vigor, não haveria quaisquer obstáculos à construção do hotel.

Por outro lado, o parecer vinculativo dos Serviços de Ambiente (relativamente à localização) apenas é necessário porquanto não existe PDM aprovado e eficaz, o que significava que o impedimento existente à data do início da instrução apenas representava um atraso no processo, sem nenhuma outra consequência relevante.

Mediante proposta da Provedoria de Justiça foi possível acordar na alteração dos termos do parecer, o qual passou a ser favorável, sob condição do projecto respeitar as disposições do (futuro) PDM e dos trabalhos só serem iniciados depois da respectiva entrada em vigor.

Depois, a Provedoria de Justiça reuniu o Presidente da Câmara Municipal, o interessado particular e o arquitecto do projecto, ficando acertadas as características da construção (com respeito pelas disposições do PDM) e o procedimento que deveria ser seguido, em ordem à rápida conclusão do processo de licenciamento.

Finalmente, em outra reunião havida com todos os intervenientes constatou-se que apenas se aguardava que o interessado particular fizesse entrega do projecto de arquitectura na Câmara Municipal da Praia da Vitória.

Assim, estando ultrapassadas as dificuldades inicialmente existentes e verificado o curso normal do processo, o Provedor de

Justiça considerou esgotada a intervenção deste órgão do Estado e determinou o arquivamento do processo.

R-2097/03
Assessor: Miguel Menezes Coelho

Assunto: Mediação. Domínio Público Marítimo. Expropriação. Negociação particular.

Objecto: Tendo sido pedida a mediação do Provedor de Justiça na resolução do problema habitacional do Sr.... [na sequência da anterior intervenção que este órgão do Estado tivera no âmbito do processo R-557/97 (Aç)], foram feitas diligências para garantir a permuta entre o terreno do interessado (necessário para a correcção do traçado de uma estrada) e o terreno da Região (onde o particular já habita depois de autorização do Presidente do Governo).

Decisão: Acordo entre o interessado particular e a Região Autónoma dos Açores mediado pelo Provedor de Justiça.

Síntese: A Extensão dos Açores começou por tratar esta questão, no âmbito da instrução do R-557/97 (Aç), depois do interessado ter relatado que era proprietário de uma casa, onde residia com a sua mãe de 84 anos; que a casa carecia de urgentes obras de conservação; que a habitação ficava situada numa curva da estrada, nos seguintes termos:

1. Casa do reclamante

e que no âmbito do processo de licenciamento municipal de obras particulares, a Delegação da Secretaria Regional da Habitação e Equipamentos emitira parecer negativo à realização dos trabalhos, alegando que estava "prevista" a correcção do alinhamento da estrada com a consequente necessidade de recuar a implantação da casa.

2. A Extensão promoveu uma reunião com todas as entidades intervenientes no processo (Câmara Municipal, Delegação das Obras Públicas, Delegação do Ambiente e Gabinete da Zona Classificada de Angra do Heroísmo) a qual permitiu concluir que (1) o interessado deveria começar por pedir a delimitação do domínio público marítimo, nos termos da legislação aplicável, (2) a correcção da estrada nunca esteve legalmente prevista (uma vez que antes da publicação em Jornal Oficial não passa de uma mera expectativa dos serviços) e, como tal, não poderia impedir o licenciamento das obras e, finalmente, (3) que o processo camarário deveria ser suspenso até estar concluído o procedimento na Comissão do Domínio Público Marítimo.

3. Entretanto, uma vez que o interessado não poderia continuar a habitar numa casa que, para além de não ter condições de salubridade, oferecia diversos perigos em resultado da localização na via, a Provedoria ponderou a possibilidade de pedir ao Governo Regional que permitisse que o reclamante ocupasse – até ter a sua situação habitacional definitivamente resolvida – uma casa da Região.

4. Depois de averiguações informais tendentes a apurar a existência de uma casa disponível, o Provedor de Justiça pediu ao Presidente do Governo Regional que permitisse que o interessado passasse a ocupar uma habitação da Região.

5. O Presidente do Governo Regional autorizou.

6. O interessado ocupa, desde 28/04/1999, uma casa da Região mas a obra de correcção da estrada ainda não fora decidida nem, tão pouco, avançara no terreno. Por outro lado, o procedimento de delimitação do domínio público marítimo já estava finalizado, o que autorizava o interessado a solicitar a conclusão do processo camarário relativo às obras da sua habitação e, acabados os trabalhos, voltar para a sua residência. Contudo, por um lado, o perigo resultante da localização da casa mantinha-se e, por outro, era expectável que dentro de poucos anos a correcção da estrada viesse a implicar a demolição de parte da habitação.

7. Assim, ponderou-se a pertinência da resolução, definitiva e cabal, do problema habitacional do interessado.

8. Depois de ter sido discutida com o reclamante, foi decidida a apresentação da seguinte proposta ao Delegado da SRHE:

i. Permuta da parte do terreno do interessado necessária à correcção da estrada pelo terreno da Região e habitação onde o reclamante actualmente habita;
ii. Manutenção da sobra do terreno como propriedade do interessado;
iii. Não realização de quaisquer pagamentos em dinheiro.

9. Em reunião havida na Extensão em 22/05/2003, os Senhores Director Regional e Delegado da Secretaria Regional da Habitação e Equipamentos (SRHE) na Ilha Terceira manifestaram concordância com a proposta apresentada.

2.7.4. Censuras, reparos e sugestões à Administração Pública

R-4117/01
Assessor: Miguel Menezes Coelho

Entidade visada: Presidente do Governo Regional dos Açores
Assunto: Reestruturação de carreiras.

Sem querer deixar de agradecer a intervenção do Gabinete de Vossa Excelência na obtenção dos esclarecimentos prestados – os quais permitiram verificar a improcedência das queixas e motivaram a minha decisão de arquivamento do processo -, não posso evitar fazer uso da faculdade que me é conferida pelo disposto no artigo 33º, da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, para chamar a atenção do Governo Regional dos Açores para a despropositada demora na conclusão de um procedimento desencadeado no longínquo ano de 1999.

Com efeito, a presente instrução iniciou-se com o recebimento na Extensão dos Açores da Provedoria de Justiça, no dia 08/08/2001, de uma comunicação que dava conta do facto de se aguardar resposta ao ofício que, em 30/12/99, o Senhor Administrador Delegado do HDESPD remetera ao, então, Subsecretário Regional Adjunto para a Saúde, solicitando orientações sobre o reposicionamento de diversos funcionários.

Ciente de que o caso estava em apreciação nos órgãos próprios da Administração Regional, a Provedoria de Justiça aguardou uma tomada de posição relativamente às pretensões apresentadas.

Sem embargo dos oito ofícios de insistência (alguns lembrando a faculdade de fixação de prazo e a possibilidade de ser

determinada a presença na Provedoria de Justiça para prestar pessoalmente os esclarecimentos em falta) e dos diversos contactos telefónicos entretanto estabelecidos, somente em 23/01/2003, o Gabinete do Senhor Secretário Regional dos Assuntos Sociais prestou os esclarecimentos que permitiram que o Gabinete de Vossa Excelência – com a celeridade habitual – informasse a Extensão dos Açores das conclusões obtidas no procedimento.

Esta situação de absoluta falta de colaboração com o Provedor de Justiça – que, diga-se, é totalmente distinta do tratamento que tem vindo a ser conferido aos pedidos de informação que, com regularidade, são remetidos por este órgão do Estado à Administração Regional dos Açores – imporia, sem mais, a formulação do presente reparo.

Contudo, o aspecto mais grave da situação relatada resulta, não da omissão da celeridade que julgo ser devida ao tratamento dos pedidos da Provedoria de Justiça, mas, diferentemente, da violação do *dever de decidir* e, bem assim, do *direito à informação* de que beneficiam todos os administrados.

De facto, é consabido que a pretensão dos funcionários do HDESPD foi considerada improcedente e que, por tal circunstância, uma resposta pronta apenas teria permitido um conhecimento mais atempado daquela decisão. Contudo, caso os pedidos tivessem sido acolhidos, uma tão acentuada demora teria tido outras consequências de gravidade acrescida, desde logo atendendo à estrutura hierarquizada das carreiras da Administração Pública e à correlação das situações relativas dos diferentes funcionários.

Verificará Vossa Excelência que me escuso de invocar os prazos previstos no Código do Procedimento Administrativo, em face da absurda dilação (superior a dois anos) na prestação da resposta; limito-me, assim, a exortar à proporcionalidade entre a complexidade dos assuntos e o prazo de conclusão dos procedimentos.

Uma vez mais, devo mencionar a circunstância, revelada pela experiência comum, de a falta de cuidado revelada no tratamento dos administrados ser tão, ou mais, susceptível de desagrado como a própria decisão desfavorável. No caso em apreço, será certamente difícil aos interessados a aceitação da decisão final do Governo Regional porque, mesmo havendo respeito pela interpretação jurídica, jamais haverá compreensão pela inexplicável demora.

Finalmente, não posso deixar de referir que a presente situação constituiu, também, um grave incómodo para o funcionamento da Provedoria de Justiça e, bem assim, para a imagem de informalidade e eficiência que tem vindo a ser procurada. De facto, compreenderá Vossa Excelência que a minha orientação no sentido de evitar fazer uso, relativamente à Administração Regional dos Açores, da faculdade de fixar prazos para as respostas ou de convocar (ambos sob pena da prática de crime de desobediência) exige a reciprocidade de uma actuação que, se não for célere, pelo menos não pode ser descuidada.

Na certeza de que a situação em apreço resultou de factores excepcionais não susceptíveis de repetição e que, quanto ao mais, será retomada a excelente colaboração que a Administração Regional dos Açores tem prestado à Provedoria de Justiça.

R-1226/02
Assessor: Miguel Menezes Coelho

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Santa Cruz da Graciosa e Presidente do Conselho Directivo do Instituto de Gestão Financeira e Patrimonial da Justiça[186].

[186] O presente reparo foi remetido, em separado, a cada uma das entidades visadas. O texto constante dos pontos 1. a 9. A. é comum, sendo que, como no local se assinala, apenas no ponto 9. B se registaram especificidades

Assunto: Edifício do Tribunal de Santa Cruz da Graciosa.

1. Em 09/04/2002, foi iniciada a instrução do processo aberto na Extensão dos Açores da Provedoria de Justiça em virtude de reclamação relativa a uma alegada irregularidade na implantação do edifício do Tribunal Judicial de Santa Cruz da Graciosa.

2. Uma vez que está totalmente comprovada a procedência da queixa – conforme resulta, de forma pacífica e não controvertida, do teor dos ofícios de esclarecimento que, tanto a Câmara Municipal de Santa Cruz da Graciosa como, também, o Instituto de Gestão Financeira e Patrimonial da Justiça (I.G.F.P.J.), enviaram a este órgão do Estado -, afigura-se desnecessário rememorar exaustivamente a factualidade subjacente à reclamação. Ainda assim, seja-me permitido lembrar sucintamente os traços essenciais da ilegalidade relativa à edificação do novo Tribunal Judicial de Santa Cruz da Graciosa, nos seguintes termos:

a. o edifício está implantado a uma distância de 4,0m do eixo do caminho municipal designado por "Caminho do Jardim";

b. nos termos do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 55º, do Decreto Legislativo Regional n.º 26/94/A, de 30 de Novembro, "nos terrenos limítrofes às vias da rede municipal é proibido realizar (...) construções a menos de 6m ou 4,5m do eixo da via, consoante se trate de estrada municipal ou caminho municipal, ou dentro das zonas de visibilidade";

c. no caso em apreço, o regime de servidão *non aedificandi* impunha, portanto, a distância mínima de 4,5m do eixo do caminho municipal designado por "Caminho do Jardim";

d. pese embora desconhecer-se a data do início do procedimento relativo à construção do edifício do Tribunal Judicial de Santa Cruz da Graciosa (facto determinante para apurar o regime jurídico concretamente aplicável), deve notar-se que, sobre esta matéria, o regime jurídico da urbanização e edificação, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, e

alterado pelo Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4 de Junho, não consagrou soluções legislativas relevantemente diferentes daquelas previstas no regime jurídico do licenciamento municipal de obras particulares, inicialmente aprovado pelo Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro;

e. reportando-me, por isso, somente ao regime jurídico da urbanização e edificação, verifica-se que o artigo 7º regula a matéria das operações urbanísticas promovidas – como é o caso aqui tratado – pela Administração Pública;

f. contudo, como dispõe o n.º 2 desta mesma disposição, com excepção das obras promovidas pelos municípios, a execução pela Administração de todas as restantes operações urbanísticas está sujeita a parecer prévio não vinculativo da câmara municipal;

g. do mesmo passo, o n.º 6 do artigo 7º impõe, sempre, a observância das normas legais e regulamentares aplicáveis, designadamente das constantes dos instrumentos de gestão territorial;

h. acrescidamente, o artigo 10º (aplicável por força da remissão operada no n.º 7 do artigo 7º), prevê que o requerimento inicial seja "sempre instruído com declaração dos autores dos projectos da qual conste que foram observadas na elaboração dos mesmos as normas legais e regulamentares aplicáveis";

i. note-se, finalmente, que o disposto no n.º 3 do artigo 3º do regime jurídico do licenciamento municipal de obras particulares, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, com a redacção conferida pelo Decreto-Lei n.º 250/94, de 15 de Outubro, previa, *grosso modo*, um procedimento idêntico.

3. O Provedor de Justiça não pode deixar de atender ao facto de o novo Tribunal Judicial de Santa Cruz da Graciosa estar em fase muito adiantada de construção; por esta razão, entendo que sugerir ou recomendar a correcção dos trabalhos ilegalmente edificados constituiria um meio desajustado de reacção à irregularidade detectada, na medida em que violaria o princípio da razoabilidade, da proporcionalidade ou da adequabilidade ou,

ainda dito de outra forma, da proibição do excesso. De facto, parecendo que o fim público da existência de um Tribunal em Santa Cruz da Graciosa seria posto em causa pela necessidade de diminuir, em 0,50m, a implantação do edifício, aceitar-se-á nestas condições que deve encerrar-se o debate com as explicações recebidas.

4. Para este entendimento também contribuiu a verificação de que o regime de servidão previsto no Decreto Legislativo Regional n.º 26/94/A, de 30 de Novembro, prevê, no n.º 2 do artigo 55º, que a Assembleia Municipal possa alargar a área *non aedificandi* até ao máximo de 6m, circunstância que, notoriamente, permitiria a fácil resolução da questão em apreço.

5. Contudo, este órgão do Estado igualmente reconhece – e fá-lo, particularmente, em atenção a quem exerceu o seu direito de queixa constitucionalmente consagrado – que é dificilmente aceitável a verificação de que a actuação reclamada, e que foi grosseiramente contrária à lei, partiu de entidades da Administração Pública, mesmo porque não será despropositado considerar que a isenção de licença ou autorização que o legislador conferiu à Administração Pública partiu (também) do pressuposto de que ela actua sempre em obediência à lei e ao direito, até em respeito ao princípio da legalidade consagrado no artigo 3º do Código do Procedimento Administrativo.

6. Do mesmo passo, não devo deixar sem resposta a afirmação constante do ofício de 30/12/2002, do I.G.F.P.J., segundo a qual a ilegalidade em causa "não implica qualquer prejuízo para terceiros nem representa qualquer benefício de natureza económica para as entidades intervenientes", na medida em que não aceito a redução a aspectos meramente económicos do tratamento da questão do incumprimento de normas imperativas relativas a uma servidão *non aedificandi* prevista no quadro jurídico da gestão das vias de comunicação da Região Autónoma dos Açores. Com efeito, é hoje pacífico que o ordenamento do território constitui tarefa fundamental, tanto das autarquias locais na prossecução de interesses próprios das populações

respectivas, como da Administração Central do Estado. No caso em apreço, é notório que as mesmas vantagens teriam sido alcançadas – sem qualquer prejuízo – se tivesse sido cumprido o quadro legal aplicável, pelo que deve ser esta, e não outra, a questão a destacar.

7. Finalmente, não quero esquecer que a igualdade dos cidadãos é posta em causa pelo procedimento em causa, desde logo porque uma mesma actuação desencadeada por um particular daria lugar à instauração de um processo de contra-ordenação, com eventual pagamento de coima e, possivelmente, com a obrigação de demolição – sem que se aceitasse, certamente, a alegação de que não provocara prejuízos a terceiros.

8. Por tudo isto, mais imperiosa se revela a necessidade de não deixar sem reparo a situação verificada ainda que, no edifício em causa, nada possa ser agora corrigido.

9. Em face dos elementos computados no decurso da instrução e que aqui deixei descritos, entendo dever fazer uso da faculdade que me é conferida pelo disposto no artigo 33º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, para chamar a atenção de V.Ex.ª, (...) para:

A. A gravidade da ilegalidade comprovada, na medida em que ela indicia por um lado, o incumprimento da declaração dos autores do projecto (termo de responsabilidade) relativa à conformidade do projecto com as normas urbanísticas em vigor, por outro lado, uma desigualdade de tratamento relativamente aos particulares e, ainda, um entendimento deficiente sobre a responsabilidade acrescida da actuação dos entes públicos, designadamente no cumprimento das disposições legais aplicáveis;

B. A especial preocupação que me merece o facto de a Câmara Municipal de Santa Cruz da Graciosa ou não ter detectado, na fase de parecer prévio não vinculativo, a ilegalidade (ou, simplesmente, não ter dado o parecer devido)[187].

[187] Parágrafo que constitui o ponto 9. B. do reparo dirigido ao Presidente da Câmara Municipal de Santa Cruz da Graciosa.

B. 1. A não aceitação pelo Provedor de Justiça da afirmação constante do ofício de 30.12.2002, do I.G.F.P.J., segundo a qual a ilegalidade em causa "não implica qualquer prejuízo para terceiros nem representa qualquer benefício de natureza económica para as entidades intervenientes", na medida em que ela esquece que não são aqueles os valores essenciais protegidos pelo ordenamento jurídico-urbanístico[188].

R-1436/02
R-3880/02
Assessor: Miguel Menezes Coelho

Entidade visada: Presidente do Governo Regional dos Açores
Assunto: Acidente de viação; pedido de indemnização.

A Extensão dos Açores da Provedoria de Justiça tem assegurado a instrução de diversos processos relativos a pedidos de pagamento de indemnizações em virtude de acidentes de viação ocorridos em estradas regionais, alegadamente como consequência da deficiente conservação das vias a cargo da S.R.H.E. Em todas aquelas situações, tem sido constatado que incumbe ao Serviço de Apoio Jurídico e Notariado Privativo analisar os pedidos, propor a decisão final e, bem assim, assegurar o cumprimento das notificações aos interessados.

Recentemente, este órgão do Estado tratou dois processos – o R-1436/02 (Aç) e o R-3880/02 (Aç) – nos quais ficou patente a existência de erros de instrução, ou de procedimento. Uma vez que, em ambos os casos, foram-me comunicadas as decisões que deram origem, por um lado, à revogação do acto administrativo reclamado e, também, à reanálise do respectivo pedido, determinei o arquivamento dos processos abertos na Provedoria de Justiça, exactamente por ter entendido que deixou de subsistir o motivo

[188] Parágrafo que constitui o ponto 9. B. do reparo dirigido ao Presidente do Conselho Directivo do Instituto de Gestão Financeira e Patrimonial da Justiça.

primeiro das queixas, a saber, a decisão de não pagamento da indemnização solicitada. Aliás, no processo R-1436/02 (Aç), o Gabinete de Vossa Excelência já me deu conta do facto de ter sido decidido pagar a indemnização pedida pelo interessado.

Ainda assim, não quero deixar de fazer notar que não são as deficiências em algumas notificações nem, certamente, uns poucos erros verificados ora na identificação dos interessados ora na descrição dos acidentes que merecem esta minha abordagem; de facto, entendo que as diversas tarefas a cargo dos diferentes serviços públicos são, sempre, passíveis do cometimento de erros materiais, facto que pode resultar, directamente, da acumulação de tarefas e da insuficiência de meios humanos e materiais sendo, por essa razão, compreensível e até, em certa medida, desculpável, uma vez que, em geral, a Administração Pública não só não está isenta destas dificuldades como, as mais das vezes, padece de insuficiências várias que potenciam os problemas. Pese embora o facto de este órgão do Estado dever alertar para a necessidade de os serviços públicos actuarem com zelo e diligência, também não podem esquecer-se as circunstâncias concretas que limitam e condicionam o desempenho dos funcionários e agentes da Administração.

O que motiva a minha intervenção não é, portanto, qualquer juízo relativamente às qualidades dos funcionários do Serviço de Apoio Jurídico e Notariado Privativo.

Diferentemente, a minha preocupação situa-se ao nível dos direitos e garantias dos administrados cujo exercício é suporte indispensável para a justiça material das decisões administrativas. De facto, é neste domínio garantístico que a Provedoria de Justiça tem vindo a constatar, na análise *a posteriori* dos procedimentos administrativos assegurados, um conjunto de práticas que, pela sua insuficiência ou despropósito, são merecedoras de reparo. Sem qualquer preocupação de exaustividade, permito-me mencionar as situações que se me afiguram mais relevantes:

1) desde logo, não parece ser privilegiada a análise cuidada de cada situação, como indicia o facto de os diversos

indeferimentos dos pedidos de indemnização resultarem do preenchimento de minutas preexistentes, nas quais apenas são alterados os dados relativos à identificação dos interessados, das viaturas, das vias, da data da ocorrência e outros da mesma natureza. Podendo ser alegada, em defesa do procedimento seguido, a mera simplificação administrativa proveniente da *standartização* das respostas, não deixa de ser notório que toda a análise parte de uma presunção (dir-se-ia, quase inilidível) da legalidade da actuação dos serviços consubstanciada, por um lado, na aceitação da posição dos serviços locais relativamente à supervisão e sinalização da via e, por outro lado e em consequência, na conclusão de que o interessado circulava em excesso de velocidade;

2) directamente ligado a esta questão, surge o não aproveitamento dos casos analisados para a formulação de *instruções internas*, dirigidas aos serviços de ilha da S.R.H.E., no sentido da correcção dos aspectos susceptíveis de melhoramento, uma vez que quase nunca se concluiu pela verificação de erros na actuação dos serviços;

3) depois e no que concerne aos meios utilizados para refutar os pedidos, constata-se que as "declarações dos (...) serviços" não são sujeitas ao contraditório, nem mesmo em sede de audição ao abrigo do disposto no artigo 100º, do C.P.A. Com efeito, verificando-se o generalizado recurso às "provas obtidas mediante declarações dos (...) serviços" e sendo estas, naturalmente, aceitáveis, esperar-se-ia que elas fossem facultadas para consulta e pronúncia dos contra-interessados, sendo simplesmente incompreensível que o teor daquelas declarações não conste, sequer, das decisões comunicadas aos interessados. Acresce, igualmente, que os declarantes nunca são identificados e, desconhecendo-se a identidade das pessoas que prestam, em nome dos serviços, declarações, também não se sabe em que circunstâncias tiveram conhecimento dos factos que relatam. Ainda no domínio destes testemunhos, registe-se, do mesmo passo, que não se sabe quais os períodos a que se reportam as

declarações (a título de exemplo, veja-se que quando é referido que existe sinalização em determinado local pode ter acontecido, sem que o testemunho seja incorrecto, que a sinalização estivesse caída por altura do acidente; assim, mesmo não sendo errada, a informação pode estar a dar uma errada ideia do sucedido e pode inquinar a decisão);

4) por outro lado, é quase sempre mencionado que a via onde ocorreram os acidentes tem supervisão diária ou semanal. Para além da desconfiança resultante do facto de ser referida uma tal periodicidade (estranheza que é, há que convir, compreensível, no contexto da actuação de uma Administração Pública que se debate com inultrapassáveis problemas de falta de pessoal e de meios materiais), fica a ideia de que esta informação foi recolhida, talvez, junto dos mesmos funcionários a quem, funcionalmente, cabe a própria supervisão. A ser assim, ninguém esperaria que eles reconhecessem não ter cumprido, cabalmente, as respectivas funções; mas, mesmo que a informação se refira às instruções difundidas, também não há a garantia de que, de facto, elas foram acatadas. Deste modo, a única informação válida seria, de facto, aquela que indicasse o dia, ou dias, das últimas supervisões e identificasse os funcionários. Também relativamente à sinalização nas vias – que é quase sempre descrita como sendo irrepreensível – valem as mesmas desconfianças e os mesmos argumentos apresentados quanto à supervisão das vias;

5) como resulta do que acabei de referir, o cumprimento do disposto no artigo 100º, do C.P.A. configura, na prática, um formalismo destituído de relevância material, na medida em que não é possível contrariar, não factos, mas juízos conclusivos. Na verdade, pondera-se qual a susceptibilidade de conseguir refutar a alegação, que é conclusiva, de que um obstáculo estava "devidamente sinalizado" (desconhecendo-se o que tal significa no caso concreto) ou que estavam a ser cumpridas as "regras técnicas" (não se sabendo, na prática, qual a relevância destas para a produção do acidente).

É certo que a Provedoria de Justiça não dispõe de elementos que permitam afirmar que as decisões relativas aos pedidos de atribuição de indemnizações foram injustas, designadamente por não terem atendido às circunstâncias concretamente verificadas ou por terem partido de depoimentos incorrectos ou de factos errados; se os tivesse, certamente teria recomendado o imediato ressarcimento dos danos, o que não aconteceu.

Contudo, não pode o Provedor de Justiça deixar de manifestar compreensão, por um lado, pelo descontentamento generalizado perante as decisões que indeferem pedidos de pagamento de indemnizações por acidentes de viação e, por outro, pela ideia (que se generaliza) de que o não ressarcimento dos danos foi decidido sem atender, com cuidado, às circunstâncias particulares dos acidentes.

Uma vez que a melhoria dos serviços da Administração Pública é uma das especiais preocupações do Provedor de Justiça (artigo 20º, n.º 1, alínea a), do Estatuto) e justificando-se, em face do que deixo exposto, fazer uso da faculdade que me é conferida pelo disposto no artigo 33º, da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, permito-me chamar a atenção de Vossa Excelência, para a necessidade de os processos de análise dos pedidos de pagamento de indemnizações por deficiente conservação de vias a cargo da S.R.H.E. serem melhorados, designadamente, nos seguintes aspectos:

- na averiguação das situações reclamadas, justificando-se assegurar o contraditório relativamente, também, aos depoimentos dos serviços, pelo que as comunicações aos interessados, designadamente para a sua audição ao abrigo do disposto no artigo 100º, do C.P.A., devem ser acompanhadas da totalidade dos elementos recolhidos e ponderados;

- na inclusão nos processo respectivos, não só dos depoimentos recolhidos (que devem passar a constar de *autos de declarações*) como, também, dos outros meios de prova utilizados (fotografias, relatórios, etc.);

- na circunstância de as declarações dos serviços passarem a referir-se a factos/datas/circunstâncias concretas e devidamente identificadas (*v.g.*, datas das supervisões, data da verificação da existência de sinalização, identificação da sinalização, distâncias).

Quanto ao mais, reafirmo que determinei o arquivamento dos processos R-1436/02 (Aç) e R-3880/02 (Aç), e agradeço a colaboração que foi prestada à Extensão dos Açores da Provedoria de Justiça no âmbito da presente instrução.

R-1729/02
Assessor: Miguel Menezes Coelho

Entidade visada: Presidente do Governo Regional dos Açores
Assunto: Plano Anual de Formação; Quadro de Formadores do CEFAPA.

§1

Refiro-me à instrução do processo aberto na Extensão dos Açores da Provedoria de Justiça relativamente à situação do técnico superior principal da Divisão de Estruturas e Modernização (DEM), da Direcção de Serviços de Administração Regional, da Direcção Regional de Organização e Administração Pública (DROAP), Dr. ..., em virtude da decisão do Senhor Director Regional de Organização e Administração Pública que o impediu de monitorizar as acções de formação incluídas no Plano Anual de Formação.

A reclamação que me foi apresentada descrevia o seguinte quadro factual, que passo a sintetizar:

1) o Dr. ... foi convidado para ministrar 3 acções de formação no ano em curso, as quais deveriam decorrer nos meses de Maio, Junho e Outubro, respectivamente, tendo o seu nome sido incluído no Plano Anual de Formação do Centro de Formação

da Administração Pública dos Açores (CEFAPA), documento que foi homologado por Sua Exelência o Secretário Regional Adjunto da Presidência;

2) poucos dias antes do início da primeira acção de formação e quando tratava da marcação das respectivas viagens, o interessado foi informado que não estava autorizado a monitorizar a acção de formação em causa;

3) a informação em causa foi prestada, verbalmente, pelo Senhor Chefe de Divisão da DEM o qual deu conta, igualmente, do facto de aquela decisão ter resultado de orientações de Sua Excelência o Secretário Regional Adjunto da Presidência transmitidas ao Senhor Director Regional;

4) somente após ter apresentado o requerimento com registo de entrada na DROAP n.º 6937, de 16/05/2002, o interessado teve conhecimento da posição (escrita) do Director Regional, datada de 16/05/2002, que fundamentava a decisão anterior, designadamente, na tomada de medidas de gestão adequadas e legais, na utilização racional dos recursos humanos disponíveis, na futura nomeação de uma chefia em regime de substituição e na revitalização do desempenho da DEM.

§2

Importa fazer notar que as circunstâncias factuais aqui descritas – e que se referem, com particular ênfase, à pessoa que decidiu a impossibilidade de ser prosseguida a monitorização das acções de formação – afigurar-se-iam pouco relevantes para a Provedoria de Justiça, logo que elas não significassem que o acto em causa fora ilegal porque praticado com ofensa dos princípios e normas jurídicas aplicáveis. De facto, quero deixar isento de dúvidas o facto de o objecto da presente instrução ter-se restringido à análise da decisão de impedir o Senhor Dr ... de continuar a ministrar a formação previamente acordada nos aspectos que se situavam para além dos naturais juízos de oportunidade inerentes ao exercício do poder discricionário. Assim

sendo, este órgão do Estado cuidou de verificar, unicamente, se a decisão em causa – provindo ela de Sua Excelência o Secretário Regional ou do Senhor Director Regional - foi devidamente motivada e, também, se foi tomada no pressuposto de estar a ser prosseguido o superior interesse público.

Em particular e uma vez que a acção do Provedor de Justiça se situa, primacialmente, ao nível da fiscalização externa da actividade administrativa dos chamados *poderes públicos* (*vide* artigos 1º e 3º, da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril), a intervenção deste órgão do Estado no âmbito da presente instrução visou averiguar os factos descritos na reclamação, unicamente na medida em que eles fossem indiciadores da eventual existência de *desvio de poder*.

Como é consabido, um acto está viciado de *desvio de poder* sempre que, sendo praticado no exercício de um poder discricionário, resulta de um motivo que não condiz com o fim que a lei visou ao conferir esse poder ao autor do acto posto em causa.

§3

A instrução do processo aberto na Extensão da Provedoria de Justiça da Região Autónoma dos Açores foi assegurada junto do Senhor Director Regional, tendo-se visado o esclarecimento, por um lado, do facto de a decisão de não autorizar o prosseguimento da acção de formador ter consubstanciado uma alteração, não explicada, ao Plano Anual de Formação, por outro, da circunstância de a alteração ter sido comunicada ao interessado em data muito próxima do começo da primeira acção (sem que tenham sido, sequer, ponderadas as despesas já realizadas para a preparação das acções de formação), por outro ainda, do facto de a decisão ter sido comunicada verbalmente ao interessado, apenas tendo sido objecto de despacho escrito após requerimento e, finalmente, da circunstância de a nomeação de chefia em regime de substituição (facto que constituiu um dos fundamentos para a decisão reclamada), não ter sido concretizada até à data em que se concluiu a primeira acção de formação. A resposta do Senhor

Director Regional veio, em suma, reafirmar que a decisão reclamada se fundou na necessidade de reorganizar a DEM, nada mais adiantando de relevante.

Seguidamente, entendeu a Provedoria de Justiça justificar-se pedir que fossem colhidos os depoimentos escritos do Senhor Chefe de Divisão da DEM e do Senhor Director de Serviços da Administração Regional, na medida em que a queixa referia terem sido eles a comunicar ao reclamante, em primeira mão, os termos da decisão. Verificou-se, então, que o primeiro foi peremptório na afirmação de que o Senhor Director Regional lhe havia dito que a decisão de não permitir a continuação do reclamante enquanto formador partira de Sua Excelência o Secretário Regional, ao passo que o último afirmou não ter tido conhecimento prévio da situação.

Também não será de todo despiciendo destacar, aqui, que o Senhor Chefe de Divisão, Dr. B, viu cessar a sua comissão de serviço, por despacho de Sua Excelência o Secretário Regional, cerca de 15 dias depois de ter feito a mencionada declaração, com base na circunstância de o "*chefe de divisão em exercício* [não ter conseguido] *dinamizar a actividade da divisão, em termos de constituir uma equipa de trabalho coesa que permitisse o cumprimento do plano de actividades aprovado*".

§4

Em suma, dir-se-á que a reclamação apresentada resultou, não só do quadro factual descrito mas, e sobretudo, da cronologia dos acontecimentos, na medida em que (1) tendo sido oportunamente definido, pela DROAP, um Plano de Formação que previa que o interessado ministrasse 3 acções, começando a primeira em 21/05/2002, (2) aconteceu que, subitamente, a mesma DROAP concluiu no sentido da necessidade urgente de reorganizar o Serviço, (3) com tal premência que não foi possível a redução a escrito da decisão (4) e que levou a que o interessado

apenas dela tivesse sido informado poucos dias antes do início da primeira acção de formação, por ocasião da marcação das viagens.

A primeira conclusão que deve extrair-se dos factos computados na instrução decorre da inexistência de despacho escrito prévio determinando a cessação da monitorização das acções de formação anteriormente acordadas com o Senhor Dr. ... e oportunamente incluídas no Plano de Formação homologado por Sua Excelência o Secretário Regional. Esta verificação, meramente factual, não pode deixar de significar que está inviabilizado, em absoluto, o conhecimento das motivações anteriores à "medida de gestão" tomada pelo Senhor Director Regional, restando a aceitação inerente à *presunção de legalidade dos actos administrativos* (o que, convenhamos, é pouco, no presente contexto). Se outros motivos não houvesse, este facto seria razão suficiente para que o Provedor de Justiça manifestasse a sua discordância relativamente ao procedimento adoptado, até porque ele é contrário ao disposto no n.º 1 do artigo 122º, do C.P.A., que impõe que os actos administrativos de órgãos individuais sejam reduzidos a escrito.

Em segundo lugar e mesmo aceitando-se não estarem aqui em causa *direitos adquiridos* nem, sequer, *expectativas legítimas* do interessado a monitorizar acções de formação, verifico que foi alterado um plano oportunamente definido, e superiormente homologado (o qual, para além do mais, implicava diversos formadores e formandos, preparação de manuais, realização de estudos e preparação teórica de aulas), através de uma decisão que - como resulta das explicações do Senhor Director Regional – foi súbita, individual e nunca passada a escrito. Este aspecto, que é igualmente factual e foi pacificamente reconhecido, não pode deixar de ser revelador de *má prática administrativa* porque, por um lado, é susceptível de gerar um elevado grau de incerteza – a qual, de facto, foi manifestada por todos os intervenientes directos nos respectivos depoimentos – e, por outro, denota falta de preocupação, em especial pela posição do formador (designadamente porque desatendeu o tempo de preparação e os

gastos efectuados mas, e sobretudo, o próprio empenho pessoal que ele vinha revelando).

Em terceiro lugar, não posso evitar a constatação, também factual, de que o deficiente entendimento, revelado pelo interessado, sobre as razões que estiveram subjacentes à proibição de monitorizar as acções de formação oportunamente agendadas também se estendeu ao Senhor Chefe de Divisão, o qual havia sido incumbido de comunicar a decisão ao Senhor Dr. ... . Por esta razão, mesmo não tendo podido ir mais além no conhecimento dos motivos da decisão, tenho que concluir que a *má prática administrativa* anteriormente referida propiciou, no mínimo, a desconfiança relativa às razões do acto. Devo esclarecer que quando afirmo não me ter sido possível aprofundar os motivos da decisão refiro--me, em especial, à insanável contradição que resulta do facto de o Senhor Director Regional pretender tomar medidas de gestão adequadas e visar a racionalização dos recursos humanos mas, ao mesmo tempo, ter actuado repentinamente (só assim se explicando a súbita alteração dos termos do plano de formação) e sem qualquer conhecimento das chefias do Serviço (pelo menos, dos Senhores Director de Serviços da Administração Regional e Chefe de Divisão).

Finalmente, os factos revelam que, uma vez mais de forma súbita, foi comunicada ao Senhor Chefe de Divisão a decisão de fazer cessar a sua comissão de serviço, porque ele "*não conseguiu dinamizar a actividade da divisão*", e que o respectivo despacho foi elaborado pouco mais de 15 dias depois de ele ter redigido um depoimento – dirigido à Provedoria de Justiça – afirmando que o Senhor Director Regional lhe havia dito ter recebido orientações do Secretário Regional para que o Dr. ... não ministrasse mais acções de formação. É certo que afasto, peremptoriamente, qualquer possibilidade de alegação de que a cessação da comissão de serviço teve relação com o teor do depoimento prestado, até porque, para além de ilegal, um tal acto seria totalmente imoral; contudo, a falta de fundamentação do despacho que dá por finda a comissão de serviço é susceptível de gerar, também aqui, evitáveis

desconfianças, que não posso deixar de lamentar, em nome da transparência que deve nortear as decisões dos poderes públicos.

§5

Em face do que deixo sumariamente exposto, entendo que, nos termos do disposto no artigo 33º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, devo chamar a atenção de Vossa Excelência para a necessidade de ser escrupulosamente assegurado que os actos administrativos praticados no exercício de poderes públicos sejam, primeiramente, reduzidos a escrito e, acrescidamente, sejam devidamente fundamentados.

Porque tal não aconteceu nas situações em apreço, a queixa apresentada ao Provedor de Justiça sobre casos graves de tomadas de posição, no âmbito da Administração e no exercício de cargos públicos, por razões estranhas ao interesse público que deve ser prosseguido, apenas foi considerada improcedente ao abrigo do *princípio da presunção de legalidade dos actos administrativos*, cujo funcionamento impede que se conclua ter havido *desvio de poder*. Mas estou certo que Vossa Excelência acompanha a minha convicção de que melhor seria, em especial para a Administração, que o Provedor de Justiça pudesse ter concluído pela improcedência da reclamação com base em elementos factuais logicamente conectados e não, apenas, pela invocação de uma ficção legal de conformidade com o ordenamento jurídico, como foi o caso.

Resta-me fazer votos para que os processos de reorganização dos serviços da DROAP que, de forma tão impressiva e urgente, motivaram as medidas administrativas acima descritas, sejam concluídos satisfatoriamente e que, designadamente, a nomeação da nova chefia em regime de substituição e, bem assim, a total disponibilidade de tempo do Senhor Dr. ... permitam assegurar as pretendidas revitalização do desempenho e dinamização da actividade da DEM.

Agradeço a colaboração que foi assegurada pela Provedoria de Justiça no âmbito da presente instrução.

R-2303/02
Assessor: Miguel Menezes Coelho

Entidade visada: Presidente do Conselho de Administração da TAP-Air Portugal, S.A.
Assunto: Voo TAP 3826, de 23 de Março de 2002 (TER – LIS). Ligação ao voo T5756 (LIS - PORTO). Averiguações.

Agradeço a V.Ex.ª os esclarecimentos prestados pela Senhora Gestora para Relações com Clientes de entre os quais destaco o reconhecimento da existência dos problemas reclamados, designadamente resultantes de deficiências na emissão de cartões de embarque na Ilha Terceira e, também, de falhas de comunicação entre o pessoal da TAP no aeroporto das Lajes e em Lisboa.

Uma vez que a "melhoria dos (...) serviços" das entidades submetidas ao âmbito de actuação deste órgão do Estado constitui uma das principais preocupações do Provedor de Justiça [*vide* alínea a), *in* fine, do n.º 1 do artigo 20º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril], a verificação de que a TAP cuidou de averiguar o sucedido não pode deixar de me merecer uma apreciação positiva.

Contudo, como V.Ex.ª concordará, a análise das irregularidades é uma obrigação inerente à prestação do serviço de transporte aéreo e somente terá a susceptibilidade de produzir os efeitos desejados quando for acompanhada da tomada das medidas necessárias à correcção das deficiências encontradas.

Por esta razão, a mera conclusão de "ter havido deficiências na emissão de alguns dos cartões de embarque, na Terceira, e, designadamente, de falhas de comunicação entre os serviços da Terceira e de Lisboa" é insuficiente, não só para a

Provedoria de Justiça mas, e principalmente, para os utentes afectados.

De facto, parece estar suficientemente comprovado – até pela experiência comum – que as principais reclamações que são apresentadas sobre o funcionamento das estruturas ou serviços de apoio aos cidadãos, qualquer que seja a natureza do serviço prestado, resultam, por um lado, das deficientes informações fornecidas e, por outro, do pouco cuidado acompanhamento das pessoas afectadas.

Neste domínio, permitir-me-á V.Ex.ª que seja destacado – como indício negativo – o facto de o Senhor..., apesar de ter sido encaminhado pela TAP para um hotel em Lisboa, ter-se visto na necessidade de pagar as três garrafas de água que a família consumiu, até porque não foram asseguradas refeições, nem para o casal nem, tão pouco, para os filhos menores. Resulta daqui, creio, que o efeito útil da intervenção da TAP no alojamento dos seus passageiros ficou severamente afectado por uma questão de pormenor (até no diminuto valor envolvido) que revela algum descuido no tratamento destas matérias.

Verificando-se, também, que a TAP não pôs entraves ao pagamento da reserva que o passageiro já havia garantido e que não pôde usufruir, pondera-se que a sua reacção negativa resultou, antes de mais, do desconhecimento dos motivos da ocorrência e, bem assim, da observação dos diferentes tratamentos conferidos aos diversos passageiros. Aqui, foi notória a falta de informação, a qual se prolongou, desnecessariamente, ao longo de meses.

Por outro lado, uma vez que os prejuízos objectivamente comprovados foram ressarcidos pela TAP, perdoar-me-á V.Ex.ª que eu revele alguma incompreensão relativamente, não só à mencionada falta de informação, durante e depois do incidente, como, no que concerne às medidas de compensação dos passageiros, à ausência de mecanismos que sendo pouco (ou nada) onerosos poderiam ter a susceptibilidade de conferir o cuidado especial que, regra geral, as companhias aéreas revelam ter para

com os respectivos utentes. Sendo do domínio público a existência de medidas de fidelização dos passageiros (*v.g.*, atribuição de pontos no programa "passageiro frequente", os *up-grades* da classe económica para a *navigator*), não pareceria impossível fazer uso delas para, em situações de irregularidades, compensar os passageiros pelos incómodos e outros prejuízos dificilmente contabilizáveis em dinheiro.

Estou em crer, mesmo, que numa actividade, como a do transporte aéreo, em que vai crescendo a disputa de mercado entre as diversas companhias, este tipo de medidas poderiam ter a susceptibilidade de transformar acontecimentos infelizes (e prejudiciais aos utentes) em motivos de (alguma) satisfação dos passageiros e de agrado para com a transportadora.

Em face do que deixei sucintamente exposto, entendo dever fazer uso da faculdade que me é conferida pelo disposto no artigo 33º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, para chamar a atenção de V.Ex.ª para a necessidade de a TAP Air Portugal:

a) prestar suficientes e circunstanciados esclarecimentos aos passageiros afectados por irregularidades, designadamente sobre os respectivos motivos;

b) divulgar, depois das averiguações internas que cuide de efectuar, as medidas asseguradas em ordem à correcção dos problemas detectados e, bem assim, à sua não repetição;

c) ponderar a tomada de medidas susceptíveis de compensar os passageiros afectados, designadamente através da atribuição de benefícios ligados à actividade da empresa e que não acarretem o pagamento de indemnizações.

R-3068/02; R-3079/02
Assessor: Miguel Menezes Coelho

Entidade visada: Secretário Regional da Educação e Cultura

Assunto: Dispensas para actividade sindical (ano escolar 2002-2003).

I
As queixas

Foram recebidas na Extensão dos Açores da Provedoria de Justiça duas reclamações apresentadas por associações sindicais que deram origem à abertura de processos distintos mas com a especialidade de serem ambos relativos a situações de dispensas para o exercício de actividade sindical em que eram reclamadas decisões da Senhora Directora Regional da Educação.

A circunstância de a entidade visada ser a mesma, o facto de estar em debate matéria sindical e, também, a preocupação de tratamento célere de ambos os processos, motivaram uma apreciação conjunta das matérias e justificam, também, que eu me dirija a Vossa Excelência neste ofício único.

Com efeito, no R-3068/02 (Aç) era reclamado, em particular, o indeferimento de um pedido de dispensa total do serviço lectivo, por acumulação de créditos, de dois dirigentes da Associação Sindical de Professores Pró-Ordem, que foi comunicado pelo ofício de 26/07/02, da Senhora Directora de Serviços de Gestão de Pessoal da Secretaria Regional da Educação e Cultura. Já no R-3079/02 (Aç), o Sindicato Democrático dos Professores dos Açores reclamou da posição da Direcção Regional da Educação revelada na apreciação de pedidos de dispensa para actividade sindical, nos termos da qual:

- a Direcção Executiva do Sindicato era o único corpo gerente enquadrável no disposto n.º 1 do artigo 11º do Decreto-Lei n.º 84/99, de 19 de Março;
- os Secretariados de Ilha integravam o disposto no n.º 2 do artigo 13º do mesmo diploma (pelo que apenas 5 dos seus membros possuíam créditos e os podiam ceder);

- os Secretariados de Sector não se enquadravam no disposto no n.º 2 do artigo 11º do Decreto-Lei n.º 84/99, por deterem competências consultivas e técnicas.

Permitir-me-á Vossa Excelência que eu comece por abordar, de forma necessariamente sucinta, a problemática da actividade sindical na Administração Pública, rememorando os traços essenciais do respectivo regime jurídico ao longo dos últimos anos.

II
O Direito
§1
A Constituição da República

A Constituição da República (C.R.P.), já com a redacção resultante da revisão constitucional operada pela Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de Setembro, consagra, no Capítulo III do Título II da Parte I, os "Direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores" dispondo, respectivamente nos artigos 55º e 56º, sobre a "Liberdade sindical" e os "Direitos das associações sindicais e contratação colectiva".

O artigo 55º afirma a liberdade sindical, não só como condição mas também como garantia da construção da sua unidade para defesa dos respectivos direitos e interesses (n.º 1) e estabelece, no n.º 2, que, no exercício da liberdade sindical, é garantido aos trabalhadores, sem qualquer discriminação e a título exemplificativo, a liberdade de constituição de associações sindicais a todos os níveis [alínea a)] e a liberdade de organização e regulamentação interna das associações sindicais [alínea c)]; o n.º 3 prescreve que "As associações sindicais devem reger-se pelos princípios da organização e da gestão democráticas, baseados na eleição periódica e por escrutínio secreto dos órgão dirigentes, sem sujeição a qualquer autorização ou homologação, e assentes na participação activa dos trabalhadores em todos os aspectos da actividade sindical".

Por sua vez, o artigo 56º comete genericamente às associações sindicais a defesa e promoção da defesa dos direitos e interesses dos trabalhadores que representam, elenca os direitos dessas associações e dá ênfase ao exercício do direito de contratação colectiva e à celebração de convenções colectivas.

Acrescente-se, ainda, que estes preceitos constitucionais são directamente aplicáveis e vinculam as entidade públicas e privadas, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 18º da C.R.P., uma vez que respeitam aos direitos, liberdades e garantias.

§2
O direito internacional

Como é consabido, inúmeros instrumentos de direito internacional vigoram, por força do artigo 8º da C.R.P., na ordem interna portuguesa; com relevância crucial para a matéria em apreciação podem referir-se, sem qualquer preocupação de exaustividade, os seguintes:

a) a Declaração Universal dos Direitos do Homem;
b) o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos;
c) o Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais;
d) a Convenção Europeia dos Direitos do Homem;
e) a Carta Social Europeia;
f) a Convenção n.º 151, celebrada no seio da Organização Internacional do Trabalho (O.I.T.).

Pela sua importância fundamental, devem destacar-se os aspectos fulcrais deste último instrumento relativo às relações de trabalho na Função Pública que é aplicável, por força do artigo 1º, a todas as pessoas empregadas pelas autoridades públicas (e somente na medida em que não sejam aplicáveis disposições mais favoráveis de outras convenções internacionais do trabalho).

Assim, o artigo 5º consagra o princípio da completa independência das organizações de trabalhadores da Função Pública, face às autoridades públicas e o artigo 6º propugna a

concessão de facilidades aos representantes das organizações de trabalhadores da Função Pública – para que possam cumprir eficazmente as respectivas funções (n.º 1) – mas condiciona-as ao não prejuízo do funcionamento eficaz da Administração ou do serviço interessado (n.º 2).

§3
O Direito ordinário

Em termos do direito ordinário, foi sendo produzida, no ordenamento jurídico português, diversa legislação sindical, de que se destaca o Decreto-Lei n.º 215-B/75, de 30 de Abril, comummente designado por Lei Sindical. Este diploma visou a regulação do exercício da liberdade sindical por parte dos trabalhadores (artigo 1º) e previu, no respectivo artigo 50º, que o exercício da liberdade sindical dos servidores do Estado, das autarquias locais e dos institutos públicos deveria ser regulada por lei especial.

Contudo, até à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 84/99, de 19 de Março, que passou a regular o exercício da liberdade sindical dos trabalhadores da Administração Pública, foram sendo aplicadas a estes as normas do Decreto-Lei n.º 215-B/75, salvo as disposições que não eram utilizáveis atenta a natureza especial do serviço público ou, naturalmente, aquelas que estavam feridas de inconstitucionalidade. De facto, na medida em que a lei especial para os trabalhadores da Administração Pública só surgiu em 1999, até lá o tratamento do exercício da liberdade sindical por parte dos trabalhadores da Função Pública foi sendo alcançado através de inúmeros instrumentos – para além do Decreto-Lei n.º 215-B/75, de 30 de Abril – dos quais importa enumerar:

1) a Resolução do Conselho de Ministros de 24 de Junho de 1976, que garantiu o direito de associação sindical a todos os trabalhadores da função pública (n.º 1) e atribuiu ao Ministério do Trabalho a competência para proceder ao registo das organizações sindicais da Função Pública cujo processo de constituição

respeitasse os requisitos legais constantes do Decreto-Lei n.º 215-B/75 (n.º 2);

2) a circular de 7 de Abril de 1978, do Ministro da Reforma Administrativa, que regulamentou a actividade sindical das associações sindicais no âmbito da Função Pública e solicitou, também, a sua observância pelos demais Ministérios, a título transitório e até à entrada em vigor da lei sobre Direitos Sindicais na Função Pública;

3) o Despacho de 4 de Fevereiro de 1985, do Secretário de Estado da Administração Pública, que, mantendo embora as facilidades conferidas pela circular de 7 de Abril de 1978, igualmente aditou regras sobre a possibilidade de acumulação dos créditos;

4) o Despacho n.º 68/M/82, de 22 de Março, do Ministro da Educação e das Universidades, especialmente destinado a dar resposta à especificidade do exercício das funções sindicais por parte dos professores e produzido em atenção à natureza particular das escolas;

5) o Despacho n.º 15/MEC/86, de 03 de Fevereiro, do Ministro da Educação, que (na sequência do Despacho de 4 de Fevereiro de 1985 do Secretário de Estado da Administração Pública) visava assegurar o controlo das faltas ao nível dos serviços processadores e da Contabilidade Pública no sector docente.

III
Doutrina e jurisprudência

Também na doutrina e, igualmente, na jurisprudência, a questão da Liberdade Sindical na Função Pública foi sendo fartamente tratada, devendo notar-se o facto de o grosso das posições que foram sendo tomadas respeitarem, logicamente, ao período anterior à promulgação do Decreto-Lei n.º 84/99, de 19 de Março. Ainda assim, nada desaconselha que se atente nas principais conclusões que foram sendo alcançadas,

designadamente pelo Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República e pelo Supremo Tribunal Administrativo (S.T.A.).

Tradicionalmente, a doutrina foi entendendo que a Lei Sindical era aplicável, por analogia, à Função Pública. De facto, mesmo quando o Governo apenas havia intervindo nesta matéria através da Resolução do Conselho de Ministros de 24 de Junho de 1976, o Parecer n.º 161/77, de 31 de Agosto de 1977, do Conselho Consultivo da P.G.R. afirmava este entendimento – que foi, depois, reiterado no Parecer n.º 177/77, de 26 de Janeiro de 1978, ainda dentro do mesmo quadro normativo – pacificando a ideia de que a Constituição da República reconhecia aos trabalhadores da Função Pública o exercício da liberdade sindical exactamente nos mesmos termos que aos restantes trabalhadores e que, na falta de lei reguladora do exercício da actividade sindical dos trabalhadores da Função Pública, justificava-se a aplicação analógica do Decreto-Lei n.º 215-B/75, de 30 de Abril. Exceptuavam-se, apenas, as disposições que fossem, de todo, inaplicáveis tendo em conta a especial natureza do serviço público.

Do mesmo passo, sempre se entendeu que o exercício da liberdade sindical exigia, também, o fornecimento de condições reais para a realização das tarefas que as associações sindicais se propunham cumprir, e que a C.R.P. lhes cometia, o que passava pelo reconhecimento de direitos com uma natureza instrumental, acessória ou complementar. Entre estes, contavam-se os direitos relativos a facilidades no exercício da acção sindical. Ainda assim, reconhecia-se, igualmente, que esta concessão era imposta, directamente ao poder público, desde logo pelo disposto no artigo 6º da Convenção n.º 151, da O.I.T.

A linha interpretativa do Conselho Consultivo da P.G.R. encontrou-se, depois de alguma flutuação, adquirida pela jurisprudência e, exemplificativamente, em diversos acórdãos do S.T.A. Mas, do mesmo passo, assumiu especial relevância o entendimento de que os instrumentos regulamentares, usados pelo Governo em face da falta da legislação especial, estavam feridos de inconstitucionalidade orgânica e formal.

De facto, foi julgado que a Resolução do Conselho de Ministros, de 9 de Junho de 1976, a circular do Ministro da Reforma Administrativa, de 7 de Abril de 1978, e o despacho do Secretário de Estado da Administração Pública, de 14 de Fevereiro de 1985, bem como, os despachos Ministeriais 68/M/82 e 15/MEC/86, relativos ao Ministério da Educação, continham matéria relativa a direitos, liberdades e garantias, inserida na reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República e, por outro lado, violavam o princípio da precedência de lei.

IV
O Decreto-Lei n.º 84/99, de 19 de Março

Como já referi anteriormente, apenas em 19 de Março de 1999 foi cumprido o disposto no artigo 50º do Decreto-Lei n.º 215-B/75, de 30 de Abril, através da publicação do Decreto-Lei n.º 84/99, de 19 de Março; assim, passados mais de 20 anos, o ordenamento jurídico português passou finalmente a dispor de diploma regulador do exercício da liberdade sindical dos trabalhadores da Administração Pública (artigo 1º). Por forma a analisar, mesmo em traços muito gerais, o Decreto-Lei n.º 84/99, importará começar por caracterizá-lo sistematicamente.

Atente-se que ele compõe-se de cinco capítulos, estando o Capítulo IV subdividido em quatro secções, nos seguintes termos:

1) o Capítulo I, epigrafado "Objecto e âmbito";

2) o Capítulo II, relativo aos "Direitos e garantias fundamentais";

3) o Capítulo III, sobre "Organização sindical";

4) o Capítulo IV, regulando o "Exercício da actividade sindical", que vem subdividido em:

i. Secção I - "Corpos gerentes e faltas dos seus membros";
ii. Secção II - "Faltas dos delegados sindicais";
iii. Secção III – "Actos eleitorais";

iv. Secção IV – "Actividade sindical nos serviços";

5) o Capítulo V, sob o título "Disposições finais".

Esclareça-se, desde já, que, para a análise da matéria em debate, importará, essencialmente, toda a secção I do Capítulo IV (artigos 11º a 18º) e atentar-se-á, igualmente, no disposto no artigo 36º. De facto, para além da disposição geral contida no artigo 10º - que reafirma o direito de exercício da actividade sindical na Função Pública -, o Capítulo IV contém uma primeira secção sobre os corpos gerentes e as faltas dos seus membros.

O artigo 11º define, positivamente, o que deve ter-se por corpos gerentes (n.º 1) e limita, negativamente, o que não deve considerar-se como tal (n.º 2).

O artigo 12º dispõe que as faltas dadas pelos trabalhadores membros dos corpos gerentes para o exercício das suas funções consideram-se justificadas e contam, para todos os efeitos legais, como serviço efectivo, salvo quanto à remuneração (n.º 1) e prevê, também, o direito a um crédito de quatro dias remunerados por mês para o exercício das funções sindicais (n.º 2).

Já o artigo 13º faz aplicar o disposto no artigo precedente aos membros das comissões directivas, ou equiparadas, das associações sindicais já registadas mas que ainda não tenham provido os respectivos corpos gerentes, nos termos estatutariamente previstos (n.º 1) e o n.º 2 manda aplicar o disposto no artigo 12º, também, "*até um máximo de cinco membros de corpos gerentes de órgãos dirigentes estatutariamente equiparados aos corpos gerentes, mas cuja área territorialmente abrangida seja, pelo menos, igual à de município*".

Por outro lado, o artigo 14º regula as formalidades próprias das comunicações relativas às datas e aos dias necessários ao exercício das funções sindicais e o artigo 15º dispõe sobre a acumulação, e a cessão, dos critérios de faltas dos membros dos corpos gerentes das associações sindicais e o artigo 16º estipula as formalidades inerentes à utilização dos créditos acumulados ou transferidos entre membros dos corpos gerentes

pertencentes ao mesmo serviço (n.º 1) ou a serviços e ou administrações diferentes (n.º 2).

O artigo 17º torna obrigatório o envio anual das listas dos membros efectivos e suplentes dos respectivos corpos gerentes que podem acumular e ceder créditos (n.ºs 1 e 2), cuidando de definir, ainda, aqueles que devem considerar-se trabalhadores da Administração Pública (n.º 3).

Finalmente, o artigo 18º prevê a possibilidade de, por razões de grave prejuízo para a realização do interesse público, ser recusada a acumulação ou cessão de créditos (n.º 1, 1ª parte) e impõe a fundamentação da decisão (n.º 1, 2ª parte); por seu turno, o n.º 2 prevê os termos do deferimento tácito do pedido (n.º 2)

Acrescente-se, também, que o artigo 36º determina que se mantêm em vigor, na parte em que não colidam com o Decreto-Lei n.º 84/99, todas as disposições anteriores de natureza não legislativa, designadamente a circular de 7 de Abril de 1978, do ex-Ministério da Reforma Administrativa, e o despacho de 4 de Fevereiro de 1985, do Secretário de Estado da Administração Pública. Deste modo, importa notar que – em face do disposto neste artigo 36º e da referência expressa à manutenção em vigor da circular de 7 de Abril de 1978, do Ministério da Reforma Administrativa, e o despacho de 4 de Fevereiro de 1985, do Secretário de Estado da Administração Pública – deixou de lhes ser assacável, desde a promulgação do Decreto-Lei n.º 84/99, a violação do princípio da precedência de lei.

V
Exposição de motivos

Como já afirmei, são quatro os aspectos reclamados que importa considerar:

1) por um lado, o indeferimento de um pedido de dispensa total do serviço lectivo, por acumulação de créditos, de dois dirigentes da Associação Sindical de Professores Pró-Ordem, com base numa pretensa grave lesão do interesse público;

2) por outro lado, os entendimentos nos termos dos quais:
- a Direcção Executiva do Sindicato é o único corpo gerente enquadrável no disposto n.º 1 do artigo 11º do Decreto-Lei n.º 84/99, de 19 de Março;
- os Secretariados de Ilha integram o disposto no n.º 2 do artigo 13º do mesmo diploma, pelo que apenas 5 dos seus membros possuem créditos e os podem ceder;
- os Secretariados de Sector não se enquadram no disposto no n.º 2 do artigo 11º do Decreto-Lei n.º 84/99, por deterem competências consultivas e técnicas.

Procurarei tratar individualmente cada uma das questões reclamadas.

§1
A grave lesão do interesse público

Nos termos do artigo 18º do Decreto-Lei n.º 84/99, de 19 de Março, "*a acumulação ou cessão de créditos só pode ser recusada por razões de grave prejuízo para a realização do interesse público*" (n.º 1, 1ª parte) e, do mesmo passo, constitui formalidade indispensável da recusa o "*despacho fundamentado do membro do Governo que superintenda ou tutele o serviço ou organismo a que pertença o interessado*" (n.º 1, 2ª parte).

Neste ponto, impõe-se uma referência ao já mencionado n.º 2 do artigo 6º da Convenção n.º 151º, O.I.T., lembrando que ele também condiciona a concessão de facilidades aos representantes das organizações de trabalhadores da Função Pública ao não prejuízo do funcionamento eficaz da Administração ou do respectivo serviço interessado.

Como já tive oportunidade de referir, a recusa do pedido relativo a dois dirigentes da Associação Sindical de Professores Pró-Ordem foi comunicada a coberto do ofício de 26/07/02, da Senhora Directora de Serviços de Gestão de Pessoal da Secretaria Regional da Educação e Cultura. Importa, agora, atentar nos termos do ofício, que aqui se transcrevem:

"Comunica-se a V.Ex.ª que por despacho da Senhora Directora Regional de Educação de 26/08/2002 não foram consideradas as dispensas pretendidas, considerando que os docentes em questão se encontram vinculados por um período não inferior a 3 anos, estando obrigados ao cumprimento do referido módulo de tempo nas escolas onde obtiveram colocação".

Como é bom de ver, não é possível aferir, daqui, o conteúdo do despacho da Senhora Directora Regional da Educação, no seu exacto teor; contudo, uma vez que a comunicação transcrita a ele se refere, não parece ser abusivo concluir-se que não terão sido considerados – ou invocados – outros motivos para a recusa. A ser assim, como efectivamente parece ser, não pode evitar-se a conclusão de que a Senhora Directora Regional da Educação não esteve bem na produção do acto da recusa, exactamente porque não cuidou de o fundamentar devidamente. De facto, esperar-se-ia que o despacho produzido contivesse referências, com o detalhe possível, aos seguintes elementos necessários:

a) o pedido do sindicato;
b) o interesse público que é realizado (pelos docentes) e a forma como o deferimento do pedido era susceptível de causar prejuízo grave para o interesse público;
c) a invocação do artigo 18º do Decreto-Lei n.º 84/99, se foi esta a sustentação legal da decisão;
d) a decisão final.

Ademais, não pode esquecer-se que o dever de fundamentação prescrito no artigo 18º configura verdadeiramente um dever de fundamentação acrescido (ou, dito de outra forma, especialmente cuidado), uma vez que ultrapassa a exigência legal contida no artigo 124º do Código do Procedimento Administrativo (C.P.A.). De facto, a não entender-se deste modo, a fundamentação imposta pelo artigo 18º do Decreto-Lei n.º 84/99 seria uma mera redundância, perfeitamente dispensável em face da obrigação genérica prescrita no C.P.A. Deve entender-se, então, que, ao ter cuidado de prever que a recusa imporia a existência de um despacho fundamentado, o legislador do Decreto-

Lei n.º 84/99, de 19 de Março, quis enfatizar a necessidade de uma decisão clara, precisa e completa.

Tendo sido insuficiente a fundamentação apresentada, dever-se-á ponderar, então, se deveria ser entendido que daqui se seguia, necessariamente, a aplicação do n.º 2 do artigo 18º, no sentido de considerar-se deferida a pretensão. Os (poucos) factos computados na instrução parecem aconselhar uma resposta negativa, essencialmente por duas ordens de razões:

- primeiro, porque houve, de facto, decisão expressa em contrário, embora insuficientemente explicada;
- depois, porque, como o próprio sindicato reclamante – e bem - veio trazer à colação, a mera eventualidade de a recusa ter sido baseada no prejuízo da realização do interesse público justifica cuidados acrescidos na apreciação desta questão.

Estando em causa a produção de dois efeitos que, não só são permitidos pela ordem jurídica como são, mesmo, por ela desejados, compreende-se a necessidade de que a limitação de um deles (a Liberdade Sindical) por efeito do outro (o interesse público) careça de uma explicação cabal e, tanto quanto possível, isenta de dúvidas. Mas, num juízo abstracto – aconselhável até porque, como ficou dito, não existem outros elementos concretos de análise – deve constatar-se que está legalmente impedida a acumulação ou a cessão de créditos, sempre que exista a susceptibilidade de grave prejuízo para a realização do interesse público. Este é, definitivamente, o valor supremo a defender e o limite do exercício do direito à Liberdade Sindical.

Por esta mesma razão, não posso tomar uma posição definitiva sobre esta matéria que não parta de uma ponderação circunstanciada do caso concreto, designadamente na parte relativa à susceptibilidade de o deferimento da pretensão do sindicato poder vir a lesar gravemente o interesse público. Se, por um lado, não foi devidamente cumprido o dever de fundamentação (porque não foram invocados os factos nem, tão pouco, a respectiva sustentação legal) não deixa de ser notório que existe a

possibilidade de estar aqui em causa um eventual prejuízo grave do interesse público. Assim sendo, não posso pronunciar-me sobre a legalidade da decisão sem que, primeiramente, seja permitido à Direcção Regional da Educação prestar os esclarecimentos necessários sobre todos os factos que, no seu entender, justificam impedir a acumulação ou a cessão de créditos.

Concluindo que é desaconselhável, pelo menos para já, qualquer tomada de posição da Provedoria de Justiça, impõe-se que eu chame a atenção de Vossa Excelência para a necessidade de a Senhora Directora Regional da Educação assegurar uma melhor fundamentação da sua decisão, reformulando o despacho de recusa.

§2
Os corpos gerentes

A Direcção Regional da Educação entende que a Direcção Executiva do sindicato é o único corpo gerente enquadrável no disposto n.º 1 do artigo 11º do Decreto-Lei n.º 84/99, de 19 de Março. Diferentemente, entende o sindicato reclamante que devem ser tidos como membros dos corpos gerentes, para efeitos daquela disposição legal, os membros dos seguintes órgãos, previstos nos Estatutos do Sindicato Democrático dos Professores dos Açores (adiante E.S.), publicados, na sua versão actual, no J.O., IV série, n.º 1, de 07/02/2002: Direcção (artigo 37º, E.S.); Direcção Executiva (artigo 40º, E.S.); Secretariados de Sector (artigo 45º, E.S.) e Secretariados de Ilha (artigo 47º, E.S.).

Devo começar por analisar, de forma sucinta, as competências e a composição de cada um destes órgãos.

A Direcção Executiva - composta por um presidente, dois vice-presidentes, um tesoureiro e por três vogais (artigo 40º, n.º 2, E.S.) – tem as competências previstas no artigo 41º, E.S., designadamente, a direcção do Sindicato; a execução das deliberações da Assembleia Geral e do Conselho Geral; a representação do sindicato; a gestão dos fundos do sindicato; a

direcção dos serviços do sindicato e o exercício do poder disciplinar.

À Direcção do sindicato - que é exercida, colegialmente, pela Direcção Executiva, pelos Secretariados de Ilha e pelos Secretariados de Sector (artigo 37º, E.S.) – compete coordenar a actividade sindical e executar as deliberações da Assembleia Geral e do Conselho Geral (artigo 39º, E.S.).

Cada um dos cinco (artigo 45º, E.S.) Secretariados de Sector – compostos cada por três a sete membros (artigo 44º, E.S.).-, tem as competências previstas no artigo 46º, do E.S., designadamente, a análise da legislação do sector; o levantamento das questões sócio-profissionais; a elaboração de propostas tendentes à resolução de problemas identificados nos estudos realizados e a emissão de pareceres.

Cada Secretariado de Ilha é composto por três a nove membros (artigo 47º, E.S.) e tem, nomeadamente, as seguintes competências, nos termos do artigo 49º, E.S.: dinamizar a vida sindical na ilha ou ilhas, designadamente através da promoção da eleição de Delegados Sindicais dos Núcleos Sindicais de Base; dar parecer relativamente às propostas de admissão de sócios e elaborar e manter actualizado o inventário dos bens que lhe estão adstritos.

Visto isto, destaque-se que para efeitos do artigo 11º, do Decreto-Lei n.º 84/99, de 19 de Março, os órgãos (que, à partida, nunca poderão ser nem a assembleia geral nem o congresso) apenas serão considerados como corpos gerentes de uma associação sindical quando, cumulativamente:

a) vierem consagrados nos estatutos;
b) abrangerem a competência pessoal estatutariamente definida;
c) abrangerem a competência territorial definida nos estatutos;
d) não detiverem funções consultivas, ou de apoio técnico ou logístico.

Logo, apenas são tidos como corpos gerentes os órgãos que preencherem a totalidade dos requisitos positivos previstos no n.º 1 do artigo 11º e respeitarem o requisito negativo do n.º 2; por outro lado, ainda que cumpram os requisitos definidos no n.º 1 mas se forem órgãos com funções consultivas, de apoio técnico ou logístico, igualmente não serão tidos como corpos gerentes do Sindicato.

Verifica-se, então, que um órgão – mesmo previsto nos estatutos como integrando os corpos gerentes do sindicato - cuja competência não abranja [no sentido de *alcançar; compreender; incluir*] toda a área territorial estatutariamente definida, nunca pode fazer parte dos corpos gerentes, para efeitos da aplicação do Decreto-Lei n.º 84/99.

Realce-se que, nos termos do artigo 2º, n.º 2, E.S., "o âmbito do SDPA compreende a Região Autónoma dos Açores" e, do mesmo passo, os corpos gerentes do SDPA devem abranger "todos os trabalhadores que, no seu âmbito, exerçam a sua actividade profissional na docência ou na investigação científica, enquanto educadores, professores, formadores ou investigadores" (artigo 1º, n.º 1, 2ª parte, E.S.).

Como é bom de ver, nunca os Secretariados de Ilha e de Sector poderiam ser tidos como corpos gerentes do Sindicato reclamante, para efeitos do disposto no artigo 11º do Decreto-Lei n.º 84/99, uma vez que, respectivamente, abrangem áreas territoriais e têm âmbitos pessoais diferentes (porque menos amplos em termos territoriais e pessoais) dos estatutariamente definidos para o sindicato.

Já a Direcção Executiva é efectivamente consagrada nos estatutos com funções próprias dos corpos gerentes, na medida em que o artigo 41º, E.S., lhe comete, em exclusivo, a direcção do sindicato, na sua plenitude.

Não havendo dúvidas relativamente à integração da Direcção Executiva na categoria de corpos gerentes do sindicato, restará saber, então, se também a Direcção pode ser incluída nos

corpos gerentes do sindicato, para efeitos do disposto no artigo 11º do Decreto-Lei n.º 84/99.

Importa deixar claro – até em resposta à afirmação, constante do texto da queixa, de que o Ministério Público não suscitou a ilegalidade ou inconstitucionalidade das respectivas disposições do E.S. - que não oferece dúvidas saber se a associação sindical pode dispor de uma Direcção com este âmbito pessoal e funcional. Com efeito, a regra em matéria de estatutos das associações sindicais é a auto-organização, a auto-regulamentação e o autogoverno (*vide* o anteriormente mencionado artigo 55º, n.º 3, C.R.P. e o acórdão do TC, de 25/02/87, *in* BMJ, 364º - p.524) e nem a lei nem o intérprete podem estabelecer limites à liberdade de organização e de regulamentação dos sindicatos, para além dos que são impostos pela própria C.R.P. Assim, o que está aqui em causa é, unicamente, verificar se, perante as respectivas composição e competências, este órgão estatutário pode ser qualificado, *para efeitos da aplicação do artigo 11º do Decreto--Lei n.º 84/99*, como integrando os corpos gerentes do sindicato. Também por esta razão, são irrelevantes para a presente abordagem, as questões de a composição da Direcção ser variável, de não estar previsto um número fixo de titulares deste órgão (podendo até dar-se o caso de ser supervenientemente alterada a composição dos Secretariados de Ilha [artigo 41º, n.º 1, alínea p), E.S.] e dos Secretariados de Sector [artigo 45º, n.ºs 2 e 3, E.S.], por acção da Direcção Executiva) e de resultar dos E.S. do Sindicato Democrático dos Professores dos Açores que a competência de *coordenar a actividade sindical* é totalmente consumida pela previsão genérica relativa à *direcção do sindicato*, atribuída à Direcção Executiva.

Deve notar-se, também, que, sem embargo do facto de o exercício da liberdade sindical na Administração Pública estar agora regulado no Decreto-Lei n.º 84/99, as bases do ordenamento jurídico das associações sindicais são ainda as definidas no Decreto-Lei n.º 215-B/75, de 30 de Abril, e, em tudo o que não for contrariado por este diploma e que não respeitar às especialidades

consagradas no Decreto-Lei n.º 84/99, as associações sindicais continuam sujeitas ao regime geral do direito de associação (*vide* artigo 46º do Decreto-Lei n.º 215-B/75, *ex vi* artigo 6º do Decreto-Lei n.º 84/99).

Chegados aqui, importa lembrar que, anteriormente à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 84/99, a matéria da concessão do crédito de quatro dias por mês, com manutenção do direito à remuneração, a cada membro da direcção das associações sindicais já merecera amplo tratamento jurisprudencial, a propósito da aplicação, por analogia, do disposto no artigo 22º da Lei Sindical à actividade sindical na Função Pública. E por diversas ocasiões, o S.T.A. pronunciou-se no sentido de que devia entender-se que *as direcções das associações sindicais eram constituídas pelo órgão único de administração da pessoa colectiva que, de forma autónoma e permanente, assegurava a gestão de todo o sindicato globalmente considerado, e não a universalidade dos seus "corpos gerentes"* (*vide*, por todos, Ac. S.T.A., de 09/11/99, processo 037543).

Pergunto, então, se a promulgação do Decreto-Lei n.º 84/99, de 19 de Março, alterou substancialmente este estado de coisas ou se, pelo contrário, o legislador terá cuidado de acolher, em termos substanciais, a prática de anos em que a Lei Sindical era aplicável, por analogia, à Função Pública. Esta última hipótese afigura-se-me, na verdade, a mais aceitável. De facto, pese embora ter substituído a expressão "direcção das associações sindicais" por "corpos gerentes", o legislador limitou – e muito – o entendimento possível, para efeitos da aplicação do Decreto-Lei n.º 84/99, e parece ser ainda aquele o sentido que quis dar ao artigo 11º, designadamente porque, por um lado, considerou corpos gerentes apenas os órgãos estatutários que abrangessem o âmbito pessoal e territorial definido nos estatutos e, por outro, porque excluiu os *órgãos equivalentes* à assembleia geral e ao congresso, bem assim como os de funções consultivas, de apoio técnico ou logístico.

De facto, para efeitos do disposto no artigo 11º do Decreto-Lei n.º 84/99, de 19 de Março, os corpos gerentes estão contidos no único órgão que, estatutariamente, assegura a direcção do sindicato, de forma global e permanente.

Um outro elemento determinante na consideração de que o legislador não pretendeu alterar, nos aspectos essenciais, a prática que vinha sendo seguida, resulta do disposto no já referido artigo 36º que determina que se mantêm em vigor, na parte em que não colidam com o Decreto-Lei n.º 84/99, todas as disposições anteriores de natureza não legislativa, designadamente a circular de 7 de Abril de 1978, do ex-Ministério da Reforma Administrativa, e o despacho de 4 de Fevereiro de 1985, do Secretário de Estado da Administração Pública.

E também não será despropositado, agora, verificar que, nos termos do E.S., a Direcção é composta, para além dos membros da Direcção Executiva, por representantes dos Secretariados de Ilha e dos Secretariados de Sector. A entender-se de maneira diferente daquela que aqui venho defendendo, os membros dos Secretariados de Ilha e dos Secretariados de Sector - que integram a Direcção por inerência destes cargos - seriam considerados membros dos corpos gerentes não originariamente (*i.e.*, por terem sido eleitos para os Secretariados, que não integram, para este efeito, os corpos gerentes) mas somente na medida em que tinham a incumbência de representar os Secretariados na Direcção.

Este conjunto de razões parece aconselhar que a Direcção não seja tida como integrando os corpos gerentes do sindicato, para efeitos do artigo 11º.

Diferentemente, e como resulta também dos próprios E.S., a Direcção Executiva do sindicato é o único órgão enquadrável no disposto n.º 1 do artigo 11º do Decreto-Lei n.º 84/99, de 19 de Março, uma vez que é "*o órgão executivo, por excelência, do sindicato*" [artigo 41º, n.º 1, alínea a), E.S.], de forma autónoma e permanente.

Neste aspecto, manifesto a minha concordância com a posição da Direcção Regional da Educação.

§3
Os Secretariados de Ilha

Do que deixo exposto decorre, com naturalidade, a minha igual concordância relativamente ao entendimento da Direcção Regional da Educação sobre a aplicação, aos membros dos Secretariados de Ilha, do disposto no n.º 2 do artigo 13º do Decreto-Lei n.º 84/99, de 19 de Março.

§4
Os Secretariados de Sector

Finalmente, sobre a questão de os Secretariados de Sector deverem considerar-se, para efeitos do disposto no n.º 2 do artigo 11º do Decreto-Lei n.º 84/99, como órgãos "*funções consultivas, de apoio técnico ou* logístico", não posso evitar a enumeração exaustiva das respectivas competências, previstas no artigo 46º, E.S. Assim:

"Artigo 46º
Competências de cada Secretariado de Sector

Constituem competências de cada Secretariado de Sector:

a) Analisar a legislação referente ao sector;

b) Fazer o levantamento das questões sócio-profissionais que afectam o sector;

c) Elaborar propostas tendentes à resolução dos problemas definidos pelos estudos referidos nas alíneas precedentes, de acordo com a orientação geral do sindicato, estabelecida no programa da Direcção, com os planos de acção aprovados no Conselho Geral e com as deliberações dos plenários e assembleias de delegados;

d) Emitir pareceres sobre matérias da sua competência, voluntariamente ou por solicitação da Direcção Executiva, de acordo com os prazos por ela definidos;
e) Apoiar os Secretariados de Ilha na dinamização do sector;
f) Constituir grupos de apoio, sempre que necessário, para o estudo específico de questões".

Entende o sindicato reclamante – como foi transmitido em audiência mantida na Extensão dos Açores – que a norma em causa deve entender-se como referida a órgãos que *só tenham* competências consultivas, de apoio técnico ou logístico. Apenas estes não seriam considerados corpos gerentes.

Como ficou visto, também a apreciação desta matéria está, em grande parte, ultrapassada pelas minhas conclusões anteriores, na medida em que nunca os Secretariados de Sector poderiam ser tidos como corpos gerentes da associação sindical, para efeitos do disposto no artigo 11º. Ainda assim, não devo deixar de afirmar que as competências previstas nas alíneas a), b), c), d) e f) são exclusivamente consultivas e de apoio técnico, não estranhando, também, que se chegue a entender ser também essa a natureza do "*apoio aos Secretariados de Ilha na dinamização do sector*" [alínea e)].

Contudo, a circunstância de esta questão não estar suficientemente clarificada nos próprios E.S. parece impedir a conclusão de que a Direcção Regional da Educação fez uma interpretação desajustada, uma vez que ela tem sustentação – pelo menos mínima - na letra dos estatutos. E quero acrescentar, também, que, para um qualquer observador normal, os Secretariados de Sector seriam tidos como órgãos, por excelência, de apoio técnico e consultivos.

Mas ainda que se aceitasse a posição do sindicato reclamante – no sentido de que o n.º 2 do artigo 11º apenas se refere aos órgãos *exclusivamente* consultivos ou de apoio técnico ou logístico – importa reafirmar que tal debate apenas faria sentido nas situações em que um órgão preenchesse os requisitos

(de âmbito pessoal e territorial) previstos no n.º 1 do artigo 11º e detivesse, para além de outras, competências consultivas, de apoio técnico ou logístico. Seria o caso, por exemplo, de a Direcção Executiva ter, para além das que já detém, uma competência especial para a elaboração de pareceres. Naquela circunstância, parece certo que não estaria afastada a sua qualificação como órgão gerente do sindicato.

Em face do que acabei de dizer, verifico que, também quanto a esta matéria concordo com a posição da Direcção Regional da Educação: os Secretariados de Sector – que são, na sua essência, órgãos com funções consultivas e de apoio técnico – não devem ser considerados, para efeitos do Decreto-Lei n.º 84/99, de 19 de Março, corpos gerentes do sindicato.

VI
Conclusões

Em face do que fica exposto, formulo as seguintes conclusões:

1ª. Relativamente à recusa do pedido relativo a dois dirigentes comunicada à Associação Sindical de Professores Pró-Ordem a coberto do ofício de 26/07/02, da Senhora Directora de Serviços de Gestão de Pessoal da Secretaria Regional da Educação e Cultura, não foi cumprido o dever de fundamentação (porque não foram invocados os factos nem, tão pouco, a respectiva sustentação legal); logo, chamo a atenção de Vossa Excelência, Senhor Secretário Regional da Educação e Cultura, para a necessidade de a Direcção Regional da Educação reformular o despacho de recusa, demonstrando que a acumulação ou a cessão de créditos solicitada era susceptível de causar prejuízo grave para o interesse público;

2ª. Concordo com a posição da Direcção Regional da Educação no sentido de a Direcção Executiva do Sindicato Democrático dos Professores dos Açores ser o único órgão enquadrável no disposto n.º 1 do artigo 11º do Decreto-Lei n.º

84/99, de 19 de Março, uma vez que, para além de ser "o órgão executivo, por excelência, do sindicato" [artigo 41º, n.º 1, alínea a), E.S.], é o único órgão colegial de gestão permanente e autónomo;

3ª. Do mesmo passo, concordo com o entendimento da Direcção Regional da Educação relativamente à aplicação, aos membros dos Secretariados de Ilha, do disposto no n.º 2 do artigo 13º do Decreto-Lei n.º 84/99, de 19 de Março;

4ª. Também quanto à circunstância de os Secretariados de Sector não serem considerados corpos gerentes, para efeitos do disposto no artigo 11º do Decreto-Lei n.º 84/99, de 19 de Março, manifesto a minha concordância com a posição da Direcção Regional da Educação.

Em face do que deixo exposto, comunico a Vossa Excelência que dei por finda a instrução do processo R-3079/02 (Aç), nos termos do disposto no artigo 31º, alínea b), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril (Estatuto do Provedor de Justiça), na medida em que considerei as queixas improcedentes.

Já relativamente ao R-3068/02 (Aç), reafirmo aqui a chamada de atenção que formulei, ao abrigo do disposto no artigo 33º da supra mencionada Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, no sentido de a Senhora Directora Regional da Educação reformular o despacho de recusa da dispensa de dois dirigentes da Associação Sindical de Professores Pró-Ordem.

Desde já solicito a Vossa Excelência que me dê conhecimento do encaminhamento e da evolução deste último assunto, já que o respectivo processo se mantém pendente neste órgão do Estado.

R-51/03
Assessor: Miguel Menezes Coelho

Entidade visada: Administração da PRONICOL – Produtos Lácteos, S.A.

Assunto: Liberdade de actuação da Comissão de trabalhadores na PRONICOL.

§1

Dois trabalhadores da empresa PRONICOL – Produtos Lácteos, S.A., ambos membros da respectiva comissão de trabalhadores, foram despedidos com fundamento em justa causa, na sequência de processos disciplinares que culminaram nas decisões cuja entrega na Extensão dos Açores da Provedoria de Justiça deu origem à presente instrução. Como ficará visto, os factos que conduziram aos despedimentos resultaram, em exclusivo, da presença numa *conferência de imprensa*, convocada pelos interessados na qualidade de membros da comissão de trabalhadores da PRONICOL, S.A., que decorreu às 10,00 horas do dia 19/08/2002, na parte exterior das instalações fabris da empresa e, bem assim, do teor de um *comunicado*, datado também de 19 de Agosto de 2002, lido naquela ocasião.

Uma vez que a PRONICOL – Produtos Lácteos, S.A., é uma empresa particular - na medida em que não exerce poderes públicos, no sentido contemplado nos artigos 1º, n.º 1 e 2º, n.º 1, da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, na redacção conferida pela Lei n.º 30/96, de 14 de Agosto (E.P.J.) -, a intervenção do Provedor de Justiça apenas poderia ser equacionada ao abrigo do disposto no n.º 2 do artigo 2º, do E.P.J., importando verificar se, na situação reclamada, existia uma "*especial relação de domínio, no âmbito da protecção de direitos, liberdades e garantias*". No caso em apreciação, a "*especial relação de domínio*" resultou, indubitavelmente, da qualidade de trabalhadores dos interessados (tendo a mesma ficado suficientemente plasmada nos despedimentos que são reclamados), situando-se a respectiva matéria "*no âmbito da protecção de direitos, liberdades e garantias*" por força da verificação de que a questão reclamada suscita o exercício, por um lado, do *direito à segurança no emprego*, previsto no artigo 53º da Constituição da República

(C.R.P.) e, por outro lado, dos direitos inerentes à *liberdade de actuação das Comissões de Trabalhadores* (artigo 54º da C.R.P.). De facto, uma vez que aqueles *direitos fundamentais dos trabalhadores*, estão integrados no Capítulo III do Título II (*Direitos, liberdades e garantias*) da C.R.P., gozam, conforme resulta do disposto no artigo 17º da C.R.P., do regime constitucional dos *direitos fundamentais* - e sendo consabido[189] que, nos seus traços estruturais fundamentais, este regime beneficia de *aplicabilidade directa* e da *vinculação imediata dos poderes públicos e entidades privadas* (artigo 18º da C.R.P.) -, impôs-se a conclusão de que estava plenamente justificada a intervenção do Provedor de Justiça, exactamente ao abrigo do disposto no n.º 2 do artigo 2º, do E.P.J.

Estando demonstrada a susceptibilidade abstracta de intervenção deste órgão do Estado na situação reclamada, devo igualmente revelar - o que faço desde já – que entendo existirem fundadas dúvidas relativamente à garantia do exercício, pelos membros da comissão de trabalhadores, dos direitos a estas conferidos; mais relevante, porém, é a circunstância de a análise sumária que me foi dado fazer indiciar, de forma clara, um deficiente entendimento sobre a própria configuração do direito constitucionalmente consagrado a uma livre actuação das comissões de trabalhadores dentro das empresas, tendo sido esta a principal razão que motivou a minha intervenção, confessadamente vocacionada para a "promoção dos direitos, liberdades e garantias e interesses legítimos dos cidadãos" (artigo 1º, n.º 1, do E.P.J.).

Destaque-se que, nesta primeira abordagem que faço em ordem à verificação da procedência, ou improcedência, da queixa, parto da análise das decisões de despedimento, uma vez que, nos termos do disposto nos n.ºs 8 e 9 do artigo 10º, do Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27 de Fevereiro, elas devem, para além de constar de

---

[189] *Vide*, por todos, Canotilho J.J. e Moreira, V., *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª edição revista, Coimbra Editora, 1993, p.140 e ss.

documento escrito, ser fundamentadas, ponderar as circunstâncias do caso e analisar a adequação do despedimento à culpabilidade dos trabalhadores. Ainda assim, também me foi possível verificar os documentos integrantes das *notas de culpa*, facto que comprovou que o respectivo conteúdo pouco, ou nada, acrescenta, com relevância para a presente análise, ao teor das decisões. Do mesmo passo, foi-me dado a conhecer o *comunicado* da comissão de trabalhadores.

Finalmente, importa que V.Ex.as levem em conta o facto de as descrições ou citações que deixarei feitas reportarem-se primacialmente, e por mera comodidade de exposição, ao documento relativo ao trabalhador Senhor... visto que, no essencial, aquela peça limitou-se a descrever, e a qualificar, a mesma *conferência de imprensa* que também foi referida no processo relativo ao Senhor B..., e o mesmo *comunicado*. Por estas razões, entendi não serem determinantes os aspectos pontualmente divergentes de cada um dos processos individuais (mas cuidarei de apontar as diferenças, sempre que tal se justificar).

§2

Verificarão V.Ex.as que a circunstância de a matéria aqui tratada estar a ser apreciada em sede judicial não inviabilizou esta minha intervenção; contudo, deve isentar-se de todas as dúvidas o facto de o objecto do processo aberto na Provedoria de Justiça apenas ser relativo ao exercício do direito, constitucionalmente consagrado, da livre actuação das Comissões de trabalhadores no âmbito das empresas, nunca se confundindo – nem sequer indirectamente – com a questão dos despedimentos.

De facto, sobre a licitude ou ilicitude dos despedimentos, o Tribunal decidirá.

Definitivamente esclarecido este aspecto, importa, então, passar a referir as dúvidas, e as preocupações, que a análise da situação reclamada suscitou ao Provedor de Justiça, no que

concerne à susceptibilidade de ser exercido o direito de livre actuação da comissão de trabalhadores da PRONICOL.

§3

Na decisão contida no processo relativo ao Senhor... e depois de os pontos I a V se terem referido à identificação do trabalhador e à descrição das diligências processuais asseguradas, o ponto VI assegurou a descrição dos factos julgados pertinentes, e provados, e que, em suma, respeitaram às declarações que o trabalhador proferiu na *conferência de imprensa* convocada, no exercício da sua actividade de membros da comissão de trabalhadores da PRONICOL, para a porta das instalações da Empresa. Sendo despropositado reproduzir, nesta sede, o conteúdo integral da decisão, ater-me-ei, somente, aos aspectos que entendo serem cruciais e, relativamente ainda a este ponto VI, desde logo merece destaque a afirmação contida no parágrafo 4.1, nos seguintes termos: "*o arguido – e os indivíduos referidos em 1.1 – faltaram conscientemente à verdade em tudo o que, com referência a esta empresa, deixaram referido no dito comunicado*", na medida em que este é o primeiro sinal – mas que se repetirá adiante, como mostrarei – sobre o entendimento revelado pela PRONICOL quanto à impossibilidade de as comissões de trabalhadores realizarem *conferências de imprensa* ou emitirem comunicados. Seguiu-se, no mesmo ponto VI, uma exaustiva descrição da *conferência de imprensa*, agora também com referências às respostas dadas a perguntas dos jornalistas e, bem assim, a notícias publicadas nos órgãos de comunicação social regionais, designadamente sobre a intervenção do Senhor Delegado de Saúde do concelho de Angra do Heroísmo. Depois, sem qualquer comentário adicional, procedeu-se à explanação da decisão final, a qual resultou das conclusões constantes do parágrafo 17.1 a 17.8, do processo relativo ao Senhor..., e 15.1 a 15.8, do processo relativo ao Senhor B.

Posteriormente, no ponto VII, visou-se rebater algumas teses da defesa do arguido, na medida em que referiu expressamente que "*importa, antes de mais, apreciar as teses que, em suma, o arguido alinha para justificar os comportamentos cuja autoria assume*".

Fixando-me, agora, no conteúdo dos pontos VIII, IX, X e XI - os quais contêm o que se presume ser a fundamentação da decisão sendo, como tal, de inultrapassável relevância - começo por referir, relativamente a este último, que ele descreveu os *deveres do trabalhador* cuja violação justificou o despedimento, nos seguintes termos: "XI. Abreviando, pois, como se impõe, entendemos que o arguido violou os deveres que lhe estão apontados nas alíneas a), b), c), d), f) e g) do n.º 1 do art.º 20º, do Regime Jurídico aprovado pelo Dec. Lei n.º 49.408 de 24/11/69 (LCT) e nas alíneas a) e j) da cláusula 29ª do A.E. Fê-lo de modo claramente intencional, bem sabendo as graves consequências que daí resultavam para esta empresa". Daqui resulta que, para a PRONICOL, o trabalhador em causa, por ter actuado da forma descrita na decisão, violou, designadamente, os deveres de:

- tratar com respeito, urbanidade e lealdade a entidade patronal;
- comparecer ao serviço com assiduidade e realizar o trabalho com zelo e diligência;
- obedecer à entidade patronal;
- guardar lealdade à entidade patronal, designadamente não divulgando informações referentes à sua organização, métodos de produção ou negócios;
- promover ou executar actos tendentes à melhoria da produtividade da empresa;
- cumprir todas as demais obrigações;
- guardar compostura em todos os actos da via profissional;
- abster-se da prática de actos que possam causar prejuízo ou descrédito para a entidade patronal ou para o bom nome da profissão.

Depois, em XII, cuidou-se de apresentar a motivação legal da decisão de despedimento; no ponto XIII, a respectiva justificação e, no ponto XIV, apresentou-se a decisão final.

§4

A simples confrontação da descrição dos factos (alegadamente) praticados com a verificação das (alegadas) ofensas cometidas é suficiente para demonstrar, por um lado, a impossibilidade de descortinar a origem de grande parte das conclusões (veja-se, a título de exemplo, que foram considerados violados os deveres de "comparecer ao serviço com assiduidade e realizar o trabalho com zelo e diligência" sem, contudo, terem sido alegados quaisquer factos que permitam entender de que forma, quando e onde, ocorreram estes ilícitos) e, por outro lado, a inevitabilidade da conclusão de que a presença na *conferência de imprensa* e o teor do comunicado da comissão de trabalhadores foram os factos pretensamente susceptíveis de inviabilizar a subsistência da relação laboral; mas, como já referi, a circunstância de ter sido interposta a competente acção judicial isenta-me da necessidade de me pronunciar sobre os despedimentos.

Questão diferente – e que, como ficou dito, é a única que aqui importa tratar – é a do entendimento revelado pela PRONICOL relativamente à compaginação entre, por um lado, os deveres dos trabalhadores e, por outro, o pleno exercício da actividade das comissões de trabalhadores. Sobre esta matéria, não posso evitar, desde já, uma breve referência à susceptibilidade de terem sido ultrapassados os limites da intervenção permitida às Comissões de trabalhadores, prevista no artigo 54º, da C.R.P., uma vez que – e neste ponto concordo inteiramente com a tese defendida pela PRONICOL – a mera circunstância de se estar no âmbito de um direito constitucionalmente consagrado não significa, necessariamente, nem a legitimidade de determinada actuação nem o uso dos meios adequados. Contudo, em concreto,

não deixa de me surpreender a verificação de que a *conferência de imprensa* em questão consistiu numa conversa quase informal entre os trabalhadores e os órgãos de comunicação social, na qual foram reclamadas situações directamente ligadas às condições laborais e à actividade da comissão de trabalhadores e que não incluiu, sequer, a utilização de *slogans* que, como é do conhecimento geral, se generalizaram na luta sindical (e que chegam a incluir o uso de expressões como "ladrão", "mentiroso", "roubo", "exploração", "escravatura", etc.). O mesmo se diga do teor do comunicado, parecendo que as mais "graves" expressões (no sentido que transparece da decisão da PRONICOL com a qual, diga-se, estou em profundo desacordo) terão sido "pressão arbitrária e prepotente", "sanções abusivas" e "desrespeito absoluto de direitos".

Quero fazer notar que, como seria de esperar, a difícil relação entre os trabalhadores com funções em sindicatos ou em comissões de trabalhadores e as respectivas entidades patronais tem merecido a atenção, tanto do legislador como da jurisprudência, que reconheceram a especial vulnerabilidade dos representantes sindicais e dos membros das comissões de trabalhadores os quais, por esta razão, beneficiam de um regime especial de protecção e garantia. O proémio do Decreto-Lei n.º 64-A/89 fala mesmo em tornar "*inviável o recurso ao processo de despedimento que, sob outro rótulo, pretenda atingir a função de representação dos trabalhadores*". Já o S.T.J., em Acórdão de 23/06/99 (processo 00S2453, com texto integral em *www.dgsi.pt/jstj*), foi mais longe ao afirmar que "*é da experiência comum que a representação e defesa dos interesses dos trabalhadores muitas vezes está em colisão com os interesses da entidade patronal e, infelizmente, é da natureza humana a personalização dos problemas decorrentes dessa defesa*". De facto, está longe de ser aceitável uma conclusão linear no sentido de que qualquer crítica à actividade da empresa, à sua gestão ou à actuação dos administradores constitui ilícito disciplinar, designadamente por deslealdade ou desrespeito para com a

entidade patronal. Por outro lado, nos dias de hoje, a actividade sindical faz-se predominantemente na rua e perante os *mass media*, exactamente porque se visa alcançar um grande impacte na opinião pública; deste modo, é absolutamente desajustado vislumbrar nestas actividades mediáticas uma ofensa grave à imagem da empresa e da administração. Por outro lado, não deixo de reconhecer razão à empresa quando afirma, no ponto VIII da decisão, que podem ser puníveis as infracções mesmo que cometidas no exercício dos direitos de *livre expressão* e de *livre divulgação do pensamento por qualquer meio*; mas já discordo do facto de a decisão não ter referido, como entendo que era devido, que o legislador constituinte cuidou de prever, ao mesmo tempo, que a "*apreciação* [das infracções cometidas] *é da competência dos tribunais judiciais*" (artigo 37º, da C.R.P.).

Mas a PRONICOL revelou, ainda assim, um deficiente entendimento relativamente aos limites da *liberdade de pensamento*, como ficou bem patente na linguagem e nos juízos contidos, amiúde, na peça decisória aqui referida e, em parte, reproduzida. Se mais não houvesse, bastaria verificar o facto de a decisão ter-se referido à *conferência de imprensa*, no ponto VIII, como "*uma série de bacoradas*". A 7ª edição do *Dicionário da Língua* Portuguesa, da Porto Editora, apresenta Bacorada (De *bácoro+ada*), como significando "*vara de bácoros; obscenidade; asneira*" pelo que não pode deixar de considerar-se totalmente inaceitável que, mesmo havendo discordância relativamente ao teor das afirmações proferidas na *conferência de imprensa*, um tal adjectivo tenha sido usado para as qualificar.

Mais grave, porém (para além de ser notoriamente contraditório), é a verificação de que, ao mesmo tempo que adjectivou a *conferência de imprensa* com recurso a uma expressão derivada da palavra *bácoro*, a PRONICOL insurgiu-se contra as declarações do membro da comissão de trabalhadores sobre um administrador delegado que referiram, apenas, "*ele directamente tem culpas em muitas coisas e indirectamente tem culpa*", considerando-as "dislates".

Acresce, ainda, que, também totalmente a despropósito, a empresa não se coibiu de afirmar que "o arguido foi até ao desplante de criticar a gestão da signatária que, no seu entender – abalizadíssimo, sem dúvida – está mal gerida !!!". Neste aspecto particular, esqueceu a PRONICOL, certamente, que a Constituição da República consagra, como direito fundamental das comissões de trabalhadores, "exercer o controlo de gestão nas empresas" [artigo 54º, n.º 5, alínea b), da C.R.P.]. Também deve ser lembrado que, como reconhecem Gomes Canotilho e Vital Moreira, "o controlo de gestão implica directamente, pelo menos, o direito de conhecimento prévio sobre as principais decisões de gestão e o direito de as CTs se poderem pronunciar antes de serem tomadas" [190]. Os membros da comissão de trabalhadores têm, de facto, o direito constitucionalmente consagrado de criticar a gestão da empresa e estão abalizados – pela Lei Fundamental – a fazê-lo. Sem embargo da circunstância de a afirmação constante da decisão ser talvez desculpável, por desconhecimento, o facto é que ela indicia que a PRONICOL não respeita a Constituição no tratamento (totalmente inaceitável) que dá à respectiva comissão de trabalhadores.

Pese embora a circunstância de os trabalhadores em questão terem sido punidos – e com pena de despedimento – também por terem, alegadamente, ultrapassado os limites do *direito de expressão*, verifica-se que a empresa utilizou a expressão *bacorada* e nunca a considerou atentatória do *direito à imagem e ao bom nome* do trabalhador. Assim sendo, não posso deixar de considerar desproporcionado o entendimento revelado pela PRONICOL que, ao mesmo tempo que qualifica as declarações de um membro da comissão de trabalhadores como *bacoradas*, considera constituir ilícito disciplinar a mera afirmação de que a empresa está mal gerida e que um determinado administrador tem culpas, directas e indirectas.

---

[190] *Idem*, Nota X. ao art. 54º, p.294.

Quero destacar, igualmente, que a situação que, como se vê, redundou nos despedimentos, vinha sendo acompanhada pela Provedoria de Justiça, no âmbito do R-2839/02 (Aç) aberto na sequência de reclamação relativa à actuação da Inspecção Regional do Trabalho e da Delegação de Saúde concelhia de Angra do Heroísmo, processo cujo arquivamento determinei por ter reconhecido que, não obstante as queixas serem procedentes quanto à existência de factos merecedores da alteração na laboração da PRONICOL, a intervenção das entidades públicas supra mencionadas era susceptível de obter as modificações pretendidas.

Na verdade, importa ter presente que tanto a Inspecção Regional do Trabalho como a Delegação de Saúde transmitiram-me a existência de aspectos concretamente merecedores de reparo na laboração e organização da PRONICOL. Concretizando:

- no ofício n.º 2846, de 25/09/2002, o Senhor Delegado de Saúde informou a Extensão dos Açores da Provedoria de Justiça que "*o compartimento que serve de refeitório é de exíguas dimensões e funciona provisoriamente, aguardando-se o seu encerramento aquando da construção do novo refeitório, a qual se encontra em fase de execução*"; que "*dois (...) vestiários não dispõem de portas, apresentando uma delas sinais de amolgamentos*"; que "*as bacias (...) apresentam alguns sinais de deterioração – rachas e perdas de material*"; que "*não existe um Plano de salvaguarda da integridade física dos trabalhadores, o qual prevendo, a formação e treino dos trabalhadores, permitiria a actuação pronta e eficaz dos mesmos em caso de eventual incêndio e catástrofe natural*"; que não existe ETAR para a drenagem e tratamento adequados dos resíduos líquidos produzidos;

- o Senhor Inspector Regional do Trabalho igualmente deu conta, no ofício n.º 1406, de 07/11/2002, que "*do relatório efectuado pelos técnicos da Inspecção Regional do Trabalho, ressaltam algumas anomalias em matéria de Segurança, Higiene e Saúde no Trabalho, bem como infracções à Lei da Comissão de Trabalhadores (Lei n.º 46/79, de 12 de Setembro)*".

Seja-me permitido destacar, do que fica transcrito, que a Inspecção Regional do Trabalho constatou a existência de infracções à Lei das Comissões de Trabalhadores pelo que, se outros não houvesse, este facto constituiria fundamento bastante para justificar a apresentação de queixa junto daquele organismo.

Está visto que não corresponde à realidade a ideia (que perpassa toda a decisão) segundo a qual os arguidos *só denunciaram factos falsos* à Inspecção Regional do Trabalho e ao Delegado de Saúde. Contudo, importa notar que, mesmo que as queixas se viessem a revelar totalmente improcedentes, a circunstância de as comissões de trabalhadores denunciarem às entidades públicas com competências fiscalizadoras a existência de factos que entendem serem susceptíveis de averiguação, nunca poderia ser invocada como actuação despropositada dos respectivos membros. Aliás, a entender-se de maneira diferente, estariam postos em causa, de forma decisiva, o direito de queixa à Inspecção Regional do Trabalho e à Delegação de Saúde e, como é bom de ver, poucas comissões de trabalhadores o exerceriam (e, com toda a certeza, nenhum trabalhador o faria, em nome individual).

Acresce ao que ficou dito a circunstância, que não é pouco relevante, de competir às comissões de trabalhadores, no exercício normal das respectivas funções, fazer a denúncia dos aspectos que entendam merecedores de correcção. De facto, como referem os autores atrás citados, "*a Constituição não estabelece qualquer limitação ao exercício do controlo de gestão (...), sendo pois inconstitucional qualquer restrição legal*" [191]. Assim sendo, a apresentação de queixa à Inspecção Regional do Trabalho e à Delegação de Saúde é faculdade contida no exercício do direito previsto no artigo 54º, da C.R.P. (e é instrumental relativamente a ele) e, porque integra os "*direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores*", é directamente aplicável e vincula imediatamente entidades públicas e privadas (artigo 18º, C.R.P.). De facto, não é

[191] *Idem*, Nota XI ao art. 54º, p.295.

passível de crítica, antes pelo contrário, a circunstância de os trabalhadores terem suscitado a intervenção de entidades públicas com competência fiscalizadora (até porque, como se disse, aquela actuação veio significar a possibilidade de a PRONICOL corrigir alguns aspectos merecedores de reparação ou melhoramento).

Também a circunstância de os trabalhadores terem actuado publicamente (ou seja, o facto de terem convocado uma *conferência de imprensa*) não pode, sem mais, constituir motivo de censura. Na verdade, considerar que a crítica pública da comissão de trabalhadores é, por si só, susceptível de denegrir a "imagem da empresa e da sua administração" sem cuidar de dar a conhecer quais os transtornos causados à actividade da PRONICOL nem revelar os danos provocados é, para não dizer mais, inviabilizar totalmente a actuação das comissões de trabalhadores.

§5

Extravasando a questão particular do despedimento (a qual, reafirmo uma vez mais, está em apreciação em sede própria), não posso deixar de revelar a minha profunda preocupação relativamente à forma como tem sido possível exercer, na PRONICOL, o direito consagrado no artigo 55º, da C.R.P., uma vez que verifico, com especial indignação, que a actuação da comissão de trabalhadores será sempre tida:

a) como ilegal, se for pública e tiver repercussão nos órgãos de comunicação social;
b) como ilícita, se consistir na apresentação de queixas às entidades públicas com competência para fiscalizar a actividade da empresa;
c) como um "*desplante*" (*descaramento, ousadia, descaro*), se criticar a gestão da empresa;
d) como um "dislate" (*disparate, desconchavo, despautério, asneira*), se ousar dizer que um administrador tem culpas.

§6

Sem embargo de quanto ficou exposto, devo, antes de formular as minhas conclusões finais e de decidir sobre o encaminhamento a dar a este assunto, assegurar cumprimento ao disposto no artigo 34º, do E.P.J., e permitir que a PRONICOL – Produtos Lácteos, S.A., se pronuncie sobre a situação em apreço e bem assim, sobre a apreciação sumária que acima deixei feita.

Deste modo, peço a V.Ex.as que se dignem comunicar à Provedoria de Justiça a posição que é assumida em face dos factos aqui descritos os quais, devo afirmar de forma clara, apontam para a existência de claros indícios de que na PRONICOL – Produtos Lácteos, S.A., não são assegurados os meios, constitucional e legalmente exigíveis, para a normal actividade da respectiva comissão de trabalhadores.

R-1118/03
Assessor: Miguel Menezes Coelho

Entidade visada: Presidente do Governo Regional dos Açores
Assunto: Artigo 10º, n.º 3, do DL n.º 70/2000, de 4 de Maio. Licença por maternidade. Gravidez com risco clínico.

Quero começar por agradecer o acatamento da minha Recomendação n.º 6-A/2003 e manifestar apreço pela intercessão de Vossa Excelência no sentido de serem dissipadas as divergências que impossibilitavam que, nas situações de gravidez com risco clínico para as trabalhadoras ou para os nascituros totalmente impeditivas do exercício de funções, fossem gozadas licenças por maternidade.

Contudo, a minha satisfação pela pronta intervenção de Vossa Excelência é acompanhada por um profundo pesar pela notícia do falecimento (em 2 de Julho) do nascituro que, após 33 semanas de gravidez, veio a nascer prematuramente no dia 16 de

Abril de 2003. Sendo certo que não está estabelecido – nem parece poder ou dever ser invocado – qualquer nexo de causalidade entre o parecer negativo da DROAP e o desditoso acontecimento, importa que o Provedor de Justiça chame a atenção para a necessidade de a actuação da Administração Regional dos Açores dever acautelar alguns valores essenciais que se mostraram totalmente esquecidos na presente situação, a saber:

- a exigência de uma decisão célere sempre que estejam em causa (mesmo que potencialmente) situações graves, como casos de risco de e na gravidez. Como ficou já referido no texto da Recomendação n.º 6-A/2003 é especialmente incompreensível que a Extensão dos Açores tenha oficiado o Senhor Director Regional de Organização e Administração Pública em 21 de Março, e com carácter de urgência, e que somente tenha conhecido a resposta em 2 de Junho e após duas insistências;

- a busca de equilíbrio e a consequente "proibição do excesso" nas situações de conflito entre interesses que sejam desproporcionados por natureza (*v.g.*, direito à vida *versus* interesse na presença física do funcionário no serviço), uma vez que o risco de uma decisão errónea desfavorável à pretensão é sempre incomensuravelmente mais gravoso do que aquele resultante de uma eventual prescrição errada favorável ao pedido. Na dúvida, melhor teria sido permitir o gozo da licença;

- o acompanhamento próximo das situações suscitadas pelos interessados, sempre que tal se afigure viável ou justificado. No caso em apreço, note-se que a pretensão da docente não era nova e ela tinha já história clínica relevantemente considerável. Se uma virtude essencial resultou, para os cidadãos açorianos, da consagração do modelo autonómico foi certamente a vizinhança física entre a Administração Regional e os administrados, a qual deverá ser potenciada e aprofundada, o que manifestamente não ocorreu nesta situação.

Resta-me, assim, esperar que a pesada experiência da família da Senhora Prof.ª ... tenha concorrido para garantir que, no futuro, pedidos similares venham a ter uma decisão não só

pronta e justa mas, e principalmente, reveladora de humanidade e cuidado.

Agradeço o decisivo contributo que, uma vez mais, Vossa Excelência prestou para a resolução de uma questão suscitada perante o Provedor de Justiça.

R-1305/03
Assessor: Miguel Menezes Coelho

Entidade visada: Presidente do Conselho Superior de Magistratura
Assunto: Tribunal Judicial da Comarca de Angra do Heroísmo, Processo n.º 219/98 – 2º Juízo.

Ao mesmo tempo que agradeço os esclarecimentos prestados, comunico a Vossa Excelência que, nos termos do disposto no artigo 31º, alínea b), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, determinei o arquivamento do processo que, relativamente aos autos com o n.º 219/98, do 2º Juízo do Tribunal Judicial da Comarca de Angra do Heroísmo, foi aberto na Extensão dos Açores da Provedoria de Justiça.

Sem embargo, deve o Provedor de Justiça manifestar alguma preocupação pela situação relatada pelo Senhor Escrivão de Direito do 2º Juízo e pelo agendamento de julgamentos para 2006 mencionado pelos Senhores Juizes de Direito, uma vez que o concurso destas circunstâncias acarreta, invariavelmente, atrasos no curso normal dos processos judiciais, prejuízos para os cidadãos interessados e desmotivação para os operadores judiciários.

R-1401/03
Assessor: Miguel Menezes Coelho

Entidade visada: Presidente do Conselho de Administração da Caixa Geral de Aposentações
Assunto: Pensão unificada.

Foi reclamado perante a Extensão dos Açores da Provedoria de Justiça o facto de se verificar um atraso na decisão do processo de aposentação do Senhor Professor..., a qual havia sido requerida em Janeiro de 2001.

Tendo a decisão relativa à aposentação sido comunicada ao serviço do interessado em Setembro de 2003, obtendo-se assim a conclusão do procedimento cujo atraso motivara a reclamação, comunico que determinei o arquivamento do processo em instrução na Extensão dos Açores da Provedoria de Justiça.

Ainda assim, importa que seja chamada a atenção da Caixa Geral de Aposentações para os seguintes aspectos que a instrução permitiu verificar:

1) primeiro, deve começar por ser destacada negativamente a circunstância de não ter sido possível obter atendimento telefónico através da Linha Azul da Caixa Geral de Aposentações, (mesmo após tentativas durante um período alargado de mais de duas semanas por parte dos serviços da Provedoria de Justiça);

2) depois, o processo em causa revelou indícios de alguma negligência procedimental, já que por duas vezes terão sido pedidos elementos a entidades distintas sem que se tenha verificado qualquer impulso até que terceiros os tivessem provocado;

3) de facto, não fora o caso de a Escola Básica Integrada de Velas ter inquirido, em Outubro de 2002 e em nome do seu funcionário, sobre o atraso do processo e provavelmente verificar-

se-ia ainda hoje a pendência do processo em virtude de elementos que a Caixa Geral de Aposentações teria solicitado por ofício de 17 de Agosto de 2001 (e que aquela Escola afirma nunca ter recepcionado);

4) de igual forma, também os dados solicitados, por ofício de Novembro de 2002, ao Centro Nacional de Pensões para efeitos de pensão unificada (que aquele Centro diz também não ter sido recepcionado) só tiveram insistência, coincidentemente, após ofício da Extensão dos Açores da Provedoria de Justiça, no âmbito da instrução deste processo;

5) faço notar que as pendências em causa se computam, especificamente, na primeira vez, em 14 meses e, na segunda, em 6 meses, num total de quase dois anos em que o processo terá estado a aguardar elementos.

Uma vez que não disponho de elementos que me permitam concluir que a situação acima descrita se repete em outros procedimentos, quero crer que se tratou de um caso esporádico, pelo que dou por concluída a minha intervenção com o presente reparo.

R-1417/03
Assessor: Miguel Coelho

Entidade visada: Secretário Regional da Educação e Cultura
Assunto: Processo de averiguações; Escola EB/JI N.ª Senhora da Conceição.

No dia 25 de Março p.p. foi apresentada na Extensão dos Açores da Provedoria de Justiça uma queixa relativa ao incumprimento do dever de averiguação de uma agressão alegadamente perpetrada, em 20 de Novembro de 2002, pela Senhora Prof.ª do Ensino Básico..., da EB/JI Nossa Senhora da Conceição, no aluno A...

Faça-se notar que, atendendo ao conteúdo da reclamação apresentada e tendo presente o quadro de atribuições e competências do Provedor de Justiça, designadamente o que resulta da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 30/96, de 14 de Agosto, o objecto do processo situou-se, unicamente, na questão do eventual incumprimento do *dever de averiguação* (por inobservância das formalidades necessárias ao cabal apuramento dos factos) atenta, designadamente, a gravidade da denúncia e não a agressão propriamente dita (cuja averiguação não é matéria incluída nas competências deste órgão do Estado).

Por outro lado, a oportunidade escolhida para o exercício do direito de queixa ao Provedor de Justiça terá sido previsivelmente influenciada pelo facto de, no dia 21 de Março de 2003, ter surgido em um órgão da imprensa regional escrita, o *Diário Insular*, uma peça noticiosa sobre uma agressão, alegadamente perpetrada pela mesma Senhora Prof.ª do Ensino Básico, em um outro aluno da mesma turma.

Delimitado desta forma o quadro factual subjacente à queixa, importa notar que a Provedoria de Justiça teve oportunidade de observar o processo de averiguações mandado instaurar na sequência da alegada agressão de 20 de Novembro de 2002, uma vez que cópia integral do mesmo foi remetida à Extensão dos Açores deste órgão do Estado.

Assim sendo, posso informar Vossa Excelência que a análise realizada finalizou com as seguintes conclusões que, de forma resumida, deixo assinaladas nos seguintes termos:

- a denúncia relativa à agressão alegadamente verificada em 20 de Novembro de 2002 foi efectivamente averiguada, tendo sido designada instrutora e tendo sido realizadas diligências para o apuramento da verdade material, designadamente mediante obtenção de depoimentos;

- a decisão final – que foi de arquivamento – mostra-se congruente com os factos apurados, em especial por não ter ficado demonstrada a procedência da queixa;

- de facto, em face dos depoimentos então recolhidos, o arquivamento que foi determinado não se afigura desajustado, uma vez que apenas as declarações do aluno queixoso se referem à agressão denunciada, mencionando todas as outras a ocorrência de uma mera repreensão da Professora, sem qualquer acção física associada;

- pese embora não se referir ao processo então instaurado (relacionado com os factos ocorridos em Novembro de 2002), não deixa de ser sintomática a verificação de que a segunda denúncia de agressão (em data recente) *não fez qualquer referência ao problema anterior*, parecendo que a aluna, agora alegadamente agredida, também não viu a anterior agressão (ou, tendo-a visto, não a relatou).

Contudo, sem embargo do que acima afirmei, também foi possível verificar que aspectos pontuais do processo de averiguações analisado são merecedores de reparo.

Este facto motiva-me a fazer uso da faculdade prevista no artigo 33º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, e a chamar a atenção de Vossa Excelência para a necessidade de, no futuro, serem melhorados os seguintes procedimentos agora observados:

1) verificando-se que, em concreto, a averiguação consistiu na recolha de depoimentos do queixoso e do seu filho; da Senhora Professora; do Senhor Coordenador do Núcleo e de três alunos (acompanhados pelos respectivos encarregados de educação), importaria esclarecer os motivos que levaram à designação / escolha dos alunos a ouvir (ou explicar a forma do sorteio). Com efeito, uma vez que somente era decisivo conhecer o relato das testemunhas presenciais (excluindo, naturalmente, o denunciante e a denunciada), assumia particular relevância o conhecimento dos critérios de selecção dos alunos a depor, até porque se sabe que, em caso de decaimento da pretensão, sempre poderia ser sugerido que a escolha dos sujeitos a depor não fora totalmente aleatória;

2) tendo os factos relevantes ocorrido em 20 de Novembro de 2002, foi excessiva a demora verificada na designação da

instrutora e, por aquele facto, na realização das primeiras diligências (em 13 de Janeiro de 2003);

3) porque da leitura dos documentos relativos às averiguações perpassa a ideia de que, para além dos contactos assegurados através das diligências formais comprovadas no processo (*i.e.,* as cópias dos ofícios) também foram feitos outros contactos informais entre a instrutora e os declarantes, importaria que todas as diligências tivessem ficado mencionadas. Em especial, não pode deixar de ser considerado misterioso que, tendo as convocatórias a data de 14/01/2003, através delas as pessoas foram chamadas no dia seguinte, parecendo natural pensar que existiram outros contactos acertando as datas e as horas dos depoimentos;

4) chega a raiar o absurdo a verificação de que o Senhor Coordenador do Núcleo foi convocado, pelo ofício de 14/01/2003, para prestar declarações no dia 13 de Janeiro.

Finalmente e em suma, entendo dever chamar a atenção de Vossa Excelência para a circunstância de ser cada vez mais necessário desenvolver esforços para que seja assegurado o cumprimento, por um lado, do *princípio da boa administração* (permitindo aos cidadãos que tenham a percepção da correcção da actividade administrativa) e, por outro, do *princípio da transparência* (permitindo aos cidadãos que captem com transparência aquela mesma actividade).

2.8.

Extensão da Provedoria de Justiça na Região Autónoma da Madeira

Assessor:

António Luís Figueiredo Vasco

2.8.1. Introdução

Durante o ano de 2003, que se iniciou com uma pendência de 40 processos transitados do ano anterior, foram abertos na Extensão 82 processos. Durante o mesmo período foram arquivados e redistribuídos às Áreas materialmente competentes da Provedoria de Justiça, em Lisboa, um total de 73 processos, ficando pendentes 49 processos no final de 2003.

Dos 82 processos abertos na Extensão em 2003, a maior parte – cerca de um terço do total - teve na sua origem queixas sobre questões de ordenamento do território, urbanismo e ambiente, sendo as autarquias as principais entidades visadas nestes processos. Em segundo lugar na lista das matérias mais frequentemente objecto de queixa em 2003 encontra-se um conjunto de queixas relacionadas com assuntos político-constitucionais (nos quais se incluem os pedidos de apreciação da constitucionalidade), com direitos, liberdades e garantias e com a educação, que em conjunto atingem 22% do total de processos abertos.

Ainda com alguma expressão no total das queixas entradas encontram-se as relacionadas com a situação laboral de funcionários públicos (cerca de 16%), com assuntos financeiros, economia e direitos dos consumidores (13,5%) e com assuntos sociais, nomeadamente segurança social, saúde e direito do trabalho (cerca de 12%).

A matéria sobre a qual foi apresentado menor número de queixas em 2003 foi, sem dúvida, a da Administração Judiciária (aí incluídos os atrasos judiciais), que ficou abaixo dos 4% do total de queixas apresentadas.

Durante o ano tiveram lugar 83 entrevistas com reclamantes a pedido dos mesmos e 8 deslocações externas junto de autarquias e membros do Poder Regional.

De notar que – e o mesmo se tem verificado em anos anteriores – tem havido uma pronta colaboração da Administração Regional, o mesmo não se podendo dizer de algumas autarquias, cuja resposta continua a ser demorada. Esta situação tem repercussões negativas na instrução dos processos, quer por fazer arrastar desnecessariamente o seu tempo de duração, quer porque o tempo de pendência destes processos não corresponde a tempo útil de reflexão, debate e estudo da questão de fundo, quer, ainda, porque leva a gastos desnecessários de recursos humanos e materiais na realização de insistências por respostas em falta.

Crê-se – espera-se – que a colaboração das autarquias tenderá a melhorar à medida que estas forem conhecendo melhor o Estatuto do Provedor de Justiça e a missão que este órgão do Estado pode desempenhar, não só ajudando o cidadão a fazer valer os seus direitos, mas também ajudando a Administração a debater e solucionar os casos mais complexos ou os que, por algum outro motivo, tenham sido objecto de queixa. Acresce que a actuação do Provedor de Justiça não tem, necessariamente, que ir contra a posição assumida pelas entidades visadas nas queixas. Muito pelo contrário: sempre que estas tenham agido bem e as queixas careçam de fundamento, o Provedor de Justiça pode desempenhar um importante papel no esclarecimento do cidadão acerca dos motivos pelos quais não lhe assiste razão, podendo, nessa medida, ser um factor de aproximação entre administração e administrados.

Tudo para dizer que a menos boa colaboração que a Extensão da Madeira tem sentido por parte de algumas autarquias poderá ser devida ao facto de não ter sido ainda apreendido, por essas autarquias, o papel que o Provedor de Justiça pode desempenhar na resolução de casos que a todos interessa ver esclarecidos e decididos com celeridade e rigor. Essencial é, desde logo, que as próprias autarquias – como as restantes entidades visadas nas queixas dirigidas ao Provedor de Justiça – desejem exercer com rigor as suas próprias

competências. Se for essa a postura de base, será fácil concluir que a colaboração dos serviços públicos com o Provedor de Justiça pode contribuir para melhorar a actuação daqueles. Se, porém, a Administração for relapsa, pouco diligente e desrespeitadora dos direitos dos cidadãos, certamente não desejará colaborar com o Provedor de Justiça, pois assim verá apontados os seus erros e as suas omissões.

Em casos de deficiente actuação das entidades visadas nas queixas, a Extensão tem procurado contribuir com sugestões de actuação, com a formulação de chamadas de atenção relativamente ao que é susceptível de crítica, mas também com a indicação do caminho que deveria ter sido seguido e que se vai esperando que seja seguido quando, futuramente, as entidades a quem são dirigidas chamadas de atenção venham a ser confrontadas com situações análogas.

Apesar do que acima ficou dito, deve salientar-se alguma melhoria da colaboração das autarquias com a Extensão nos finais de 2003 e deve dizer-se, também, que em alguns casos se reconhece que os atrasos na colaboração pedida se devem à falta de meios em alguns municípios, o que, porém, não legitima o desrespeito pelo dever de colaboração com o Provedor de Justiça, nem o dever decidir com o rigor, a celeridade, a isenção e o sentido de justiça que é devido pela Administração aos cidadãos.

2.8.2. Censuras, reparos e sugestões à Administração Pública

R-1266/00
Assessor: A. Figueiredo Vasco

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal do Funchal
Assunto: Oficina de reparação de automóveis. Licenciamento. Encerramento.

Por ter sido encerrada a oficina em assunto foi dada por finda a instrução do processo em referência, nos termos da alínea c), do artigo 31º, da Lei n.º 9/91 de 9 de Abril – Estatuto do Provedor de Justiça.

Não posso porém deixar de chamar a atenção de V. Ex.ª para o facto de ser do conhecimento dessa autarquia que aquela oficina não estava licenciada - e que não tinha condições para que o licenciamento pudesse vir a ter lugar, como é reconhecido no ofício de 2 de Maio de 2002 - e de, apesar disso, a mesma oficina só ter sido encerrada em 11 de Junho último.

Acresce que essa autarquia foi alertada para aquela ilegalidade pelo ofício de 03 de Maio de 2000, da Extensão deste órgão do Estado na Região Autónoma da Madeira, pelo que decorreram quase três anos sem que os serviços dessa câmara municipal tivessem procedido ao encerramento da oficina em apreço, circunstância tanto mais grave quanto é certo que a situação já era conhecida pela Câmara Municipal do Funchal desde, pelo menos, 6 Março de 1990, data em que se pronunciou negativamente acerca da pretensão de utilização do local para "oficina de pintura e bate-chapas de automóveis".

Não posso ainda deixar de chamar a atenção de V. Ex.ª para a morosidade na prestação de informações solicitadas pela Provedoria de Justiça apesar das muitas insistências para que tal fosse feito, em manifesta inobservância do disposto no artigo 29º da lei citada.

R-1663/00
Assessor: A. Figueiredo Vasco

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Santa Cruz
Assunto: Urbanização dos Reis Magos – Caniço.

Analisados todos os elementos carreados para o processo supra referenciado no decurso da respectiva instrução, concluí que a Câmara Municipal de Santa Cruz tomou algumas decisões contrárias às normas legais aplicáveis e que, por outro lado, omitiu comportamentos fiscalizadores e sancionatórios de normas por cujo cumprimento lhe cabia pugnar.

Não ignoro o grau de conflitualidade que rodeia a questão da edificação do apelidado "muro da vergonha", mas circunstâncias desta natureza não podem justificar acções ou omissões ilegais por parte dos poderes públicos, sob pena de situações que começam por ser apenas problemáticas, se converterem em graves exemplos de má administração e de violação de interesses públicos relevantes, como creio ter acontecido neste caso, ao contrário do alegado por V. Exª.

Porque a troca de correspondência entre a Provedoria de Justiça e essa autarquia acerca do assunto em apreço remonta já ao ano de 2000, creio desnecessário recordar os trâmites da instrução do presente processo e permito--me passar de imediato ao elenco e fundamentos das principais conclusões alcançadas:

1. Quanto à construção do muro reclamado

a. A construção do muro a que se refere o alvará de licença de construção de 20 de Agosto, foi levada a efeito em desconformidade com o projecto aprovado pela câmara no que concerne à altura do referido muro. Tal facto foi comunicado à Provedoria de Justiça através do vosso ofício de 06.08.2001, que veio acompanhado de cópia da notificação enviada ao particular visado, nessa mesma data, instando-o a repor a cércea conforme o projecto aprovado.

b. Veio ainda a Câmara a esclarecer expressamente, em comunicação enviada à Provedoria de Justiça em 10.04.2002 que, caso o particular não procedesse à correcção supra referida *"a Câmara Municipal, depois de cumpridas as formalidades legais, substituir-se-á ao particular na demolição"*

c. Mal se compreende, pois, que quando questionada sobre se a demolição já ocorrera, essa mesma Câmara responda, em 13.06.2002, remetendo para uma informação dos seus serviços técnicos prestada à data da apreciação e deferimento do pedido de licenciamento da construção em causa.

d. Em suma, e quanto à questão do muro, ainda que o mesmo não tenha podido ser objecto de inspecção directa à data da deslocação do meu Assessor na Extensão da Madeira ao local, na companhia de V. Exª, tudo nos autos aponta para o facto de ter sido construído em violação do projecto aprovado e de a câmara, perante tal incumprimento, ter apenas dado início ao processo de reposição da legalidade, processo que, inexplicavelmente, não levou até ao fim, nada fazendo perante a inércia do particular visado que, apesar de notificado para tal, não diligenciou no sentido da reposição da cércea do muro reclamado. E não se diga que a câmara não pode ter certezas quanto às actuais dimensões do muro por impossibilidade de acesso ao local, pois os seus serviços de fiscalização sempre se poderão dotar de mandato judicial para o efeito.

e. Acresce, como agravante desta irregularidade, que o muro fora construído em sede de ampliação da moradia erigida nos lotes ..., sendo que a própria reunião dos lotes num só e a

posterior edificação da moradia em causa não foram precedidas da essencial alteração do alvará de loteamento, como se demonstrará seguidamente.

2. Quanto à construção da moradia, à prévia reunião de seis lotes num só e à incorporação de áreas destinadas a caminhos pedonais públicos

a. Conforme V. Exª certamente terá presente, a Provedoria de Justiça, ao constatar que o índice de construção de 0,319, indicado por V. Exª numa das acima citadas comunicações (vosso ofício de 06.08.2001) resultava do coeficiente entre a área de construção bruta e a soma da área dos lotes ..., em que foi implantada a moradia e anexos do particular visado, solicitou informação sobre se teria sido oportunamente promovida a necessária alteração do alvará de loteamento, questão que mereceu resposta negativa (vosso ofício de 10.04.2002).

b. Quanto aos passeios pedonais, embora a câmara tenha começado por afirmar que "não foram prejudicados", a inspecção realizada ao local revelou o contrário, tendo V. Exª acabado por confirmar que "alguns dos acessos pedonais previstos no projecto não existem", não se tendo no entanto verificado qualquer prévia desafectação e subsequente transmissão de tais faixas de terreno do domínio público para a esfera patrimonial do particular reclamado.

3. Conclusão

Perante o exposto, não posso senão concluir que a Câmara Municipal de Santa Cruz exerceu deficientemente, ao longo dos anos, os seus poderes de licenciamento de obras e de fiscalização de conformidade das mesmas com as respectivas licenças de construção.

A invocação do tempo decorrido desde o início do problema não reverte em favor da autarquia, antes revelando que o laxismo, a todos os títulos censurável, registado por ocasião da reunião dos seis lotes num só e subsequente construção de uma moradia e anexos no local onde deveriam ter sido implantadas várias *"habitações unifamiliares completamente individualizadas, tão do*

apreço da população madeirense" (v. ponto 3. da memória descritiva e justificativa do loteamento), se prolongou no tempo e se manifestou de novo, mais recentemente, na atitude omissiva adoptada perante a constatação de que o muro reclamado foi erigido em desconformidade com a licença de construção emitida em 1998.

Também a pendência de acções em juízo, opondo o reclamante nos presentes autos e o particular visado na queixa, ou opondo o reclamante e V. Exª em sede criminal, não deve ser impeditiva do normal exercício das competências da câmara em matéria de urbanismo, excepto se estiver em discussão – e ao longo do presente processo não ficou de todo provado que seja esse o caso - questão prévia ou condicionante do exercício de tais competências, as quais, permito-me salientar, não podem deixar de ser exercidas, sob pena de preenchimento do tipo de crime previsto no artigo 12º da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho (crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos).

Merecem reparo, finalmente, as considerações da autarquia sobre a inexistência de prejuízo para o interesse público, já que os factos acima elencados revelam precisamente o oposto: as acções e omissões da câmara traduziram (ou toleraram, no caso dos comportamentos omissivos) a violação de normas que a todos os cidadãos – e em especial aos seus munícipes – interessa ver cumpridas.

Com efeito, o ambiente, o ordenamento do território e a qualidade de vida, são, como V. Exª certamente não desconhece, bens fundamentais de interesse público geral, a cuja protecção tem vindo a ser conferida importância crescente, nomeadamente no âmbito da defesa dos chamados "interesses difusos"[192] como o são os interesses dos cidadãos desse município, desde logo, a usufruir dos espaços de passeio pedonal que desapareceram e a

[192] Interesses em cuja defesa se espera que as autarquias sejam especialmente empenhadas, considerando desde logo a legitimidade que para o efeito lhes é conferida pelo artigo 53º, n.º 3, do Código do Procedimento Administrativo.

assistir a um desenvolvimento urbanístico regrado que a câmara manifestamente não assegurou, no caso vertente.

Ainda que parte relevante do interesse público posto em causa pela atitude omissiva dessa autarquia tenha já sido irremediavelmente afectada - ou precisamente porque assim foi – considero essencial que a câmara Municipal de Santa Cruz assuma atitude mais enérgica relativamente aos aspectos que ainda são susceptíveis de regularização, nomeadamente:

- começando por se certificar das actuais dimensões do muro reclamado, o que poderá ser feito mediante deslocação dos técnicos dos serviços de fiscalização ao local, de preferência por acordo com o particular reclamado ou, na falta deste acordo, com prévia obtenção de mandato judicial para o efeito;
- no caso de se confirmar a edificação do muro em violação do projecto aprovado aquando da emissão do alvará de licença de construção n.º ..., de 20 de Agosto, retomando o processo de legalização ou demolição do mesmo;
- regularizando a situação dos espaços públicos ocupados, para o que poderá desde logo ser tentada uma solução que passe pela sua desafectação do domínio público e subsequente alienação ao particular ocupante.

Aguardo de V. Exª a ponderação das chamadas de atenção que deixei formuladas para que, futuramente, situações análogas não se repitam e, quanto às sugestões de actuação efectuadas em relação a este caso concreto, aguardo resposta reveladora do empenho da Câmara Municipal de Santa Cruz na sua concretização, com informação detalhada das diligências que venham a ser ordenadas por V. Exª a este respeito.

R-150/01
Assessor: A. Figueiredo Vasco

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal do Funchal

Assunto: Construções existentes em moradia sita na Rua Carlos Azevedo de Menezes. Dispensa de licença.

Tendo presente o ofício de V. Exª. no qual considera de pouca relevância urbanística as construções em assunto, e por isso dispensadas de licença para a sua realização ao abrigo do disposto do n.º 2 do artigo 6º do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, a matéria da reclamação que originou a abertura do presente processo fica reconduzida a um mero conflito entre particulares que, por o ser, não se enquadra no âmbito da actuação do Provedor de Justiça (cfr. artigo 2º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril – Estatuto do Provedor de Justiça), antes sendo dirimível pelos tribunais. Por ser assim, determinei o arquivamento do processo nos termos da alínea a) do artigo 31º da mesma Lei.

Não deixa porém de causar estranheza que a informação constante do ofício referido só tenha sido alcançada cerca de dois anos e meio após o início do processo em referência. Com efeito, e aqui existem contradições, em 28 de Abril de 2000 e pelo ofício dessa câmara n.º ..., foi a dona das obras em assunto notificada para proceder à demolição dessas obras e o mesmo consta do ofício n.º ..., de 23 de Julho de 2001 dirigido a este órgão do Estado. E o mesmo se conclui do ofício n.º ..., de 26 de Abril de 2001, do ofício n.º ..., de 4 de Abril de 2002 e, ainda, do ofício n.º ..., de 14/01/2003, todos dirigidos à Provedoria de Justiça. Tal situação leva a concluir que - no passado ou agora - os serviços dessa autarquia funcionaram mal, o que não deixa de se lamentar. Por outro lado, e aqui justifica-se também e mais uma vez um especial reparo, verifica-se que existiu uma deficiente colaboração por parte dessa autarquia. A prová-lo estão os muitos ofícios de insistências por respostas e o facto de estas, quando prestadas, não serem suficientemente esclarecedoras. Tal comportamento motivou que um processo que poderia ter a instrução concluída cerca de três meses após o seu início, apenas tenha chegado a tal fase dois anos e meio depois.

Por todo o referido e mais uma vez lamento e faço reparo da deficiente colaboração prestada por essa câmara municipal a este órgão do Estado.

Na expectativa que, de futuro, o estado de coisas referido possa ser substancialmente melhorado.

R-3780/01
Assessor: A. Figueiredo Vasco

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal do Funchal
Assunto: Violação do POTRAM – Santa Cruz.

Instruído o processo em referência pode-se concluir que o alvará de construção n.º 323/2001 violou o POTRAM estabelecido pelo Decreto Legislativo Regional n.º 12/95/M. Aliás, para esse facto havia alertado o arquitecto José da Mota Gomes na sua informação de 18 de Dezembro de 2000.

Com efeito e na ausência de um Plano Director Municipal que, aliás, só poderia ser aprovado se se conformasse com o estabelecido no POTRAM, conforme resulta dos seus artigos 2º, n.º 2 e 44º, apresenta-se descabida de qualquer fundamento legal a posição assumida por essa câmara municipal no ofício de 29 de Novembro de 2001 já que implicitamente ignora - violando - o Decreto Legislativo acima referido.

Não posso deixar de manifestar a minha forte discordância com o teor daquele vosso ofício, em especial porque o mesmo pretende justificar a violação de instrumento de ordenamento do território tão importante como o POTRAM, por um lado com a evolução sócio-económica que a câmara municipal considera ter, entretanto, ocorrido e, por outro lado, com o disposto numa proposta de Plano Director Municipal, plano esse que, ainda que existisse e fosse plenamente eficaz – o que não era de todo o caso - sempre estaria subordinado aos objectivos definidos no POTRAM, o qual, aliás, citando o preâmbulo do DLR n.º 12/95/M, que o

aprovou, foi *"resultado de uma reflexão longa e sistemática sobre a realidade cultural, física e sócio-económica regional"*.

É indiscutível a importância do contributo que as câmaras municipais podem e devem ter em matéria de ordenamento do território. Tal importância, porém, deve concretizar-se em termos precisamente opostos aos que se verificaram neste caso: em lugar de fiscalizar o cumprimento e zelar pela boa aplicação do POTRAM, a Câmara Municipal de Santa Cruz nada fez contra – antes aceitou e apoiou – uma situação de violação de tal plano.

Sem prejuízo de se aceitar que a evolução sócio-económica, entre outros factores, venha a determinar revisões e alterações do POTRAM, essas alterações não poderão deixar de ser concretizadas pela forma legalmente adequada, como aconteceu, desde logo, com as que lhe foram introduzidas pelo Decreto Legislativo Regional n.º 9/97/M, de 18.07.

Não posso, pois, deixar de aqui fazer um veemente reparo à actuação da Câmara Municipal de Santa Cruz neste caso e de chamar a especial atenção de V. Exª para a importância de evitar a repetição de casos análogos ao presente, que espero tenha sido uma mera manifestação pontual do incumprimento das orientações gerais e objectivos específicos do POTRAM.

R-3780/01
Assessor: A. Figueiredo Vasco

Entidade visada: Secretário Regional do Equipamento Social e Transportes
Assunto: Violação do POTRAM – Santa Cruz.

Tendo presente o ofício de V. Exa. e por não se afigurarem quaisquer outras diligências úteis a realizar dei por encerrada a instrução do processo referenciado ao abrigo da 2ª parte da alínea b) do art.º 31º da Lei 9/91 de 9 de Abril – Estatuto do Provedor de Justiça.

Não posso porém concordar com a posição assumida por essa Secretaria Regional na medida em que se alheia da competência que lhe é cometida pelo art.º 46º n.º 1 e 2 do Decreto Legislativo Regional n.º 12/95/M que estabeleceu o POTRAM. Com efeito, não tendo a Câmara Municipal de Santa Cruz observado aquele plano, cumpria ao Governo Regional zelar pelo seu cumprimento sob pena de ser inútil o prescrito naquele artigo e no artigo 44º daquele decreto legislativo. Daí o reparo que expresso na expectativa de que tal situação de futuro não se repita.

R-3789/01
Assessor: A. Figueiredo Vasco

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal do Funchal
Assunto: Obras em prédio - Dever de colaboração com o Provedor de Justiça.

A Provedoria de Justiça, através da sua Extensão na Região Autónoma da Madeira, tem vindo a proceder à instrução de processo aberto neste órgão do Estado com base em queixa aqui apresentada por um cidadão que alega irregularidades várias na realização de obras em prédio sito na Rua ..., no Funchal.

No decurso da instrução deste processo, começou a Extensão da Madeira por solicitar esclarecimentos à Câmara Municipal do Funchal, de acordo com o procedimento habitual que tem por objectivo dar cumprimento ao dever de audição das entidades visadas nas queixas (cfr. artigo 34º do Estatuto do Provedor de Justiça – Lei n.º 9/91, de 9 de Abril) e aprofundar o conhecimento da situação reclamada de modo a que sobre a mesma possa ser tomada posição.

É com profundo desagrado que constato que, não só este procedimento habitual não levou a qualquer aprofundamento do conhecimento da situação objecto de queixa, como a instrução do processo veio a revelar uma lamentável situação de má

administração por parte da Câmara Municipal do Funchal, quer perante os seus munícipes, quer perante o Provedor de Justiça.

Não posso deixar de aqui enunciar, cronologicamente, as diligências efectuadas pela Provedoria de Justiça junto dos serviços que V. Exª dirige e de relembrar as respostas obtidas:

- Em 09.11.2001, foi remetido a V. Exª pelo meu Assessor na Extensão da Madeira ofício, solicitando os esclarecimentos considerados pertinentes após a análise preliminar da queixa;
- Em 10.12.2001, através de ofício, foi efectuada insistência por resposta;
- Em 01.01.2002, através de ofício, foi efectuada nova insistência;
- Em 22.01.2002, através de ofício, nova insistência;
- Em 14.02.2002, através de ofício, nova insistência;
- Em 06.03.2002, através de ofício, nova insistência;
- Em 10.04.2002, através de ofício, nova insistência;
- Em 02.05.2002, através de ofício, nova insistência;
- Em 22.05.2002, através de ofício, nova insistência.

Após um ofício e oito insistências por resposta, é recebida na Extensão da Madeira da Provedoria de Justiça o vosso ofício de 24.05.2002, através do qual é reconhecida a pertinência da queixa: confirma-se que a empresa ..., Lda. não procedeu, oportunamente, às obras de correcção referidas no mandado de notificação emitido pela Divisão Administrativa de Obras Particulares da Câmara Municipal do Funchal em 16.08.2001 e informa-se a Provedoria de Justiça que é *"intenção imediata"* (sublinhado meu) da autarquia *"extrair certidão das peças processuais consideradas essenciais a fim de ser instaurado o competente procedimento criminal"*. Assume-se ainda o compromisso de remeter à Provedoria de Justiça *"o mais oportunamente possível, cópia da denúncia a apresentar ao Ministério Público"*.

Perante esta informação, e querendo este órgão do Estado continuar a acompanhar a evolução do assunto, foi remetido novo pedido de colaboração a V. Exª, em 11.06.2002, através de ofício,

solicitando que informasse se a participação ao Ministério Público já havia sido efectuada. Uma vez mais, a total ausência de resposta leva a que sejam efectuadas as seguintes insistências:

- Em 11.07.2002, por ofício;
- Em 31.07.2002, por ofício;
- Em 11.09.2002, por ofício;
- Em 02.10.2002, por ofício;
- Em 22.10.2002, por ofício;
- Em 11.11.2002, por ofício;
- Em 02.12.2002, por ofício;
- Em 06.01.2003, por ofício;
- Em 27.01.2003, por ofício.

E se o número de insistências necessárias para obter da Câmara Municipal do Funchal uma resposta já é, por si, revelador da pouca disponibilidade para colaborar com este órgão do Estado, o facto de a resposta finalmente obtida (constante do vosso ofício de 22.01.2003) não ser mais do que uma mera repetição do teor do ofício que essa autarquia havia enviado anteriormente à Extensão da Madeira da Provedoria de Justiça em 24.05.2002, deixando sem resposta as questões adicionais entretanto formuladas, não se afigura compreensível nem desculpável.

Perante esta "resposta" que nada permitiu avançar no conhecimento da questão, insistiu o meu Assessor na Madeira, através de ofício de 12.02.2003, por uma informação clara à questão de saber se a participação ao Ministério Público - que se aguardava pelo menos desde Maio de 2002 – já havia sido feita.

Como nos casos anteriores, sucederam-se as insistências por resposta:

- Em 14.03.2003, por ofício;
- Em 10.04.2003, por ofício;
- Em 02.05.2003, por ofício;
- Em 03.06.2003, por ofício;
- Em 06.06.2003, por telefax remetido ao cuidado do Dr. .....

Só em 20.06.2003, através de ofício, a Extensão da Provedoria de Justiça na Madeira teve conhecimento de que a participação ao Ministério Público havia sido feita em Fevereiro do corrente ano.

Não posso, pois, deixar de reafirmar o que acima já ficou dito: a actuação da Câmara Municipal do Funchal neste caso revela uma situação de manifesta má administração, desde logo perante o Provedor de Justiça. Não ignora V. Exª, certamente, o dever de cooperação das entidades públicas para com este órgão do Estado. Tal dever tem expressão constitucional (artigo 23º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa), foi concretizado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril (artigo 29º) e o seu incumprimento é punível, no caso em apreço, nos termos do disposto no artigo 25º da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho (crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos).

A postura assumida pela Câmara Municipal do Funchal perante a Provedoria de Justiça ao longo deste processo - primeiro omitindo respostas sem apresentar qualquer justificação para o facto e depois respondendo de forma manifestamente insuficiente - para além de violadora do citado dever de cooperação, contraria o respeito institucional que sempre vi ser reconhecido a este órgão do Estado pelas entidades visadas nas queixas, independentemente das divergências que possam existir quanto ao enquadramento legal dos assuntos em análise e quanto à forma de melhor os resolver.

Devo acrescentar que o comportamento adoptado pela Câmara Municipal do Funchal ao longo da instrução do presente processo não é, de todo, habitual nas relações deste órgão do Estado com as entidades visadas nas queixas. Dei por isso instruções ao meu Assessor na Região Autónoma da Madeira para que previna a repetição de casos como este, já que os mesmos não ocorrem no Continente nem na Região Autónoma dos Açores, onde as entidades públicas, nomeadamente as câmaras municipais, prestam uma colaboração adequada ao estudo das

questões objecto de queixa, cuja resolução este órgão do Estado deseja ajudar a alcançar.

Permito-me ainda sublinhar que esta situação é especialmente prejudicial para os cidadãos que esperam ver tutelados os seus direitos e se deparam com um comportamento omissivo por parte da entidade pública à qual se dirigem para o efeito. É o caso do reclamante, que vem contactando a Câmara Municipal do Funchal a respeito deste assunto pelo menos desde 2001, sem que tenha ainda recebido uma resposta clara e definitiva quanto às diligências efectuadas e respectivos resultados.

Com efeito, o mandado de notificação para que a ..., Lda. procedesse a obras de rectificação data de 16 de Agosto de 2001 e conferia àquela empresa o prazo de 30 dias para que tais trabalhos se iniciassem e concluíssem, sob pena de *"envio imediato do processo ao Ministério Público por crime de desobediência..."* A empresa foi ainda expressamente advertida, nessa data, de que o teor do referido mandado *"não significa que cumprido este a CMF possa legalizar a referida construção uma vez que a questão das janelas não esgota os problemas que a construção em questão levanta nomeadamente em matéria de capacidade construtiva"*.

O normal e eficaz exercício das competências da Câmara Municipal do Funchal nesta matéria imporia que destas advertências fossem extraídas todas as conclusões: se o mandado data de Agosto de 2001, se estabelece o prazo de 30 dias para seu cumprimento e se este não se verificou, não se afigura razoável que apenas em Fevereiro de 2003 tenha sido concretizada a participação ao Ministério Público.

Por outro lado, tendo a empresa sido expressamente advertida de que o cumprimento do mandado não significava que a CMF pudesse desde logo legalizar a construção, urge apurar o que foi feito entretanto pela autarquia para que a situação fosse regularizada, tanto mais que, como se sabe, o mandado não foi sequer cumprido. E se é certo que o incumprimento do mandado foi finalmente levado ao conhecimento do Ministério Público,

certo é, também, que se mantém em aberto a questão – que nada tem a ver com o eventual crime de desobediência – de saber se a obra é ou não susceptível de legalização, com as consequências daí decorrentes, eventualmente a da própria demolição.

Pelo exposto, solicito a V. Exª que me faça chegar informação detalhada acerca do actual estado da obra reclamada, esclarecendo, desde logo, se a mesma foi recentemente objecto de fiscalização, se continuam por realizar as correcções às janelas elencadas no mandado de 16 de Agosto de 2001 e se foi aprofundado o estudo do problema, também referido nesse mesmo mandado, da capacidade construtiva da parcela. Em suma, importa esclarecer se estamos actualmente perante uma obra legalizada ou susceptível de legalização e quais as diligências em curso para que seja alcançada a resolução célere e definitiva da questão.

Aguardo de V. Exª a resposta fundamentada de que o assunto é merecedor e espero também que seja retomada e reforçada a colaboração entre este órgão do Estado e a Câmara Municipal do Funchal, na certeza de que assim se poderá melhorar o serviço prestado aos cidadãos, objectivo comum a ambas as entidades.

R-849/02
Assessor: A. Figueiredo Vasco

Entidade visada: Secretário Regional do Equipamento Social e Transportes
Assunto: Passeio Marítimo do Jardim do Mar. Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto. Audiência prévia.

Pelo ofício S 312, de 14 de Janeiro, comunicou essa Secretaria Regional à Provedoria de Justiça - Extensão da Região Autónoma da Madeira, que não foi dado cumprimento à Lei n.º

83/95, de 31 de Agosto, pelas razões apresentadas no mesmo ofício.

É entendimento da Provedoria de Justiça que aquela lei deverá ser observada sempre que o custo da obra ultrapasse o montante estabelecido no mesmo diploma, não sendo o seu não cumprimento suprido pela audição das populações para efeitos de avaliação do impacte ambiental.

Com efeito, a audição para efeitos da lei referida tem objectivos distintos dos visados pela audição que tem lugar no âmbito da avaliação do impacte ambiental, devendo ambas ocorrer em momentos distintos. A demonstrá-lo está, desde logo, o facto de a Lei n.º 83/95 prever a audição dos interessados nomeadamente quanto à exacta localização da obra, decisão que se apresenta, por natureza, como questão prévia relativamente à avaliação do impacte ambiental dessa mesma obra.

Os dois procedimentos não são alternativos mas sim cumulativos e daí o presente reparo, na expectativa de que em situações futuras, e antes da adjudicação da obra, a lei citada seja observada.

Para melhor elucidação sobre o acima referido permito-me anexar cópia da Recomendação n.º 6/A/99, na qual, embora reportando-se a obra de diferente natureza da em assunto, são expostas as diferenças entre os dois procedimentos e bem assim a razão de ser de cada um, considerandos que se mantêm actuais não obstante a aprovação do novo regime jurídico da avaliação do impacte ambiental, que em nada veio alterar o que acima se refere – e na Recomendação anexa é amplamente desenvolvido – acerca dos diferentes objectivos e dos diferentes momentos em que devem ter lugar os procedimentos em questão.

Feito o presente reparo, determinei o arquivamento do processo aberto na Provedoria de Justiça acerca do assunto em epígrafe, uma vez que parte das queixas aqui recebidas versava sobre questões que se encontram fora do âmbito de actuação deste órgão do Estado, como sejam a dimensão da obra e questões técnicas relacionadas com o respectivo projecto.

R-309/03
Assessor: A. Figueiredo Vasco

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal do Porto Moniz
Assunto: Recusa de passagem de certidões.

Agradeço a V. Exª a prestação das informações constantes do vosso ofício, que me mereceram a melhor atenção.

Em contacto recente com o reclamante, teve a Provedoria de Justiça conhecimento de que as certidões solicitadas não mais se revelam necessárias, pelo que determinei nesta data o arquivamento do processo, por inutilidade superveniente da respectiva instrução.

Porém, uma vez que a questão genérica do acesso aos documentos em questão já havia sido objecto de estudo, quer por este órgão do Estado, quer por essa autarquia, e uma vez, também, que a importância do assunto transcende este caso concreto, já que seguramente essa câmara voltará, mais cedo ou mais tarde, a confrontar-se com pedidos de teor idêntico ao que esteve na base do presente processo, aproveito para comunicar a V. Exª as conclusões alcançadas pela Provedoria de Justiça e para solicitar que, futuramente, as mesmas não deixem de ser tidas em consideração pelos serviços que dirige.

Em primeiro lugar congratulo-me com o reconhecimento, por esses serviços, de que em casos como o que vimos apreciando o particular não tem de justificar os fins ou o seu interesse neste tipo de requerimento. Devo dizer que não só não desconheço como sou sensível ao argumento da proporcionalidade e à questão prática da exequibilidade de certos actos cuja prática a lei impõe aos organismos públicos, os quais, não raro, se debatem com dificuldades técnicas, financeiras e humanas para dar

cumprimento a tais comandos. Mais do que pugnar por um cumprimento cego e implacável da lei, preocupo-me em contribuir para que o seu cumprimento seja possível de forma a que seja alcançada uma solução justa, ponderada e equilibrada.

Da vossa comunicação resulta claro que a Câmara poderia facultar ao interessado, sem problema de maior, a consulta gratuita, nos serviços camarários, das licenças de utilização de todos os estabelecimentos na Zona Baixa de Porto Moniz, nos termos do artigo 12º, n.º 1, alínea a) da LADA - Lei de Acesso aos Documentos Administrativos.

O que impediu a câmara de responder imediata e afirmativamente ao interessado foram, portanto, as dificuldades práticas de emissão das certidões e por isso se afirma que tal implicaria *"afectar um funcionário camarário durante vários dias à passagem das mesmas"*. Permita-me V. Exª que traga à colação o artigo 14º da LADA que, precisamente, impõe a existência, nomeadamente nas autarquias, de uma entidade responsável pelo cumprimento das disposições da referida lei.

Compreendo que a Câmara de Porto Moniz não possa dispor de um funcionário exclusivamente afecto à passagem de certidões, mas não posso aceitar que tal actividade seja vista como uma excepção ou um extra no conjunto das tarefas afectas aos funcionários dessa autarquia. A disponibilização de documentos, a sua reprodução por fotocópia ou a emissão de certidões são tarefas de que os funcionários (ou um funcionário em concreto) deverão ocupar-se com carácter de regularidade, a par das restantes actividades que compete a essa autarquia desenvolver no exercício das suas atribuições e competências.

Acresce que as despesas com tal actividade deverão ser suportadas pelo requerente das certidões, o que é de todo razoável já que o investimento humano e material que é feito nesta área acaba por ser suportado pelo particular que origina a despesa.

Gostaria ainda de sugerir a V. Exª a leitura de Parecer da Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos (CADA) que aborda um caso semelhante ao presente, em que fora igualmente

invocada pela entidade visada (no caso uma outra Câmara Municipal – a de Lisboa) a falta de legitimidade de uma cidadã para requerer o acesso a determinados documentos, bem como as dificuldades geradas pela deficiente delimitação dos seus pedidos e, ainda, o volume de cópias e certidões requeridas, que dificultaria o cumprimento dos seus pedidos em tempo razoável.

A posição da CADA – constante do seu Parecer n.º 16/2003, de 15.01.2003, Processos n.ºs 1958, 2063 e 2111, de que anexo cópia e que está também disponível no site da Comissão, em *www.cada.pt* – foi *"claramente no sentido do direito de livre acesso da queixosa aos documentos requeridos, sem excluir o seu dever de satisfazer o pagamento exigível..."*.

O sentido da argumentação e do Parecer final daquela Comissão reforçam o meu entendimento inicial, de que as certidões em causa deveriam ter sido facultadas ao interessado, a expensas do próprio, por só assim se dar cumprimento ao direito consagrado no artigo 268º, n.º 2, da Lei Fundamental.

E sendo a própria Constituição e a LADA a delimitar o âmbito do direito de acesso dos cidadãos aos documentos administrativos (cfr. citado artigo 268º, n.º 2, parte final, da Constituição e artigos 5º, 6º e 10º da LADA), dificilmente um pedido que não ultrapassa tais limites poderá ser considerado abusivo ou desproporcional.

Pelo exposto, permito-me sugerir a V. Exª que, futuramente, não deixe de deferir pedidos de teor análogo ao que deu origem ao presente processo, cujo arquivamento, como se disse, determinei nesta data por não subsistir o interesse inicial do reclamante na obtenção das certidões solicitadas.

R- 2573/03
Assessor: A. Figueiredo Vasco

Entidade Visada: Presidente da Câmara Municipal de Santa Cruz

Assunto: Embargo de obra no Sítio do Bom Jesus.

Informo que, tendo constatado que a principal pretensão do reclamante era o levantamento do embargo da obra acima referida e que o mesmo já ocorreu, considero estar ultrapassada a questão que motivou a queixa e a subsequente abertura do processo em referência, pelo que determinei o respectivo arquivamento.

Não posso, porém, deixar de chamar a atenção de V. Exª para a circunstância de os elementos carreados para o processo ora arquivado revelarem algumas contradições entre o que foi sendo afirmado pela Câmara Municipal de Santa Cruz a respeito do embargo, da licença com a qual o mesmo se encontraria em desconformidade e da relação de ambos com os trabalhos de reposição da vereda.

Com efeito, do auto de embargo lavrado a 6 de Janeiro do corrente ano resulta que o mesmo é fundamentado no facto de as obras virem sendo executadas *"em desconformidade com a licença de construção, designadamente por não estar a cumprir o estipulado quanto à reposição da vereda..."*. No mesmo sentido, foi o interessado notificado, por ofício de 15.04.2003, de que *"o embargo à obra só poderá ser levantado após a reposição da vereda no seu estado inicial..."*.

Contrariamente, porém, foi a Extensão da Provedoria de Justiça na Madeira recentemente informada (vosso ofício de 11.11.2003) de que *"a licença concedida ao promotor da obra não foi condicionada à reposição da vereda porquanto o projecto apresentado não previa a execução de quaisquer trabalhos naquela área..."*

Compreenderá V. Exª que não possa deixar de atentar e de valorar negativamente a contradição que ressalta da comparação da afirmação transcrita no parágrafo antecedente com as transcritas no parágrafo imediatamente anterior. E se, como comecei por dizer, o caso em apreço está ultrapassado por força da satisfação da principal pretensão do interessado, seria

conveniente que, de futuro, fosse colocado maior rigor no enquadramento e tratamento de situações como esta, sob pena de serem produzidos actos cuja fundamentação obscura ou contraditória pode inquinar a respectiva validade, com inevitáveis consequências em termos de aumento da litigiosidade e das situações de má administração que em nada facilitam o exercício, por essa autarquia, das funções que lhe estão cometidas.

Certo de que V. Exª não deixará de atentar nesta chamada de atenção, que formulo ao abrigo do artigo 33º do Estatuto do Provedor de Justiça (Lei n.º 9/91, de 9 de Abril), prevaleço-me da ocasião para agradecer a colaboração prestada na instrução do processo ora arquivado e para lhe apresentar os meus melhores cumprimentos.

3.

Pedidos de fiscalização da constitucionalidade

3.1. Pedidos de fiscalização da constitucionalidade e rejeição de queixas sobre inconstitucionalidade

A. Pedidos de fiscalização da constitucionalidade

Meritíssimo Conselheiro Presidente
do Tribunal Constitucional

P-08/95

O Provedor de Justiça, no uso da sua competência prevista no art.º 281º, 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 107.º, n.º 1, al. a), do Regime de Arrendamento Urbano (RAU), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 321-B/90, de 15 de Outubro. Entende o Provedor de Justiça violar essa norma, na parte adiante descrita, o princípio da igualdade, vertido no artigo 13º da Constituição, pelas razões que se passam a expor.

1.º

O art.º 107º do RAU estabelece limitações ao direito de denúncia do contrato de arrendamento, dispondo que este direito não pode ser exercido quando no momento em que deva produzir efeitos ocorra alguma das circunstâncias previstas nas suas alíneas a) e b).

2.º

Assim, na alínea a) estipula-se que, no caso de o arrendatário ter mais de 65 anos de idade ou, independentemente desta idade, caso se encontre na situação de reforma por invalidez absoluta, ou, não beneficiando de pensão de invalidez, sofra de incapacidade total para o trabalho, fica excluído o direito de denúncia do contrato por parte do senhorio.

3.º

A razão de ser desta norma e o seu enquadramento no quadro de valores constitucionalmente recebidos parece evidente, escusando-me a defender aqui o que é óbvio.

4.º

Está, assim, em causa, a necessidade de uma especial protecção à terceira idade (art.º 72.º da Constituição), bem como a salvaguarda das posições jurídicas de quem está em situação especial de desamparo, motivada pela existência de patologia relevante (art.º 71.º da Constituição), tudo no quadro da criação de maior solidez jurídica para uma relação jurídica que consubstancia, em concreto, o direito à habitação (art.º 65.º da Constituição).

5.º

Estabelece o art.º 65, n.º 1 da Constituição que "todos têm direito para si e para a sua família, a uma habitação de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e privacidade familiar."

6.º

Conforme referem J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, na sua *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed., pg. 344, "o direito à habitação consiste no direito a obtê-la, traduzindo-se na exigência das medidas e prestações estaduais adequadas a realizar tal objectivo", concluindo que "neste sentido, o direito à habitação apresenta-se como verdadeiro e próprio «direito social» (...) [e] implica determinadas obrigações positivas do Estado."

7.º

Estas obrigações positivas incluem a possibilidade de, por via legislativa, associar determinados particulares a este desiderato constitucional, pela conformação de um regime jurídico que tutele eficazmente os interesses em presença, também à luz da função social da propriedade privada.

8.º

Daqui resulta a existência de uma série de regras garantísticas da posição do arrendatário para habitação, tal como as que limitam ou impedem a denúncia do contrato de arrendamento habitacional, designadamente na situação prevista na alínea a) do n.º 1 do art.º 107.º do RAU.

9.º

Mas se se compreende esta restrição à possibilidade de denúncia, quando se verifique determinada idade, situação de invalidez absoluta ou de incapacidade total para o trabalho do inquilino, tem identicamente que se tutelar situações homólogas que afectem os senhorios que, pretendendo denunciar o contrato para usarem a coisa como sua própria habitação, preenchendo os requisitos de necessidade em geral exigidos pelo RAU, também sejam maiores de 65 anos, estejam em situação de invalidez absoluta ou sejam totalmente incapazes para o trabalho.

10.º

É que encontrando-se arrendatário e senhorio em situação substantivamente idêntica, face aos parâmetros constitucionais mencionados no n.º 4, isto é no caso de ambos preencherem algum dos requisitos previstos na norma em apreço, não se vislumbra, face ao princípio da igualdade, motivos para privilegiar em termos absolutos, sem mais, a posição do arrendatário face à do senhorio, salvaguardando totalmente o direito à habitação do primeiro e extinguindo de todo a possibilidade de satisfação da mesma posição jurídica fundamental quanto ao segundo.

11.º

Cœteris paribus, a única diferença valorada pela norma legal em apreço é a circunstância de um ser proprietário e o outro não, o que, em si mesmo, não permite considerar como mais capaz economicamente aquele de prover às suas necessidades de subsistência, designadamente em termos de abrigo, do que este.

12.º

Repare-se que não há, na norma em causa, qualquer ponderação da situação económica global de uma e de outra parte,

nem tão pouco se exigindo que a renda da habitação em causa seja suficiente para, a valores de mercado, encontrar local que ofereça comodidades semelhantes ou, sequer, as mínimas para satisfazer as necessidades habitacionais do senhorio.

13.º

Nestas circunstâncias, não está a norma legal em apreço a prosseguir os valores constitucionais acima mencionados, sacrificando o direito à habitação de um idoso face a outro idoso, ou de um portador de deficiência face a outro, com exclusivo fundamento na situação de proprietário de um deles, sem que essa qualidade jurídica tenha, no plano dos factos, tradução prática na efectivação das possibilidades de satisfação daquele direito à habitação.

14.º

Julgo, assim, que se está perante uma violação do princípio da igualdade, vertido no art.º 13º da Constituição, na sua vertente de proibição de discriminação ilegítima.

15.º

A este respeito referem os autores acima mencionados na mesma obra, a respeito das diferenciações legítimas, que "o que se exige é que as medidas de diferenciação sejam materialmente fundadas sob o ponto de vista da segurança jurídica, da proporcionalidade, da justiça e da solidariedade e não se baseiem em qualquer motivo constitucionalmente impróprio", concluindo que assim será "quando: a) se baseiem numa distinção objectiva de situações; b) não se fundamentem em qualquer dos motivos indicados no n.º 2; c) tenham um fim legítimo segundo o ordenamento constitucional positivo; d) se revelem necessárias, adequadas e proporcionadas à satisfação do seu objectivo." (loc. cit., pg. 128).

16.º

Ora, no caso que tenho vindo a expor, de preenchimento idêntico das circunstâncias de facto previstas no art.º 107.º, 1, a), do RAU; por parte do senhorio e do arrendatário, estará quando muito provido o primeiro dos requisitos enunciados no parágrafo

antecedente, sendo certo que a essa distinção objectiva de situações não corresponde, em termos finalísticos, nenhuma base constitucionalmente adequada para a aplicação de solução jurídica que tutele exclusivamente a posição de uma das partes.

17.º

Não se pode sequer alegar com a existência de uma prévia satisfação da posição jurídica de uma das partes.

18.º

O que está em causa é a satisfação prioritária do direito à habitação de quem se encontra em situação de desfavorecimento, não podendo considerar-se como adequada a tal desiderato uma norma que, de modo cego, acolhe apenas as necessidades de uma das partes em determinado contrato, olvidando a verificação de idêntico ou mais grave quadro de condicionalismos na contraparte.

19.º

A protecção do direito à habitação de idoso ou inválido arrendatário, à custa do sacrifício total do mesmo direito de idoso ou inválido senhorio nunca se poderá revelar como uma medida necessária, adequada e proporcionada à satisfação do quadro constitucional enunciado no n.º 3 do presente requerimento, antes impondo cegamente uma desvantagem ilegítima ao senhorio, apenas por o ser.

20.º

Não se verifica, tão pouco, qualquer "obrigação de diferenciação" para se compensar a desigualdade de oportunidades, já que, na hipótese que aqui levanto, encontram-se arrendatário e senhorio em situação semelhante.

21.º

Na verdade, uma solução adequada para a situação que aqui hipotetizo passará, para além da necessária composição judicial de interesses, averiguando da veracidade das causas especiais de carência e da necessidade real do locado, pela consagração de mecanismos que permitam, no limite, repartir o aproveitamento económico do bem entre os dois cidadãos que dele

carecem para satisfação de uma necessidade básica, matéria na qual é imprescindível a intervenção do legislador.

22.º

Este facto em nada tolhe a incompatibilidade da norma legal impugnada, quando aplicada a situações como as que descrevi, com o princípio da igualdade, consagrado no artigo 13º da Constituição.

Termos em que se requer ao Tribunal Constitucional que declare com força obrigatória geral a inconstitucionalidade da norma constante do art.º 107.º, n.º 1, al. a), do Regime do Arrendamento Urbano, aprovado pelo Decreto-Lei n.º. 321-B/90, de 15 de Outubro, quando aplicada à denúncia de contrato de arrendamento por senhorio que careça do local para sua habitação permanente e que preencha também algum dos requisitos enunciados na mesma norma.

Meritíssimo Conselheiro Presidente
do Tribunal Constitucional

R-1283/99

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 no artigo 32.º, n.ºs 1, 2, 3 e 4, da Lei n.º 32-B/2002, de 30 de Dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado para 2003.

Entende o Provedor de Justiça violarem esses dispositivos os preceitos dos artigos 165.º, n.º 1, alínea i), 103.º, n.º 2, e 112.º, n.º 6, da Lei Fundamental, pelas razões adiante aduzidas.

1º

O art.º 73.º, n.º 1, do Código dos Impostos Especiais de Consumo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 566/99, de 22 de Dezembro, dispõe, na redacção que lhe foi conferida pelo art.º 38.º

da Lei n.º 109-B/2001, de 27 de Dezembro (diploma que aprovou o Orçamento do Estado para 2002), que *"os valores das taxas unitárias do imposto sobre os produtos petrolíferos aplicável às gasolinas, aos gasóleos, aos petróleos e aos fuelóleos são fixados, para o continente, tendo em consideração o princípio de liberdade de mercado e as técnicas tributárias próprias, nos termos determinados anualmente pela lei do Orçamento do Estado"*.

2.º

O mencionado dispositivo legal apela, assim, à utilização de técnicas tributárias próprias para o estabelecimento de taxas de imposto entre limites máximos e mínimos fixados anualmente no Orçamento do Estado.

3.º

Esses limites constam actualmente do art.º 32.º, n.ºs 2 e 3, da Lei n.º 32-B/2002, de 30 de Dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado para 2003.

4.º

A mencionada solução – a previsão de limites mínimos e máximos dentro dos quais podem ser fixadas as taxas do imposto sobre os produtos petrolíferos –, visará, segundo o próprio artigo citado, a concretização de uma orientação geral de favorecimento gradual dos produtos menos poluentes, tendo em atenção os diferentes impactes ambientais de cada um deles (cf. art.º 32.º, n.º 1, parte final, da Lei n.º 32-B/2002).

5.º

Como é do conhecimento público, a prossecução de uma política de estabilidade de preços, atenuando ao máximo as variações positivas ou negativas do preço de mercado da matéria-prima, foi também já um objectivo assumido pelos sucessivos Governos na defesa da solução em apreço.

6.º

De qualquer forma, a análise que se fará de seguida exclui decididamente a discussão sobre a legitimidade dos objectivos, mais ou menos explicitados, que estarão na base da insistente manutenção da solução legal em causa.

7.º

Importa pois, antes de mais, referir que se mostrará sempre viável o cumprimento de objectivos de natureza política legitimamente fixados, designadamente os acima referidos, sem que tal implique o desrespeito – como se entende acontecer agora e, de resto, desde que se optou pela solução legal de que nos ocupamos – pelos normativos constitucionais em matéria de fixação de impostos.

8.º

Pense-se, por exemplo, no que toca ao objectivo da estabilidade dos preços, na possibilidade de fazer variar o montante do imposto em termos inversos à evolução dos demais custos que contribuem para o preço dos produtos petrolíferos, assim se alcançando uma hipoteticamente desejável estabilidade de preços ou, no âmbito da concretização de outros eventuais desideratos, como o que aparece consignado no n.º 1 do art.º 32.º da Lei que aprova o Orçamento em vigor, na possibilidade da fixação de limites de variação quantitativamente bem diferenciados, assim se propiciando uma também possível e igualmente hipoteticamente desejável aproximação em cada momento à evolução do custo da matéria-prima nos mercados mundiais.

9.º

Conforme já mencionado, não é por soluções deste tipo que se tem enveredado no passado recente, sendo certo que das mesmas também não há que curar aqui.

10.º

O art.º 32.º, n.º 1, da Lei n.º 32-B/2002, de 30 de Dezembro, que aprova o Orçamento do Estado para o ano 2003, vem definir – à semelhança do que fizeram sucessivamente os Orçamentos anteriores e, já antes, o art.º 1.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 124/94, de 18 de Maio, diploma entretanto revogado pelo art.º 3.º, n.º 1, do Código dos Impostos Especiais de Consumo –, que os valores das taxas unitárias do imposto sobre os produtos petrolíferos

aplicáveis no continente *"são fixados por portaria dos Ministros das Finanças e da Economia"*.

11.º

De igual forma, prevêem os n.ºs 3 e 4 do mesmo art.º 32.º, soluções semelhantes, respectivamente para a Região Autónoma dos Açores e para a Região Autónoma da Madeira, já que o Código dos Impostos Especiais de Consumo estabelece, nos seus art.ºs 75.º e 76.º, mecanismos regionalizados de fixação de taxa de imposto.

12.º

A fixação das taxas aqui em foco, ou a respectiva alteração, é efectuada dentro dos intervalos previstos no n.º 2 do referido art.º 32.º da Lei que aprova o Orçamento do Estado para 2003.

13.º

O mesmo sucede com a fixação ou alteração das taxas unitárias do imposto para as Regiões Autónomas (cf. art.º 32.º, n.º s 3 e 4, da Lei n.º 32-B/2002).

14.º

O imposto sobre os produtos petrolíferos 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, designadamente em termos de taxas mínimas do imposto em causa a aplicar pelos estados membros.

15.º

Se os limites mínimos corresponderão às orientações definidas pela legislação comunitária, os limites máximos são estabelecidos pelo Governo, nos termos acima mencionados.

16.º

Não estando aqui em causa o mérito dos objectivos do legislador, importa nesta sede atender ao enquadramento jurídico que permite ao Estado desenvolvê-los, o que nos remete para o apuramento da conformidade constitucional do mecanismo da fixação da taxa do imposto sobre os produtos petrolíferos, nos moldes em que se encontra previsto na legislação acima

mencionada, isto é, por portaria do Ministro das Finanças e da Economia para o continente, por portaria do membro competente do Governo Regional para a Região Autónoma da Madeira, e por resolução do Conselho do Governo Regional para a Ilha de São Miguel (que serve de base, por sua vez, à fixação das taxas para as restantes ilhas do arquipélago – vd. art.º 75.º, n.ºs 2 e 3, do Código dos Impostos Especiais de Consumo, na versão introduzida pela Lei n.º 3-B/2000, de 04 de Abril), em todos os casos dentro dos intervalos estabelecidos anualmente pela Lei que aprova o Orçamento do Estado, actualmente constantes das normas já acima identificadas.

17.º

Conforme refere José Casalta Nabais, *in* "Estudos sobre a Jurisprudência do Tribunal Constitucional", Editorial Notícias, 1993, pp. 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"*.

18.º

Os princípios da legalidade e da tipicidade em matéria fiscal encontram-se hoje consagrados respectivamente nos art.ºs 165º, n.º 1, alínea i), e 103º, n.º 2, da Constituição, sendo que a penúltima 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).

19.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", explicita o mencionado autor, ob. cit., pp. 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 meu).

20.º

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., p. 273).*

21.º

Com referência à mesma imposição constitucional, adiantam Gomes Canotilho e Vital Moreira (*in* "Constituição da República Portuguesa Anotada", 3ª edição revista e actualizada, 1993, pp. 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 discricionariedade 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" (p. 458 e sublinhado meu).

22.º

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 art.ºs 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"* (p. 2610). De igual forma, o Acórdão do mesmo Tribunal n.º 57/95, (publicado no Diário da República, II Série, de 12 de Abril de 1995) explicita que *"o princípio da legalidade tributária – que assume a natureza de um verdadeiro direito fundamental do cidadão (...) desdobra-se em quatro momentos: todos e quaisquer impostos devem ser criados por lei; para além do sistema de impostos, cada tipo de imposto deve ser definido por lei (...); a lei deve determinar especificamente os elementos fundamentais ou essenciais de cada imposto (incidência, taxa, benefícios fiscais e garantias concedidas aos contribuintes); essa lei deve emanar da Assembleia da República ou do Governo munido de autorização legislativa"* (p. 4056).

23.º

Da análise da orientação doutrinária e jurisprudencial acima exposta resulta que a fixação da taxa do imposto sobre os produtos petrolíferos por portaria do Ministro das Finanças e Economia para o continente e do membro competente do Governo

Regional da Madeira para esta Região Autónoma, ou por resolução do Conselho do Governo Regional dos Açores para este arquipélago, efectuada dentro de um intervalo balizado entre valores mínimos e máximos excessivamente amplo – potenciador, por exemplo, quanto à gasolina sem chumbo e relativamente ao ano de 2003, de uma variação entre 287,00€ e 518,75€/1000 litros, ou seja, de mais de 80% da quantia tributária a pagar (cf. art.º 32.º, n.ºs 2 e 3, da Lei n.º 32-B/2002) – 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 art.ºs 165º, n.º 1, alínea i), e 103º, n.º 2, da Lei Fundamental.

24.º

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* (como acontece no caso dos autos)*, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos"* (sublinhado meu). Em anotação ao referido preceito, referem Gomes Canotilho e Vital Moreira, ob. cit., p. 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"*.

25.º

Não está de todo aqui em causa a bondade dos critérios que o Executivo entende em cada momento como os mais correctos do ponto de vista político e económico para a fixação da taxa do imposto em concreto. A questão reside no facto de esses mesmos critérios não terem tradução legal, não se revelando, ao contrário do que exige a este respeito a Lei Fundamental, perceptíveis para os destinatários do imposto – sendo que as normas constantes dos

art.ºs 73.º, n.º 1, 75.º, n.º 1, e 76.º do Código dos Impostos Especiais de Consumo consagram orientações de tal modo vagas e genéricas que inviabilizam a identificação, por parte dos contribuintes, de critérios objectivos a que a fixação do imposto deva afinal obedecer.

26.º

A verdade é que a legislação aplicável à determinação da taxa do tributo aqui em foco permite que o Governo actue com uma margem de discricionariedade que não é de todo admitida pela Constituição, levando a que o contribuinte não possa prever, com uma segurança razoável, o montante a pagar em cada momento a título de imposto sobre os produtos petrolíferos.

27.º

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, Rei dos Livros, 1999, p. 77).

28.º

A faculdade concedida ao Executivo de fixar ele mesmo, com base num leque alargado de variações possíveis, a taxa em concreto do imposto sobre os produtos petrolíferos, revela-se desta forma não só contrária aos princípios mais elementares da nosso sistema fiscal e constitucional, como manifestamente potenciadora de profunda indefinição, incerteza e insegurança, sublinhando o carácter discricionário da actuação do Governo e preterindo o valor da segurança jurídica e inerente protecção da confiança dos cidadãos, essenciais num verdadeiro Estado de direito.

29.º

Conforme se pode ler no já mencionado Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 57/95, *"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"* (p. 4056).

30.º

Aliás, o referido Acórdão do Tribunal Constitucional fundamenta *a contrario* a tese aqui defendida. De facto, esteve em causa no mesmo a decisão sobre a alegada inconstitucionalidade da fixação da taxa da contribuição autárquica, com paralelismo a este nível com a questão em causa no presente requerimento, tendo esse Tribunal decidido pela sua não inconstitucionalidade, por três ordens de razões que importa aqui analisar. Em primeiro lugar, *"o poder atribuído aos municípios para fixar a taxa da contribuição autárquica diz respeito a um imposto de natureza municipal (...); em segundo lugar, o grau de variação fixado pela lei entre o mínimo e máximo da taxa daquele imposto é relativamente curto (1,1% a 1,3% do valor matricial), pelo que a margem de liberdade das assembleias municipais é bastante estreita; em terceiro lugar, o poder conferido pela lei para modelação da taxa do referido imposto, dentro dos limites rigorosos por ela definidos, tem como destinatários os municípios, ou seja, as autarquias locais mais importantes actualmente existentes, dotadas de personalidade jurídica e de autonomia administrativa e financeira (...).* A conjugação destes factores é considerada por este Tribunal como decisiva para concluir que as normas acima assinaladas não infringem o princípio da legalidade

tributária", pelo que *"o concurso daqueles três elementos legitima um juízo de não inconstitucionalidade das normas"* em apreço (p. 4056 e sublinhado meu).

31.º

Nenhum dos argumentos que na opinião do Tribunal Constitucional ilibaram a inconstitucionalidade (pese embora as diversas declarações de voto constantes do acórdão) suscitada por razões idênticas às que aqui se invocam mas a propósito das normas reguladoras da fixação da taxa da contribuição autárquica, vale para o caso agora em foco, seja pela diversa natureza do imposto sobre os produtos petrolíferos, seja pelo intervalo de variação possível da taxa aplicável a este tributo, excessivamente largo, podendo atingir uma diferença de mais de 80% no caso da gasolina sem chumbo, conforme já referido.

32.º

Entende-se, assim, pela conjugação das razões que ficam expostas, que a fixação da taxa do imposto sobre os produtos petrolíferos, tal como definida pela legislação aplicável, se revela contrária aos princípios da legalidade e tipicidade fiscais, que integram afinal a base de apoio do nosso quadro tributário-constitucional.

33.º

Recordo Vossas Excelências que requerimento idêntico a este, visando normas substantivamente idênticas do Orçamento do Estado para 2000, foi já apresentado por este Órgão do Estado ao Tribunal Constitucional, tendo dado origem ao Acórdão n.º 142/2002, de 09 de Abril, que não conheceu do pedido, na medida em que as referidas normas se encontravam, à data da decisão em causa, já feridas de caducidade.

34.º

O pedido ora apresentado, com base em idêntico suporte argumentativo, tem como objecto normas recentemente publicadas – as constantes dos n.ºs 1, 2, 3 e 4 do art.º 32.º da Lei n.º 32-B/2002, de 30 de Dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado para 2003 –, e pretende ser um contributo, no quadro dos

poderes de iniciativa que detenho, para que o Tribunal Constitucional possa efectivamente apreciar e decidir sobre a questão de fundo exposta.

Nestes termos, requer-se ao Tribunal Constitucional que declare com força obrigatória geral a inconstitucionalidade das normas contidas no artigo 32.º, n.ºs 1, 2, 3 e 4, da Lei n.º 32-B/2002, de 30 de Dezembro, que aprova o Orçamento do Estado para 2003, por violação dos dispositivos constantes dos artigos 165.º, n.º 1, alínea i), 103.º, n.º 2, e 112.º, n.º 6, da Constituição da República Portuguesa.

B. Rejeição de queixas sobre inconstitucionalidade

R-1267/94

Assunto: Decreto-Lei n.º 57/90, de 14 de Fevereiro – Novo Sistema Retributivo das Forças Armadas.

Afirma V.ª Ex.ª que, em virtude da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 57/90, de 14 de Fevereiro, a sua integração na nova estrutura remuneratória não teve em conta os anos de serviço prestado, nem o tempo de permanência em postos anteriores, originando assim uma situação de injustiça e de tratamento discriminatório, designadamente em relação a militares do mesmo ramo e militares e agentes das forças de segurança, violando os princípios da equidade interna e externa vertidos no artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, assim como o princípio da igualdade consagrado no artigo 13.º da Constituição Portuguesa.

Ora, decorre do disposto no artigo 20, n.º 1, alíneas a) e b) do Decreto-Lei n.º 57/90, em sede de regime transitório, que a integração na nova estrutura retributiva resulta da indexação a um escalão que, na nova estrutura salarial, corresponda a remuneração igual ao somatório das remunerações base, acessórias e diuturnidades até então recebidas ou, caso tal não seja possível, à remuneração imediatamente superior.

Resulta desta forma do princípio consagrado naquele diploma, assim como no Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, que da transição para o novo sistema retributivo não poderia resultar diminuição das remunerações anteriormente auferidas por nenhum dos seus destinatários.

Por esta razão, casos houve em que alguns militares transitaram para escalões superiores dentro do seu posto,

ultrapassando colegas que, estando nessa situação há mais anos, estavam ao serviço das Forças Armadas há menos tempo, tendo por isso direito a menor número de diuturnidades, inclusivamente para efeitos de reposicionamento, nos termos que antecedem.

Por sua vez, outros casos terá havido em que foi factor determinante do posicionamento na nova escala indiciária, não o tempo de serviço prestado, mas sim a própria natureza das remunerações acessórias já pagas ao abrigo do anterior sistema retributivo.

Até este ponto, nenhuma crítica parece possível assacar às novas regras, traduzindo estas, fielmente, a situação existente antes da entrada em vigor das mesmas.

De diversa natureza é a questão, que afecta directamente V.ª Ex.ª, sobre a ultrapassagem da sua situação remuneratória por parte de antigos colegas de posto que, ao contrário de V.ª Ex.ª, persistiram na classe de sargentos.

Como já tem sido esclarecido a V.ª Ex.ª, tal situação resulta da sobreposição de índices remuneratórios entre os últimos escalões do posto mais alto da classe de sargentos e os primeiros escalões dos postos mais baixos da classe de oficiais, nomeadamente de 1.º e 2.º Tenente, bem como o facto de a lei ser omissa no tocante à idade máxima admitida para a transição entre estas duas classes.

Na verdade, tendo V.ª Ex.ª optado por ingressar no curso de formação de oficiais, decorre inevitavelmente da escolha feita que, considerada a idade com que acedeu àquela classe, não lhe foi possível progredir o suficiente para, designadamente, poder ultrapassar, em termos remuneratórios, os seus colegas que, tendo permanecido na classe de sargentos, nesta conseguiram atingir o último escalão do posto mais elevado.

Assim, a lei consagra a possibilidade de os militares optarem entre a progressão na classe de sargentos e o ingresso na classe de oficiais, sendo da inteira responsabilidade dos mesmos a assunção das vantagens e eventuais desvantagens associadas à

escolha entre duas carreiras distintas, com perspectivas de evolução diferentes.

Escolha esta que, não obstante revestir-se inevitavelmente de considerações de ordem material, relacionadas com a perspectiva de percepção de vencimentos que à partida se antevêem superiores, obedece também à ponderação de um conjunto de factores, nos quais se incluem aspectos da realização pessoal e profissional de cada militar.

Como V.ª Ex.ª afirmava na sua reclamação inicial, a passagem a oficial foi também motivada pelas escassas possibilidades de promoção que antevia para os postos mais altos da classe de sargentos.

O actual sistema retributivo compreende, de facto, como anteriormente se disse, situações de sobreposição de índices entre os últimos escalões do posto mais elevado da classe de sargentos e os primeiros escalões dos postos mais baixos da classe de oficiais, nomeadamente de 1.º e 2.º Tenente, sendo certo que, de uma forma geral, as sobreposições de índices dentro de cada classe foram sendo progressivamente abolidas.

Todavia, tal situação não se afigura censurável, na medida em que a construção de semelhante sistema obedeceu a uma opção legislativa no sentido de valorização da carreira dos militares que permanecem como sargentos, dado que aqueles que optam pela carreira de oficiais, embora nos primeiros anos sejam abonados por índices inferiores, têm, em abstracto, uma maior expectativa de progressão. Certo é que essa expectativa resulta razoavelmente gorada pela existência de limites máximos para a permanência no serviço activo e possibilidade de progressão.

Por outro lado, não faria sentido estabelecer-se um patamar de entrada na classe de oficiais superior ao último escalão do posto mais elevado da classe de sargentos, sob pena de, repercutindo-se essa diferenciação na situação dos diversos postos, tal redundar numa excessiva remuneração para os jovens oficiais, recém-ingressados nos quadros das Forças Armadas, ou uma

comparativamente reduzida retribuição dos titulares de postos mais altos.

De facto, não se encontra legalmente consagrada qualquer garantia de um militar, enquanto oficial, ganhar sempre mais do que um sargento, assim como inexiste qualquer norma que assegure que um militar que tenha optado por ingressar na classe de oficiais receba sempre mais do que ficando na classe de sargentos.

Se, como V.ª Ex.ª afirma, a situação anterior a 1990 apontava para uma remuneração do posto de 1.º tenente superior à de sargento-mor, a natureza estatutária do regime em causa impede que se possa considerar como imutável tal estado de coisas, ou sequer que essa modificação, nos termos hoje existentes, se possa considerar como vulnerando expectativas tuteladas pela confiança legítima. Na verdade, é no próprio desenvolvimento da carreira de V.ª Ex.ª, enquanto oficial, que essas expectativas têm que ser aferidas, sendo certo que circunstancialismos decorrentes do caso concreto, como a questão decorrente do limite de idade, não podem ser trazidas à colação em sede de apreciação abstracta da solução normativa em causa.

Atenta a argumentação aduzida e relativamente à observância do princípio da equidade interna, não se entende por isso haver razões para afirmar que o artigo 14.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, tenha sido violado, na medida em que a questão aí considerada põe-se, essencialmente, ao nível de uma mesma categoria ou posto, o que manifestamente não é o caso em apreciação, visto que, como se disse anteriormente, estarmos perante, mais do que postos distintos, situações respeitantes a duas classes e carreiras separadas.

Por outro lado, mesmo que se entenda estar em causa a existência de distorções dentro da classe de oficiais, é indiscutível que a transição operada salvaguardou, de forma uniforme, o tempo de serviço prestado às Forças Armadas e o tempo de serviço prestado no posto, mantendo por isso a solução encontrada a

harmonia, dentro da mesma categoria, existente à luz do anterior regime retributivo.

No tocante à violação do princípio da igualdade constitucionalmente consagrado, cumpre desde já referir que, relativamente aos militares e agentes das forças de segurança não existe qualquer razão para que se ponha em causa a conformidade à Constituição da solução normativa alcançada relativamente aos mesmos.

Na verdade, o artigo 13.º, n.º 1 da Lei Fundamental prevê positivamente um tratamento igual de situações de facto iguais e, um tratamento diverso de situações de facto diversas.

Exige-se por isso que, à luz do mesmo, seja dado um tratamento igual a situações substancial e objectivamente iguais e um tratamento distinto a situações materialmente desiguais.

Ora, concordará V.ª Ex.ª que a carreira dos militares e dos agentes das forças de segurança é substancial e objectivamente diferente da dos militares das forças armadas e, de entre estes, dos militares pertencentes à Armada.

Por esta razão estar-se-ia a violar o princípio da igualdade deste modo traçado se se pretendesse tratar de forma igual o que é, de facto, desigual, equiparando-se regimes retributivos aplicados a realidades distintas.

Por maioria de razão, no tocante aos militares das forças armadas, devo desde já esclarecer que estar-se-á essencialmente a comparar duas classes distintas, com lógicas de responsabilidade e expectativas de progressão próprias, que só por si determinam a aplicação do princípio da igualdade na vertente em que o mesmo postula o tratamento distinto de situações material e objectivamente diversas, como acontece nomeadamente com os Decretos-Leis n.º 80/95, de 22 de Abril, e 299/97, de 31 de Outubro.

Na verdade, não abonam a favor da tese defendida por V.ª Ex.ª os diplomas que solucionaram distorções existentes dentro da mesma classe, como as soluções decorrentes dos diplomas citados, quanto à classe de sargentos, ou as que puseram cobro às distorções que existiam dentro do posto de capitães-te-

nentes/majores ou nos postos de 2.º tenente/tenente e subtenente/alferes. Em todos estes casos estava em causa uma distorção do posicionamento relativo remuneratório dentro da mesma classe e, por vezes, posto.

Lembro a este respeito que a problemática em apreço em anteriores tomadas de posição deste Órgão de Estado junto do Tribunal Constitucional, nomeadamente através do pedido de declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, objecto de apreciação no Acórdão n.º 254/2000, de 26 de Abril, relacionava-se com a existência de uma inversão arbitrária das posições relativas detidas pelos vários funcionários dentro de uma mesma carreira, o que manifestamente não acontece na situação que afecta V.ª Ex.ª, conforme já se aduziu.

Além disso, ainda que subsistissem dúvidas sobre a constitucionalidade das soluções normativas impugnadas por V.ª Ex.ª, considerando o facto de a maior parte das mesmas se encontrar já revogada, cumpre referir que dificilmente o Tribunal Constitucional viria a conhecer do fundo da questão, não só pelo facto de se tratar, por vezes, de legislação revogada mas porque, atento o elenco de questões nesta reguladas, haveria sempre lugar à salvaguarda dos efeitos entretanto já produzidos, tornando-se por isso irrelevante o próprio juízo a proferir por aquele mesmo Tribunal, na medida em que as situações criadas ao abrigo da mesma manter-se-iam inalteradas (cfr., por todos, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 168/88).

A esta situação acrescerá o facto de V.ª Ex.ª se encontrar em situação de reserva, fora da efectividade de serviço, estando assim afastada a possibilidade de progressão horizontal na escala indiciária em vigor.

Nestes termos, atendendo ao exposto, entendo não caber ao Provedor de Justiça a adopção de qualquer outro tipo de intervenção.

R-4220/00

Assunto: Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho – Decreto Legislativo Regional n.º 27/99/A, de 31 de Julho - Jornais Oficiais das Regiões Autónomas.

Solicitou V.ª Ex.ª a intervenção do Provedor de Justiça, através de exposição apresentada junto deste Órgão de Estado, alegando a inconstitucionalidade do artigo 6.º do Decreto Legislativo Regional n.º 27/99/A, de 31 de Julho, por violação, ao que se presume, do artigo 47.º, n.º 2 da Constituição Portuguesa, atento o facto de os concursos de acesso à Administração Pública Regional dos Açores serem publicitados, única e exclusivamente, no respectivo Jornal Oficial.

Entende V.ª Ex.ª que, tendo aquela publicação oficial um âmbito marcadamente regional, contrastante com a dimensão nacional do Diário da República, dever ser também neste último que os anúncios de abertura dos concursos de pessoal em causa deveriam ser publicitados, para conhecimento de todos os cidadãos nacionais que, não residindo em qualquer uma das Regiões Autónomas, quisessem apresentar a sua candidatura aos lugares disponíveis, aí existentes.

No tocante a esta matéria, determina o preceito constitucional acima citado que "todos os cidadãos têm o direito de acesso à Função Pública, em condições de igualdade e liberdade, em regra por via de concurso".

Efectivando-se semelhante direito com o recurso à chamada regra constitucional do concurso que, à partida, assegurará a observância de um processo de recrutamento justo, assente na igualdade de condições e oportunidades para todos os candidatos, na liberdade das candidaturas, na divulgação atempada dos métodos e provas de selecção, entre outros

considerandos, importa aferir se, de facto, os mesmos são adequadamente publicitados.

Trata-se assim de apurar se, à luz dos procedimentos em uso na divulgação das publicações oficiais citadas por V.ª Ex.ª, um cidadão nacional residente no território continental pode vir actualmente a apresentar a sua candidatura, em condições de igualdade com os cidadãos residentes nas Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira.

Consultada a Presidência do Governo Regional dos Açores, sobre a problemática em apreço, foi este Órgão de Estado informado que a divulgação do Jornal Oficial daquela Região Autónoma é feita através de assinatura (actualmente realizada pela Biblioteca Nacional e algumas outras entidades localizadas no território continental), bem como através do recurso à internet, através de uma via de acesso para tal existente na página oficial daquele órgão regional.

Por outro lado, a Imprensa Nacional - Casa da Moeda, S. A., disponibiliza, no portal do Diário da República Electrónico, uma hiperligação para os Jornais Oficiais das Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira, no quadro da divulgação dos jornais oficiais de língua oficial portuguesa.

Resulta assim da análise dos canais de distribuição existentes a propósito de qualquer uma das publicações oficiais em causa, não haver diferenças significativas entre a divulgação de que são alvo os Jornais Oficiais das Regiões Autónomas e o Diário da República, uniformidade esta de resto potenciada pela divulgação electrónica de que os mesmos são objecto, numa clara superação dos condicionalismos de natureza geográfica, associados ao carácter descontínuo do território nacional.

De facto, qualquer uma destas publicações é neste momento divulgada mediante a sua assinatura, solicitada pelos interessados ou através da sua circulação – livre e gratuita - na internet, no caso dos Jornais Oficiais das Regiões Autónomas, com vantagem acrescida sobre o Diário da República disponível, no que toca à II série, apenas a título oneroso, mediante assinatura.

Por sua vez, reconhecerá V.ª Ex.ª que em matéria de recrutamento e selecção de pessoal para a Função Pública, o conhecimento dos concursos abertos para o efeito depende, em grande parte, do interesse activo manifestado pelos interessados nos mesmos, sendo de supor que havendo, em abstracto, interesse em concorrer, aqueles diligenciem no sentido de se manterem informados quanto aos meios de publicidade existentes.

Reconhecendo-se que os meios de publicitação dos concursos de âmbito regional, actualmente ao dispor de todos os cidadãos nacionais, independentemente do local de residência, permitem que os mesmos a este acedam em igualdade de condições e de oportunidades, conclui-se que não há nos procedimentos actualmente em uso nesta matéria, qualquer violação do comando constitucional invocado.

Considerando-se, no entanto, o manifesto interesse público presente na maior divulgação dos actos em apreço e numa lógica de optimização dos recursos actualmente disponibilizados pela Imprensa Nacional - Casa da Moeda, S. A., entendi como adequado sugerir a esta entidade que seja equacionada a possibilidade de melhoramento do acesso, já existente, aos Jornais Oficiais das Regiões Autónomas da Madeira e dos Açores, através do Diário da República Electrónico, conforme cópia que junto.

R-1891/01

Assunto: Decreto Regulamentar n.º 5/2000, de 27 de Março.

1. Reporto-me à queixa oportunamente apresentada por V.ª Ex.ª a este Órgão do Estado, que tem como objecto a aplicação concreta à situação de V.ª Ex.ª das normas que tornaram extensivo à carreira técnica superior de inspecção da Inspecção-Geral da Administração do Território (IGAT) o regime geral de estruturação de carreiras da Administração Pública, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18 de Dezembro, com as

modificações subsequentes, designadamente as que lhe foram introduzidas pela Lei n.º 44/99, de 11 de Junho.

Através do referido Decreto-Lei n.º 404-A/98 alterou o Governo as regras sobre o ingresso, o acesso e a progressão nas carreiras e categorias do regime geral, introduzindo novas escalas salariais e procedendo ao respectivo reenquadramento indiciário.

A adaptação da legislação em causa à carreira de técnico superior de inspecção da IGAT foi feita através do Decreto Regulamentar n.º 5/2000, de 27 de Março.

Entretanto, a matéria aqui em discussão conheceu novo enquadramento legal, com a aprovação do recente Decreto Regulamentar n.º 5/2003, de 14 de Março, que veio revogar o acima mencionado Decreto Regulamentar n.º 5/2000 (cf. art.º 7.º daquele diploma).

De qualquer forma, os efeitos da generalidade das disposições do diploma de 2000 estão reportadas ao período compreendido entre 01 de Janeiro de 1998 (cf. art.º 5.º, n.º 1, do Decreto Regulamentar n.º 5/2000) e 01 de Julho de 2000 (cf. art.º 8.º, n.º 1, do Decreto Regulamentar n.º 5/2003).

2. Permita-me, assim, esclarecer V.ª Ex.ª, no âmbito da matéria colocada na queixa que me foi dirigida, que o funcionário terá efectivamente direito a ver salvaguardada a sua posição remuneratória, o que de todo não significa e não pode equivaler a que se considere existir um "direito" à manutenção do mesmo ordinal de escalão que, por si só, apenas representa uma das formas possíveis de identificação dos diversos níveis de uma escala salarial.

Por outras palavras, o que importa salvaguardar é a remuneração, em valor absoluto, correspondente ao índice anteriormente atribuído a um certo escalão em que se reparte a escala salarial de origem, e não o ordinal - ou outra forma de ordenação, pensando, por exemplo, no anterior sistema das letras – através dos quais esse escalão é, por simplicidade, identificado no âmbito da escala salarial em que está inserido.

V.ª Ex.ª convirá que é irrelevante que o legislador tenha atribuído, ao escalão ao qual é feita corresponder a remuneração a que V.ª Ex.ª tem direito, o n.º 2 ou o n.º 3, a letra B ou a letra C. O que importa é que, na transição, a situação remuneratória adquirida seja respeitada e essa é-o se o valor a que corresponder determinado índice na escala de origem for igual ou inferior ao valor que resulta da aplicação do índice do escalão em que o funcionário é posicionado na nova escala.

Estando na disponibilidade do legislador proceder, aliás como o fez neste caso, a uma reformulação das escalas indiciárias – no sentido de que pode diminuir ou aumentar o número de escalões de uma determinada escala indiciária, naturalmente que renumerando, – já não poderá o legislador retirar aos funcionários a respectiva posição remuneratória, diminuindo-a, no âmbito da carreira em que estão inseridos.

Ora tal facto não aconteceu no caso vertente. De facto, apesar de V.ª Ex.ª ter sido colocado no escalão 2 da nova escala salarial, que corresponderia ao escalão 3 da anterior escala, não foi V.ª Ex.ª prejudicado na sua posição remuneratória, antes beneficiado, já que ao escalão 2 da nova escala salarial passou a corresponder *um índice remuneratório superior ao índice remuneratório do escalão 3 da antiga escala salarial*.

3. Outra questão que poderá ser analisada, no âmbito da vigência do Decreto Regulamentar n.º 5/2000, é a que envolve a possibilidade de funcionários com menor antiguidade na categoria poderem vir a deter, em determinado momento, a mesma remuneração que outros funcionários com maior antiguidade na mesma categoria, e isto em virtude de o art.º 2.º do diploma prever, no seu n.º 2, e após o estabelecimento, no n.º 1, de uma regra geral de transição para as novas escalas salariais – a transição faz-se na mesma carreira e categoria para escalão a que corresponda na estrutura da categoria índice remuneratório igual ou, se não houver coincidência, índice superior mais aproximado – , a orientação de que nos casos em que da aplicação desta regra resultar um impulso salarial superior a 10 pontos, não releva,

para efeitos de progressão, o tempo de permanência no índice de origem (interpretação *a contrario* do preceito contido no art.º 2.º, n.º 2, do Decreto Regulamentar n.º 5/2000).

De facto, da aplicação de tal regra – aliás decalcada do regime geral previsto no Decreto-Lei n.º 404-A/98 (cf. art.ºs 23.º, n.º 3, e 20.º, n.º 6, deste diploma) – poderá resultar eventualmente uma paridade de remunerações de funcionários com diferente antiguidade na categoria. No caso concreto de V.ª Ex.ª, tendo beneficiado, com a aprovação do Decreto Regulamentar n.º 5/2000, de um impulso salarial de apenas 10 pontos, nunca seria, nesta perspectiva, colocado na situação de se confrontar, na mesma categoria, com funcionários que, com menor antiguidade na mesma, recebessem um vencimento igual ao de V.ª Ex.ª.

De qualquer forma, como será provavelmente do conhecimento de V.ª Ex.ª, o Tribunal Constitucional tem o entendimento de que há tratamento arbitrário quando os funcionários com maior antiguidade na categoria auferem um vencimento inferior ao de funcionários com menor antiguidade, mas já não considera verificar-se essa arbitrariedade quando inexiste diferença de vencimentos nas situações apontadas, mas antes paridade de remunerações, *"como resultado da necessidade de evitar maiores injustiças relativas decorrentes da transição para a nova escala salarial"* – vd., a este propósito, a argumentação do Tribunal Constitucional no seu Acórdão n.º 455/2002, publicado no Diário da República, II Série, de 03 de Janeiro de 2003, a que se refere a citação acima feita.

4. Finalmente, possibilita a lei (cf. art.º 4.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 404-A/98, na redacção dada pelo art.º 2.º da Lei n.º 44/99) que os titulares de mestrado ou doutoramento, em determinadas circunstâncias, beneficiem de uma redução do tempo legalmente exigido para a promoção na carreira – a Administração faz uma interpretação correctiva da letra da lei, existindo nesta uma alusão errada a progressão, pretendendo referir-se a promoção, operação que é amplamente justificada pelo próprio preceito ao reportar-se aos números precedentes do

mesmo artigo, onde a realidade jurídica subjacente é a da promoção e não a da progressão.

Pretendendo V.ª Ex.ª que tal benefício seja estendido à progressão nos escalões de uma determinada categoria, e questionado o Governo a este respeito, foi-me respondido oportunamente, em suporte da intenção de não se alterar a legislação em causa, que *"faz sentido que a lei tenha vindo atribuir relevância, em determinados termos, aos funcionários integrados na carreira técnica superior, titulares de mestrado e doutoramento, apenas para efeitos de promoção. (...) Nos termos da legislação reguladora das carreiras da Função Pública, designadamente, das verticais, as carreiras encontram-se hierarquizadas em categorias, correspondendo o acesso (promoção na carreira) a um maior grau de exigência, complexidade e de responsabilidade (...). A progressão, por sua vez, depende, apenas, da permanência no escalão imediatamente anterior de certos módulos de tempo de serviço, de determinada classificação de serviço, sendo automática e oficiosa (...). Assim, estando o acesso (promoção) na carreira ligado a uma maior qualificação profissional, justifica-se que a lei tenha vindo a considerar como uma "mais-valia", para o desempenho, a posse dos referidos graus"*.

A posição do Governo, acima expressa, não me parece censurável, revelando-se atendíveis as razões na mesma aduzidas como fundamentação para a não alteração da solução legal em apreço, no sentido pretendido por V.ª Ex.ª.

5. Face ao que fica acima exposto, não me parece viável a adopção, pelo Provedor de Justiça, de qualquer medida no âmbito das questões objecto da queixa de V.ª Ex.ª.

R-6040/01

Assunto: Decreto Legislativo Regional n.º 22/2001/A, de 13 de Novembro.

Solicitou o sindicato ... a intervenção do Provedor de Justiça, a respeito da conformidade das normas do diploma citado com a Constituição e com a Lei Geral da República que visa regulamentar.

Afirmou-se ter o Decreto Legislativo Regional n.º 22/2001/A, de 13 de Novembro, que procedeu à adaptação à Região Autónoma dos Açores do Decreto-Lei n.º 112/2001, de 6 de Abril, posto em causa os direitos adquiridos dos trabalhadores das inspecções regionais *"em matéria dos valores percentuais dos seus suplementos de função (25% e 30%)"*, alegadamente acolhendo o diploma regional uma *"solução contrária aos objectivos preambulares"* do diploma da República.

Mais se refere não ter feito a Assembleia Legislativa Regional "qualquer adaptação do Decreto-Lei n.º 112/2001, de 6 de Abril, tal como se consigna no seu artigo 2.º, n.º 3, remetendo a sua adaptação para Decreto Regulamentar Regional", tendo inclusivamente o Decreto Legislativo Regional n.º 22/2001/A, através do seu artigo 1.º consagrado que "o regime criado pelo Decreto-Lei n.º 112/2001 se aplica na Administração Pública Regional dos Açores às inspecções constituídas em corpo especial", contrariando a norma constante do artigo 2.º, n.º 2, do diploma adaptado.

Na verdade, veio o Decreto Legislativo Regional n.º 22/2001/A, de 13 de Novembro, dar cumprimento ao disposto no artigo 2.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 112/2001, de 6 de Abril, adaptando à Região Autónoma dos Açores o enquadramento e definição da estrutura das carreiras de inspecção da Administração Pública, estabelecendo o seu artigo 2.º que, *"para efeitos do disposto no artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 112/2001, de 6 de Abril, a aplicação à Região do regime estabelecido naquele diploma faz-se, em cada caso, mediante decreto regulamentar regional"*.

No que respeita à afirmação segundo a qual o diploma regional em apreço poria em causa os direitos adquiridos dos inspectores regionais em matéria de suplementos de função,

cumpre referir que, na tentativa de salvaguardar os legítimos interesses dos destinatários das normas em vigor, dispôs o próprio Decreto-Lei n.º 112/2001, no seu artigo 18.º, n.º 1, que "*a aplicação do presente diploma não prejudica regimes especiais mais favoráveis já previstos em legislação específica, não podendo igualmente dela resultar a atribuição de remunerações totais inferiores às já praticadas*", referindo-se por sua vez no n.º 3 daquele preceito que os suplementos abonados à data da entrada em vigor do diploma em causa se mantêm "*nos actuais montantes*".

Na medida em que nenhuma alteração foi introduzida a este respeito pelo diploma regional, é esta a solução legal que tem que se aplicar também à administração regional.

Não há assim óbice ao regime traçado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 22/2001/A, já que, ao alegadamente não adaptar o regime em análise às especificidades orgânico-administrativas dos serviços e organismos da Administração Regional Autónoma, não necessita de o fazer na medida em que as mesmas já se encontram, neste ponto e em concreto, devidamente acauteladas, pelo teor, mantido incólume, da Lei Geral da República.

No que concerne à alegada não adaptação do Decreto-Lei n.º 112/2001 por via do Decreto Legislativo Regional contestado, mas sim através de Decreto Regulamentar Regional, tendo presente a argumentação atrás aduzida a respeito da eficácia territorial das leis gerais da República, não se deixa de reconhecer a pertinência das observações postas à consideração deste Órgão de Estado, sob a perspectiva do exercício dos poderes regulamentares das regiões autónomas.

Sobre a mesma questão de Direito resolveu já o Tribunal Constitucional no sentido da inconstitucionalidade, conforme resulta do acórdão 81/2003, consultável em *http://www.tribunalconstitucional*. pt/acordaos 03/1-100/8103.htm.

Nos termos desde logo estabelecidos no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 112/2001, de 6 de Abril, e, para os efeitos do artigo

112.º, n.º 5 da Constituição Portuguesa, aquele diploma vale como Lei Geral da República.

Sobre esta matéria e, de acordo com o previsto no artigo 227.º, n.º 1, alínea d), 2.ª parte e no artigo 232.º, n.º 1 da Constituição, compete exclusivamente à Assembleia Legislativa Regional regulamentar as leis gerais emanadas dos órgãos de soberania que não reservem para si o respectivo poder regulamentar, razão pela qual, ao remeter a regulamentação da lei geral da República para acto do Governo Regional, está aquele órgão legislativo, em abstracto, a delegar a sua competência regulamentar (e não legislativa), abstendo-se de exercer os poderes que lhe são reconhecidos, no quadro orgânico-funcional actualmente existente. Delegação de competências esta que, se nos termos expostos é susceptível de crítica, continua, só por si, a não pôr em causa os direitos e legítimos interesses dos trabalhadores visados pelo regime contestado.

Por fim, é entendimento desse sindicato que o artigo 1.º do Decreto Legislativo Regional n.º 22/2001/A ao incluir no seu âmbito as carreiras inspectivas constituídas em corpo especial violaria o âmbito do Decreto-Lei 112/2001 de 6 de Abril, designadamente por contradizer o seu art.º 2.º, n.º 2.

Contudo, também no que respeita à interpretação a fazer do disposto nos termos que antecedem, permito-me precisar que, sendo certo que o artigo 2.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 112/2001 determina a não aplicação do regime traçado aos serviços e organismos que actualmente disponham de carreiras constituídas como corpo especial, não menos certo será afirmar que o artigo 1.º do Decreto Legislativo Regional n.º 22/2001/A também não postula a aplicação do Decreto-Lei em referência aos serviços e organismos da Administração Pública Regional Autónoma.

De facto, quando aquele diploma regional se refere às carreiras inspectivas constituídas como corpo especial fá-lo na exacta medida em que o artigo 2.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 112/2001 o faz, na medida em que, tendo este diploma feito referência expressa à não aplicação do presente regime àquelas

carreiras, havendo necessidade de o mesmo ser adaptado às especificidades regionais, procedeu o diploma regional à menção expressa da situação em que as mesmas se encontram no sentido de afastar, no estrito quadro traçado pelo Decreto-Lei n.º 112/2001, a aplicação do mesmo a estas carreiras ao nível regional.

Na verdade, se com o Decreto Legislativo Regional se pretendesse afastar a norma constante do artigo 2.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 112/2001, uma vez que o artigo 1.º do Decreto Legislativo Regional determina que a aplicação deste último diploma a nível regional se fará de acordo com as adaptações a estabelecer no âmbito dos seus preceitos, decorreria necessariamente das suas disposições a expressa previsão nesse sentido, o que não veio acontecer na questão em apreço.

Resulta assim da argumentação aduzida, não se provar ter havido qualquer prejuízo nos direitos dos trabalhadores das carreiras de inspecção da Administração Pública Regional Autónoma.

Prejuízo este que a ocorrer poderá, de resto, caso V.ªs Ex.ªs assim o entendam, vir em última instância a ser apreciado pelo Tribunal Constitucional, em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade das disposições legais consideradas atentatórias dos legítimos direitos e interesses desses mesmos trabalhadores.

Nestes termos, atendendo ao exposto, entendo não caber ao Provedor de Justiça a adopção de qualquer outro tipo de procedimento.

R-6138/01

Assunto: Portaria n.º 249/2001, de 22 de Março.

1. Reporto-me à queixa apresentada por essa empresa a propósito do assunto em referência, para informar V.ªs Ex.ªs do seguinte.

A Portaria n.º 249/2001, de 22 de Março, é clara na estipulação que faz num único parágrafo: *"O nome "Farmácia", simples ou composto* – inclui-se, aqui, naturalmente, a expressão "parafarmácia", à qual, aliás, o próprio preâmbulo do diploma faz referência –, *só pode ser utilizado para denominar estabelecimentos cuja instalação e funcionamento se encontrem autorizados pelo INFARMED, nos termos previstos na Lei n.º 2125, de 20 de Março de 1965, sendo a designação e o exercício dessa actividade efectuados ao abrigo do disposto no Decreto-Lei n.º 48 547, de 27 de Agosto de 1986 (...)"*.

A remissão para a legislação identificada na própria portaria permite delimitar, sem margem para confusões, os estabelecimentos que podem ter nas respectivas denominações o vocábulo farmácia (na sua versão simples ou composta): estabelecimentos instalados com base na concessão, pela Direcção-Geral de Saúde, de um alvará (cf. Base II, n.º 1, da Lei n.º 2125, de 20 de Março de 1965), onde se exerce a actividade farmacêutica, essencialmente envolvendo as funções de preparação, conservação e distribuição de medicamentos ao público (v. art.º 1,º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 48547, de 27 de Agosto de 1968).

Tais estabelecimentos reconduzem-se naturalmente às farmácias.

2. Por outro lado, diga-se que a própria portaria em discussão não é de forma alguma equívoca na explicitação do objectivo a que se propõe. De facto, no preâmbulo do diploma, pode ler-se: *"A utilização do termo "Farmácia", simples ou composto, para denominar estabelecimentos que não dispõem de alvará para dispensa de medicamentos ao público cria nos utentes e na população em geral uma ideia errada sobre a sua actividade, fazendo crer, enganosamente, que os produtos aí vendidos têm propriedades curativas similares às dos medicamentos. (...) Com efeito, tem-se assistido ultimamente a alguns casos de utilização do nome "Farmácia" por estabelecimentos que por não dispensarem medicamentos ao público, nem para tal disporem da*

necessária autorização, desejam apenas aproveitar em seu benefício e em prejuízo dos consumidores a imagem de confiança que o estabelecimento "Farmácia" tem junto da população".

Note V.ª Ex.ª que a lei apenas visa a regulamentação da utilização do vocábulo em apreço no domínio da actividade de estabelecimentos de venda directa ao público. O facto de a lei circunscrever a mencionada autorização às farmácias, não implica que, por exemplo, os laboratórios de medicamentos ou as empresas distribuidoras de medicamentos, não o possam incluir na respectiva denominação.

O Decreto-Lei n.º 48547, acima mencionado, consagra, no seu art.º 3.º, n.º 3, o princípio de que a venda de medicamentos ao público é uma *"actividade legalmente reservada às farmácias a exercer sob responsabilidade do farmacêutico"* (cf. Abel Mesquita, *in* "Direito Farmacêutico Anotado", 2.ª edição, Outubro 2000, p. 15, em anotação ao referido preceito legal). A este propósito, prossegue o mesmo autor: *"Trata-se de um dos princípios fundamentais da legislação farmacêutica portuguesa, que decorre da circunstância de o Estado considerar a distribuição de medicamentos como uma actividade de interesse público"* (ob. cit., p. cit.).

3. Por outro lado, resultará, diria quase, do senso comum, a atendibilidade das razões do legislador na feitura do diploma em causa.

De facto, estando a actividade farmacêutica, e muito em particular a distribuição de medicamentos ao público, regulada de forma tão rigorosa – desde o licenciamento e direcção técnica das farmácias à questão que envolve a propriedade das mesmas –, tendo em vista a criação de um clima de confiança nos utentes daqueles estabelecimentos, mal seria que o Estado permitisse que o mesmo fosse de alguma forma abalado, através do expediente em discussão, isto é, através da utilização, por estabelecimentos distintos das farmácias, de expressões potenciadoras de confusão e insegurança no público.

Assim, ao contrário do que pretende essa empresa, não só o que aparece estipulado na portaria tem total apoio na regulamentação em geral da actividade farmacêutica, como se mostrará necessário à prossecução dos objectivos pela mesma visados.

De resto, a orientação da portaria não é de forma alguma inovadora quanto à matéria em discussão. Já anteriormente o Decreto-Lei n.º 48547, supra citado, estabelecia, no dispositivo regulamentador das vendas nas drogarias e ervanárias, que *"às drogarias e estabelecimentos indicados neste artigo não são autorizadas designações que possam estabelecer confusão com as farmácias"* (art.º 32.º, n.º 2 do diploma), constituindo a infracção ao aí estatuído uma contra-ordenação punível com coima, nos termos do art.º 135.º, da mesma legislação.

4. Acresce a tudo o que fica dito que não se vislumbra relação entre uma eventual restrição ao direito de iniciativa privada e a impossibilidade de utilização de um determinado vocábulo na denominação de uma sociedade.

Uma qualquer empresa – por exemplo, a N ... – não está impedida de exercer a actividade para a qual se constituiu e que consta do respectivo objecto social, pelo facto de se encontrar impossibilitada de utilizar, na respectiva denominação, um determinado vocábulo. As duas questões são manifestamente distintas.

Nas palavras de J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira (*in* "Constituição da República Portuguesa Anotada", 3.ª edição revista, 1993, p. 327), a liberdade de iniciativa privada *"consiste, por um lado, na liberdade de iniciar uma actividade económica (direito à empresa, liberdade de criação de empresa) e, por outro, na liberdade de gestão e actividade da empresa (...)"*. Nenhum dos sentidos apontados na definição é naturalmente prejudicado pela circunstância de uma empresa, constituída para um determinado fim social, não poder incluir na respectiva denominação, um certo vocábulo. A verificação do cumprimento do princípio consagrado

no art.º 61.º da Constituição é obviamente anterior a uma eventual limitação como a que está aqui em análise.

5. Por último, reparem V.ªs Ex.ªs que o registo das pessoas colectivas está ele próprio enquadrado por limitações legais, designadamente no que toca à admissibilidade da denominação das sociedades.

O Decreto-Lei n.º 129/98, de 13 de Maio, que aprova o regime jurídico do Registo Nacional de Pessoas Colectivas, elenca um conjunto de limitações à admissibilidade das firmas e denominações das sociedades, sustentando, aliás, de forma genérica a situação concreta de que nos ocupamos.

Afirma-se, no art.º 32.º, n.º 1, do diploma, que "os elementos componentes das firmas e denominações devem ser verdadeiros e não induzir em erro sobre a identificação, natureza ou actividade do seu titular", ao mesmo tempo que o n.º 2 estabelece que "os elementos característicos das firmas e denominações, ainda quando constituídos por designações de fantasia, siglas ou composições, não podem sugerir actividade diferente da que constitui o objecto social".

No n.º 4 do mesmo dispositivo legal pode ler-se que das firmas e denominações não podem fazer parte "expressões que possam induzir em erro quanto à caracterização jurídica da pessoa colectiva, designadamente o uso, por entidades com fim lucrativo, de expressões correntemente usadas na designação de organismos públicos ou de associações sem finalidade lucrativa, (...) expressões que sugiram de forma enganadora uma capacidade técnica, financeira ou âmbito de actuação manifestamente desproporcionados relativamente aos meios disponíveis ou que correspondam a qualidades ou excelências em detrimento de outrem, (...) expressões proibidas por lei (...), (ou) expressões que desrespeitem ou se apropriem ilegitimamente de símbolos nacionais, personalidades, épocas ou instituições cujo nome ou significado seja de salvaguardar por razões históricas, patrióticas, científicas, institucionais, culturais ou outras atendíveis" (alíneas a), b), c) e e), respectivamente).

Mais à frente, estabeleceu o legislador que "as firmas e denominações devem ser distintas e não susceptíveis de confusão ou erro com as registadas ou licenciadas no mesmo âmbito de exclusividade, mesmo quando a lei permita a inclusão de elementos utilizados por outras já registadas, ou com designações de instituições notoriamente conhecidas" (art.º 33.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 129/98).

Termos em que, conforme V.ªs Ex.ªs poderão verificar, a regulamentação introduzida pela Portaria n.º 249/2001, aparece não só sustentada pela legislação específica que enquadra a actividade farmacêutica, como pelo quadro normativo mais abrangente, de que o Decreto-Lei n.º 129/98 supra citado é apenas um exemplo, que visa dar conteúdo aos princípios constitucionais da segurança e certeza jurídicas, fundamentais num Estado de Direito como o nosso.

6. Por tudo o que acima fica exposto, considero não se justificar, quanto à matéria analisada, a adopção de quaisquer medidas por parte do Provedor de Justiça.

R-0311/02

Assunto: Lei n.º 18/2001, de 03 de Julho.

Reporto-me à queixa apresentada por essa associação a propósito da aplicação ao processo de feitura da Lei n.º 18/2001, de 03 de Julho (que alterou o Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27 de Fevereiro, e a Lei n.º 38/96, de 31 de Agosto), das normas que regulamentam, respectivamente através das Leis n.º 16/79 e n.º 36/99, ambas de 26 de Maio, o direito de participação das organizações de trabalhadores e das associações patronais na elaboração da legislação de trabalho.

Antes de mais, diga-se que o processo legislativo que culminou na aprovação da Lei n.º 18/2001 terá visto cumprida a exigência constitucional e legal relativa a tal participação, no

sentido de que foi efectivamente aberta a discussão pública sobre os projectos de lei apresentados no âmbito daquele. A prova disso mesmo foi-me enviada por V.ª Ex.ª, quando juntou à reclamação que me dirigiu cópia dos três anúncios que a Assembleia da República, nos termos do disposto no art.º 4.º, n.º 3, da Lei n.º 16/79, fez publicar na comunicação social.

Por outro lado, permita-me V.ª Ex.ª que esclareça essa associação do seguinte. Os prazos para a apresentação de propostas por parte das organizações de trabalhadores e associações patronais, no âmbito do processo legislativo em causa, são os que constam dos três referidos anúncios: para o projecto de lei n.º 317/VIII, entre 22 de Novembro e 21 de Dezembro de 2000; para o projecto de lei n.º 324/VIII, entre 04 de Dezembro de 2000 e 02 de Janeiro de 2001; para o projecto de lei n.º 342/VIII, entre 13 de Fevereiro e 14 de Março de 2001.

Ora, segundo a informação prestada na queixa que me foi remetida por V.ª Ex.ª, essa associação terá enviado uma exposição sobre o tema, designadamente ao Senhor Presidente da Assembleia da República, em 26 de Novembro de 2001, quando já haviam sido ultrapassados todos os referidos prazos.

O mesmo sucedeu com um pedido de audição, que terá sido efectuado, segundo informação facultada na queixa, em 09 de Agosto de 2001, e reiterado em 14 de Setembro de 2001.

Aliás, a exposição escrita e os pedidos de audição foram feitos, não só após a fase de apreciação pública dos projectos, como após a própria data de publicação do diploma.

O que sucede é que essa associação ficou fora da discussão dos projectos em causa, na medida em que não interveio, por razões que me não cabe discutir mas que não são imputáveis ao Estado, dentro dos prazos estabelecidos para a mesma.

Convirá V.ª Ex.ª que, tendo V.ª Ex.ª tido a possibilidade de se pronunciar sobre a legislação aqui em apreço, apresentando as propostas e sugestões que entendesse pertinentes, em fase anterior à aprovação da mesma, nenhum sentido útil teria uma audição imediatamente após a publicação da lei.

Repare V.ª Ex.ª que, no contexto em análise, não seria a Comissão Parlamentar que teve a seu cargo a elaboração da legislação em causa a dirigir-se a essa associação, indagando da posição da mesma face às alterações propostas nos projectos de lei divulgados, mas o contrário, isto é, deveria essa associação, caso se mostrasse interessada em fazê-lo, ter tomado tal iniciativa, pela forma e nos prazos divulgados nos anúncios já acima mencionados.

Finalmente, diga-se que a alteração ao art.º 46.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27 de Fevereiro, introduzida pelo art.º 2.º da Lei n.º 18/2001, e que V.ª Ex.ª afirma não constar dos projectos de lei divulgados para efeitos de apreciação pública, terá muito provavelmente resultado precisamente deste processo de discussão pública, designadamente de propostas feitas ao legislador por uma ou várias das entidades participantes do mesmo, e que aquele tomou em consideração. Ao fim e ao cabo, será este mesmo o objectivo do processo de apreciação pública regulamentado na Lei n.º 16/79.

Face ao que fica acima exposto, não é decerto possível ao Provedor de Justiça a adopção de quaisquer medidas no âmbito da matéria apresentada por essa associação na queixa que deu origem ao presente processo.

R-406/02

Assunto: Decreto-Lei n.º 308-A/75, de 24 de Junho.

Respondo à petição de que V.ª Ex.ª foi o primeiro signatário, a respeito da constitucionalidade do diploma referido em epígrafe.

Lamentando só agora se colocar por escrito os esclarecimentos fornecidos por telefone, em Maio último, friso preliminarmente que a questão em causa foi já apresentada ao Tribunal Constitucional, por um meu antecessor, tendo este

Tribunal, através do seu Acórdão 319/89, publicado no Diário da República, 2.ª série, de 1989.06.28, decidido não tomar conhecimento do pedido, em razão da sua inutilidade superveniente (cópia que junto).

Naturalmente que esta decisão, não tendo força obrigatória geral, não preveniria, do ponto de vista jurídico, nova propositura de pedido de fiscalização da constitucionalidade.

Não vejo, contudo, qualquer possibilidade de se obter do Tribunal Constitucional decisão de diverso teor. Na verdade, é jurisprudência uniforme deste Tribunal que não existe interesse jurídico no conhecimento da inconstitucionalidade de normas já revogadas, quando, pela natureza das mesmas, seja previsível que sempre seria feito uso da possibilidade inscrita no n.º 4 do art.º 282.º da Constituição, ou seja, da restrição de efeitos da decisão, não afectando os já produzidos pela norma eventualmente declarada inconstitucional.

Noto, como a doutrina e jurisprudência o afirmam, que nunca seria possível apurar da constitucionalidade originária da norma. Sendo o Tribunal Constitucional um órgão de defesa *desta Constituição*, a de 1976, só caberia conhecer da eventual inconstitucionalidade superveniente, após a entrada em vigor da Lei Fundamental, isto é, depois de 25 de Abril de 1976.

Ora, como é bem de ver e é do conhecimento geral, nenhuma ex-colónia acedeu à independência entre essa data e a da revogação do diploma, pelo que, em qualquer caso, não existiriam quaisquer efeitos jurídicos que tivessem sido produzidos durante o período de vigência constitucionalmente relevante.

Diga-se, em parêntesis, que a recente acessão de Timor-Leste à independência, não existindo solução normativa análoga à estabelecida pelo diploma aqui impugnado, leva a que a questão da nacionalidade dos naturais daquele território deva ser analisada de modo diverso do que sucedeu com as das outras ex-colónias.

Não se diga, sequer, que os efeitos jurídicos da aplicação do regime do Decreto-Lei 308-A/75 perduram no tempo ou possuem natureza continuada, assim ainda existindo como que uma eficácia própria que, todos os dias e de forma contínua, mantêm determinada solução jurídica, o afastamento ou privação da nacionalidade portuguesa.

As normas do Decreto-Lei n.º 308-A/75 são claras: não há uma perda da nacionalidade *enquanto*, mas sim uma perda dessa nacionalidade *logo que* verificados determinados requisitos salva a existência de outros que permitiriam a manutenção daquele vínculo.

Naturalmente que, após a determinação da perda de nacionalidade, tal situação tem reflexos no futuro, mantendo-se a inexistência desse vínculo. Tal não permite defender que haja produção autónoma de efeitos jurídicos, diuturnamente, como que se fosse necessária a subsistência da norma para a continuação da verificação dos seus resultados. Note V.ª Ex.ª que, revogada a norma, tal em nada alterou a situação jurídica daqueles a quem a mesma, de modo automático, tinha sido aplicada em 1974 e 1975.

Tanto basta para concluir pela impossibilidade da diligência proposta por V.ª Ex.ª alcançar quaisquer frutos.

Do ponto de vista da licitude ou conveniência da solução legal, não me deixando arrastar para o terreno da apreciação política, que é inteiramente livre mas que me não compete, sempre direi que a Lei da Nacionalidade, designadamente em termos de naturalização, comporta um tratamento mais favorável para quem já tenha tido a nacionalidade portuguesa, para quem seja descendente de portugueses ou seja nacional de país de língua oficial portuguesa, idêntico favorecimento existindo no regime de entrada e permanência de estrangeiros, tudo no quadro do princípio de discriminação positiva plasmado no art.º 15.º, da Constituição. Também a admissão da nacionalidade originária, por via do critério do *jus soli*, é mais facilitado no caso de filhos de cidadãos dos países de expressão portuguesa.

Não creio, assim, que se justifique qualquer intervenção adicional nesta matéria.

R-0773/02

Assunto: Decreto-Lei 39/2002; não auscultação prévia das organizações sindicais.

Apresentou V. Ex.ª, uma exposição neste Órgão de Estado na qual suscitava as seguintes questões fundamentais:

1. o facto de o texto aprovado pelo Decreto-Lei n.º 39/2002, de 26 de Fevereiro, ser diferente do projecto de diploma que foi apresentado previamente às organizações sindicais, em "desrespeito dos princípios constitucionais relativos aos direitos de participação e de negociação destas organizações em matéria da sua área de intervenção";

2. o facto de o Conselho de Ministros ter aprovado a Resolução 41/2002, de 7 de Março, que "estabelece medidas para permitir a transformação de estabelecimentos públicos prestadores de cuidados hospitalares em entidades públicas empresariais," sem apreciação prévia pelas organizações sindicais, devendo, ao invés, "ser desencadeado um processo formal de negociação, ao abrigo do art.º 6º da Lei 23/98, e não um mero parecer prévio";

3. o facto de o "projecto de decreto-lei que cria e consagra legalmente o ramo das cooperativas da saúde," apenas ter sido enviado para parecer quando devia ser objecto de um processo formal de negociação, ao abrigo do art.º 6º da Lei 23/98, de 26 de Maio.

Ponha-se de parte, preliminarmente, este último aspecto, sendo certo que não alcancei notícia da prossecução até final desse procedimento legislativo, o que naturalmente se terá devido às vicissitudes político-governativas que marcaram o ano transacto, assim perdendo interesse esta questão.

No que respeita à primeira matéria, alegou V.ª Ex.ª que bastaria comparar os conteúdos do projecto de Decreto-Lei, de 2001.10.10, e o Decreto--Lei n.º 39/2002, de 26/02, para perceber que "não foram observados os procedimentos decorrentes da Lei n.º 13/98, de 26 de Maio."

Apesar de V.ª Ex.ª, ao contrário do que seria conveniente, não explicitar tais diferenças, julga-se não estar em causa o teor dos art.º 2.º e 3.º, ambos manifestação, em diferente técnica do que já estava previsto no art.º 2.º do Projecto. Sobram, assim, os art.º 5.º e 6.º

O art.º 5º, que dá nova redacção ao art.º 17º do Decreto Regulamentar n.º 3/88, de 22 de Janeiro, reporta-se à composição e modo de funcionamento do conselho técnico, órgão de apoio técnico dos hospitais. Portanto, trata-se de matéria relativa à orgânica e funcionamento dos hospitais, a qual não se encontra contemplada, quer no art.º 6º, quer no art.º 10º. da Lei n.º 23/98, de 26 de Maio, não existindo qualquer obrigação legal de a mesma ser objecto de participação ou negociação, aliás inexistente ao nível do próprio diploma alterado na sua versão originária.

De facto, não versa esta norma sobre qualquer aspecto do estatuto jurídico dos trabalhadores ou sobre as relações de trabalho em geral.

A outra norma do Decreto-Lei n.º 39/2002, de 26/02, que não constava do texto do projecto que foi apresentado a V. Ex.as é o art.º 6º que se reporta à contratação de bens e serviços. Têm aqui lugar as mesmas considerações tecidas acima, ou seja, trata-se de uma norma que não se insere na definição de "legislação de trabalho", nos termos do art.º 56º n.º 2 al. a) da CRP, nem sequer a matéria que regula se encontra prevista em qualquer das alíneas do art.º 6º ou do art.º 10º da Lei n.º 23/98, de 26 de Maio.

Passando agora à questão que enuncio em 2., apenas se dirá que a participação prevista na Constituição para as associações sindicais é na elaboração da *legislação* de trabalho, não o de participarem em actos de natureza política ou

meramente executiva, como são as Resoluções do Conselho de Ministros.

A este respeito, em anotação ao art.º 54º da CRP, mas cujas soluções são as mesmas para o art.º 56º, referem J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira In "Constituição da República Portuguesa Anotada", 3ª edição revista, Coimbra Editora, que " *(...) o termo "legislação" não pode manifestamente ser lido no sentido de abranger apenas os actos legislativos propriamente ditos, devendo ser entendido no seu sentido amplo corrente de direito ou regulamentação do trabalho, de forma a abarcar todo o diploma que contenha* decisões de nível "legislativo" *ou equiparado. Hão-de contar-se aí naturalmente as várias modalidades de lei (...), as convenções internacionais submetidas a aprovação, e ainda os diplomas regulamentares* que não sejam puramente executivos*, isto é, que ainda contenham uma decisão substantiva sobre algum aspecto que interesse ao estatuto jurídico dos trabalhadores.".*

Ora, a Resolução 41/2002 estabelecia orientações na pesquisa de unidades de saúde que, em obediência a um critério político, deviam ser transformadas em unidades empresariais, expressamente se prevendo no seu n.º 14 que "desencadeado o processo legislativo de criação de cada EPE, serão oportunamente ouvidas, nos termos legais, as entidades representativas dos profissionais do sector.".

Mais uma vez se está, pelo menos ao nível desta Resolução, no plano da simples estruturação orgânica das unidades de saúde, não alcançando qual a alínea do art.º 6.º ou do art.º 10.º da Lei 23/98 que se possa considerar menoscabada.

Deste modo e pelas razões expostas, entendi nada mais ser de diligenciar a este respeito.

R-1153/02

Assunto: Aposentação. Monodocência. Igualdade.

Peticionou V.ª Ex.ª, em nome da Sr.ª D. ..., o exercício do meu poder de iniciativa junto do Tribunal Constitucional, no sentido de, em sede de fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade, ser sindicada a norma constante do art.º 37.º, n.º 1, do Estatuto da Aposentação (EA), por violação do princípio da igualdade, consagrado no art.º 13.º da Constituição da República, e subsequente declaração com força obrigatória geral da sua invalidade.

Fundamenta-se essa pretensão de V.ª Ex.ª no facto de tal norma prever, em termos do regime genérico da aposentação de funcionários e agentes públicos, a idade de 60 anos como requisito para a passagem a tal situação, sendo certo que o art.º 120.º do Estatuto da Carreira dos Educadores de Infância e dos Professores dos Ensinos Básico e Secundário (ECD), na redacção dada pelo art.º 1.º do Decreto-Lei 1/98, de 2 de Janeiro, consagrou, para o caso dos professores do 1.º ciclo do ensino básico, em regime de monodocência, a possibilidade da obtenção desse estatuto aos 55 anos de idade.

Sendo certo que este último diploma legal tem por âmbito, exclusivamente, os professores *"em exercício efectivo de funções nos estabelecimentos de educação ou de ensino públicos"*, a quem se aplica o ECD (cfr. art.º 1.º, n.º 1, deste diploma), e existindo professores a exercer a sua actividade para entidades patronais privadas, nas mesmas circunstâncias de monodocência, alega V.ª Ex.ª, como se disse, estarmos perante violação do princípio da igualdade, situação esta que seria eliminada com a supressão, total ou parcial, da norma impugnada do EA.

Principio por afirmar que a questão, tal como está colocada por V.ª Ex.ª, radica noutro alvo que não o visado na petição que me dirigiu. Na verdade, a potencial quebra do princípio da igualdade não está na estatuição de norma que, em geral, pretende disciplinar a idade a partir da qual, mediante o preenchimento de outros requisitos, é possível a funcionários e agentes requerer a aposentação ordinária. Se outra disposição

legal não existisse, decerto que V.ª Ex.ª nunca imaginaria semelhante vício de inconstitucionalidade material na norma do art.º 37.º, n.º 1, do EA.

Decerto que é à norma constante da nova redacção do art.º 120.º, n.º 1, do ECD, introduzida pelo Decreto-Lei 1/98, lida conjuntamente com o art.º 1.º, n.º 1, do mesmo Estatuto, que a crítica de V.ª Ex.ª se deverá dirigir. É pelo facto de se ter estabelecido um regime especial, no caso concreto adoptando requisito de preenchimento mais fácil para os destinatários da norma, e não abarcando, no entender de V.ª Ex.ª, todo o universo que, em termos de tratamento igual de situações iguais, seria exigível, que se poderá aqui verificar a invocada inconstitucionalidade material por quebra do princípio da igualdade.

Dito isto, fácil será notar que estamos a mover-nos no campo das chamadas omissões parciais, isto é, perante uma situação em que, sempre a admitir a bondade do raciocínio de V.ª Ex.ª, determinada decisão legislativa conferiu um tratamento legislativo mais favorável a determinada categoria de destinatários, excluindo outras categorias que, por força do princípio da igualdade, deviam também aí estar incluídas.

Nestes termos, é à norma indicada do ECD, na redacção dada pelo Decreto-Lei 1/98, conforme acima indicado, que pode e deve V.ª Ex.ª dirigir as suas críticas, considerando que tal modificação legislativa peca por omitir no seu âmbito aqueles professores do ensino básico que preenchem os requisitos aí enunciados, designadamente quanto à monodocência.

Não creio necessário discutir aqui se, neste campo, será possível o recurso ao meio processual da fiscalização abstracta sucessiva por acção, parecendo claro que, em si mesmo, seria sempre inepto o recurso à fiscalização da constitucionalidade por omissão, visto este último mecanismo se reportar sempre à exequibilidade de normas constitucionais determinadas e não de princípios como o da igualdade (Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, pg. 519).

Por interessante que seja esta matéria, das chamadas sentenças aditivas, onde o Tribunal é chamado, dentro de certas baias a, na verdade, abrir a norma a realidades que não foram queridas pelo legislador, não creio que seja necessário apurar em concreto da sua viabilidade, sendo decerto mais económico observar, desde logo, a raiz desta questão, averiguando se há razão para invocar a aplicação do princípio da igualdade, isto é, se entre situações idênticas às da Senhora ... e a dos destinatários do art.º 120.º, n.º 1, do ECD, há isonomia bastante para tornar imperativa a mesma solução de Direito.

Ora, neste particular, há desde logo um pressuposto que faltou a V.ª Ex.ª discutir, isto é, se existe ou não alguma norma ou princípio constitucional que imponha uma identidade de regimes de aposentação a quem desempenhe actividades profissionais similares ou mesmo idênticas. A coexistência de dois grandes regimes, um aplicável à relação de emprego público, a cargo da Caixa Geral de Aposentações, e o outro no quadro das relações laborais privatísticas, a cargo da Segurança Social, desmentem essa suposta unidade de tratamento, sendo consabidas as diferenças existentes entre uma e outra via.

Para a inserção neste ou naquele regime, o critério usado pela lei é sempre o da natureza do vínculo, não existindo motivo para se considerar como arbitrária ou infundada esta opção legal.

Sem prejuízo de se assistir, na última década, a um movimento de progressiva aproximação entre regimes, de que é exemplo mais flagrante a unificação do método de cálculo das pensões de aposentação e de reforma, para aqueles funcionários ou agentes que se inscreveram na CGA depois de Setembro de 1993, a existência de quadros normativos distintos em nada fere a Constituição, mais a mais sabendo-se da existência de um quadro normativo complexo que assegura o respeito pelo princípio constitucional do concurso, como forma de ingresso na Função Pública.

Servem as considerações antecedentes para frisar que V.ª Ex.ª não discute um aspecto importante, qual seja o de os

professores do ensino particular e cooperativo, não sendo funcionários públicos ou agentes administrativos, não estando, por isso, no escopo de aplicação do EA, beneficiarem, contudo, do regime que é indubitavelmente mais favorável do que aquele consagrado para os trabalhadores do sector privado, beneficiários da Segurança Social.

Este direito de inscrição, para aqueles beneficiários da CGA que chamaria por atribuição, contrapondo-os aos funcionários e agentes, que o são por natureza, resulta da aplicação do Decreto-Lei 321/88, de 22 de Setembro, designadamente do seu art.º 1.º, n.º 1.

Observando o preâmbulo deste diploma, verifica-se que esta concessão é justificada por quatro ordens de considerações, a saber, a extinção da isenção de imposto profissional, a natureza de interesse público das funções desempenhadas, o ter-se consagrado igual direito para os docentes do ensino superior, e, finalmente, a necessidade da "progressiva aproximação das situações dos professores do ensino particular e cooperativo e do ensino oficial, designadamente através de mecanismos tendentes à respectiva integração em carreira profissional comum", citando-se o Estatuto do Ensino Particular e Cooperativo (EEPC), aprovado pelo Decreto-Lei 553/80, de 21 de Dezembro.

Em nenhuma destas motivações se encontra, directa ou indirectamente, sombra de vinculação constitucional que imponha a inscrição dos docentes do ensino particular e cooperativo no esquema de aposentação previsto para a Administração Pública, muito menos se exigindo uma total e completa equiparação.

Seria inteiramente legítima a continuação do estado de coisas anterior a Dezembro de 1988, permanecendo os trabalhadores em causa no quadro da Segurança Social, beneficiando de pensões calculadas segundo as regras próprias do mesmo, legalmente fixadas.

Se a inscrição na CGA, não sendo constitucionalmente imposta, é-o seguramente permitida, não será todavia lícito entender tal permissão como um tudo ou nada, apenas

autorizando a total e irrestrita equiparação ao que acima designei como beneficiários por natureza da CGA, inviabilizando distinções como a que aqui nos ocupa.

O princípio da igualdade, como é sabido, apenas manda tratar de modo igual o que é igual, bem como de modo desigual o que assim é de base. Naturalmente que, para não ser fórmula falha de sentido, há que atentar na justificabilidade, face ao quadro de valores constitucionalmente recebido, dos motivos atendidos, para a criação de desigualdades de tratamento. V.ª Ex.ª foca a sua atenção na actividade desempenhada. Como acima indiquei, não é esse o critério aceite para a separação dos regimes de aposentação e reforma, mostrando-se a natureza do vínculo como elemento de diferenciação não menos seguro. Tratar-se-á, aliás, de elemento inerente à relação de emprego público, muito embora cada vez menos distinto do regime privado, acedendo-se àquela, como será útil relembrar, por via de concurso e em igualdade de circunstâncias.

Se não existe norma ou princípio constitucional que imponha a solução pretendida por V.ª Ex.ª, resta averiguar, muito embora sem qualquer interesse para a pretensão que me foi apresentada, no quadro da fiscalização da constitucionalidade, se existirá critério legal que sugira essa identidade de tratamento entre docentes do ensino público e do ensino particular.

O Decreto-Lei 321/88, conforme acima citei, louvava-se no EEPC. Averiguados os normativos deste constantes, terão aqui interesse os conteúdos dos art.ºs 45.º e 46.º Quanto ao primeiro, no seu n.º 2, como que se estabelece uma directriz para a contratação colectiva, em sede própria, fixando como meta que tais instrumentos da autonomia privada tenham "em devida conta a função de interesse público" exercida pelos docentes do ensino particular e cooperativo e "a conveniência de harmonizar as suas carreiras com as do ensino público".

No art.º 46.º estabelece-se um programa de "aproximação progressiva entre a situação dos professores do ensino particular e a situação dos do ensino público, de forma a proporcionar a

correspondência de carreiras profissionais". Para além da natureza programática de tal norma, significando não mais do que um manifesto de intenções, é de notar que a aproximação entre carreiras não vale, automaticamente, como uma promessa de unicidade de regime jurídico aplicável, tanto mais que só algo forçadamente se incluirá o regime de aposentação na correspondência entre carreiras profissionais.

No caso concreto, o Estado, entidade patronal e a quem cabe suportar os custos da CGA, entendeu beneficiar alguns dos seus funcionários, em termos de facilitação na obtenção dos requisitos para a aposentação ordinária. Nenhuma norma ou princípio, de ordem constitucional ou legal, inclusivamente em termos de tutela da confiança, pode permitir que outras categorias de beneficiários da CGA, mais a mais admitidos neste esquema por prévia concessão, não forçada, da lei, se sintam prejudicados ou com direito a igual tratamento.

Repare V.ª Ex.ª que a situação "normal", não fora a decisão legislativa de 1988, seria a de a cliente de V.ª Ex.ª estar inscrita na Segurança Social, como trabalhadora do sector privado que é, tendo apenas direito, aos 65 anos, a receber pensão de reforma calculada de acordo com o esquema consabido. Assim, integrada na CGA, a cliente de V.ª Ex.ª beneficia já da redução de cinco anos na idade para a aposentação, para além de vir a receber a pensão por inteiro, face à última remuneração recebida, isto no pressuposto de que se inscreveu na CGA antes de 1993.

Não encontro, assim, qualquer fundamento para solicitar ao Tribunal Constitucional que fiscalize a constitucionalidade da norma acima indicada e, claro está, muito menos aquela que me vinha solicitada.

Não julgo, tão pouco, que seja oportuna qualquer outra iniciativa da minha parte, designadamente em sede de recomendação. Não existindo evidentes razões de justiça para que solução idêntica à propugnada por V. Ex.ª seja estabelecida, a evolução recente em matéria de aposentação e reforma é contrária à diminuição da idade a partir da qual a mesma pode ser

solicitada, não podendo defender-se que a desejada aproximação entre regimes público e privado se faça necessariamente pela bitola mais alta, isto, é claro, sem prejuízo da tutela da confiança legítima.

R-2392/02

Assunto: Decreto-Lei n.º 193/2002, de 25 de Setembro.

1. A propósito do assunto acima mencionado, que motivou a apresentação, por V.ª Ex.ª, de uma queixa a este Órgão do Estado, só agora estando na posse das informações e documentação necessárias à análise dos pontos aí focados, permita-me que esclareça V.ª Ex.ª do seguinte.

O processo de negociação colectiva que precedeu a aprovação do Decreto-Lei n.º 193/2002, de 25 de Setembro, diploma que estabelece o regime de colocação e de afectação dos funcionários e agentes integrados em serviços e organismos que sejam objecto de extinção, fusão ou reestruturação, não se revelará um exemplo de rigor na concretização do mecanismo da negociação colectiva, previsto no nosso ordenamento jurídico – designadamente não participaram as organizações sindicais na elaboração do pedido de autorização à Assembleia da República, que culminou na aprovação da Lei n.º 16-A/2002, de 31 de Maio, ao arrepio do que preceitua o art.º 10.º, n.º 1, alínea i), da Lei n.º 23/98, de 26 de Maio – a verdade é que, já na fase de feitura do Decreto-Lei autorizado, acabaram por ser cumpridas, no essencial, as orientações substantivas decorrentes do regime instituído pela mencionada Lei n.º 23/98.

Assim, e se V.ª Ex.ª declarou expressamente o seu desacordo face à negociação em causa, os restantes dois intervenientes, por parte dos trabalhadores, no processo terão dado o respectivo assentimento à negociação, e participado no cumprimento dos trâmites previstos na respectiva legislação –

repare V.ª Ex.ª que o não cumprimento do prazo estabelecido no art.º 8.º da Lei n.º 23/98, quanto à convocação das reuniões, poderá ser contornado mediante acordo das partes.

Por outro lado, como é do conhecimento de V.ª Ex.ª, pronunciou-se já o Tribunal Constitucional sobre a não participação das organizações sindicais na feitura da Lei n.º 16-A/2002, de 31 de Maio, diploma que veio autorizar o Governo a legislar nos termos posteriormente consagrados no Decreto-Lei n.º 193/2002.

Assim, no Acórdão n.º 4/2003, publicado no Diário da República, II Série, de 13 de Fevereiro de 2003, considerou aquele Tribunal sanada a questão da eventual inconstitucionalidade das normas contidas no art.º 9.º da Lei n.º 16-A/2002, por violação do disposto no artigo 56.º, n.º 2, alínea a), da Constituição da República Portuguesa. No mencionado aresto pode ler-se que deve "*ter-se por precludida a questão em causa em virtude de a formalidade constitucional da audição dos trabalhadores haver sido cumprida e de ter sido entretanto emitido o diploma autorizado (o referido Decreto-Lei n.º 193/2002)*" (pp. 2442 e 2443).

Não obstante o que acima fica dito, entendi, nesta data, formular junto de Sua Excelência a Secretária da Administração Pública, o ofício cuja cópia junto para elucidação de V.ª Ex.ª.

Finalmente, carecerá de razão quanto se aduz, na queixa remetida, quando se alega que as associações sindicais representativas dos trabalhadores da Administração Pública em regime de direito privado deveriam igualmente ter sido ouvidas na feitura da legislação em análise. De facto, logo nos art.ºs 1.º e 3.º do Decreto-Lei n.º 193/2002 se esclarece o âmbito pessoal de aplicação do regime nele contido, circunscrito aos funcionários e agentes da Administração Pública.

2. Também o acima mencionado Acórdão do Tribunal Constitucional se pronunciou sobre uma eventual violação do disposto no art.º 165.º, n.º 2, da Constituição, quanto aos requisitos inerentes à indicação do objecto, sentido e extensão das

leis de autorização legislativa, para concluir pela não inconstitucionalidade invocada pelos requerentes, afirmando, sem reservas, *"terem elas sido cumpridas satisfatoriamente no caso"* (Diário da República citado, p. 2443).

Refere-se no mencionado aresto o seguinte: "O objecto da autorização está expressivamente enunciado no n.º 1 do artigo 9.º, aqui em causa (da Lei n.º 16-A/2002), sendo o "regime de colocação de funcionários e agentes pertencentes a serviços e organismos que sejam objecto de extinção, fusão ou reestruturação e a revisão do Decreto-Lei n.º 535/99, de 13 de Dezembro", que versa sobre tal regime. A extensão, ou sejam os aspectos da disciplina jurídica da matéria objecto da autorização, está pormenorizadamente descrita nas diversas alíneas de a) a j) do n.º 2 do mesmo artigo (...). Por último, o sentido da autorização está expressado em termos inequívocos, conquanto genéricos, como é também próprio das normas jurídicas, não só no n.º 1 do preceito – "flexibilizar a reafectação do pessoal cuja colocação não seja directamente determinada pelos diplomas legais que procedam à extinção, fusão ou reestruturação desses serviços e organismos", como, ainda, nas diferentes alíneas do n.º 2 (...)" (p. cit.).

3. Já quanto à invocada inconstitucionalidade material da Lei n.º 16-A/2002, suscitada no requerimento apresentado ao Tribunal Constitucional – e que constituía igualmente uma fonte de preocupações expressa na queixa que me enviou – dignou-se o Tribunal Constitucional apreciá-la, não só nos termos que lhe foram requeridos, isto é, na perspectiva da eventual violação do princípio da segurança no emprego, consubstanciado no art.º 53.º da Lei Fundamental, mas de forma oficiosa face a uma eventual violação do princípio da protecção da confiança, invocada, aliás, por V.ª Ex.ª, no documento que me enviou, e para, mais uma vez, concluir pela não inconstitucionalidade dos preceitos em causa.

São expressivas, até na medida em que fundamentarão, também elas, as orientações que, ao abrigo da lei de autorização em apreço, vieram a ser consagradas pelo legislador no Decreto-

Lei n.º 193/2002, algumas das conclusões explicitadas pelo Tribunal no Acórdão em referência.

Assim, pode ler-se no respectivo texto que "em nenhuma das situações cuja adopção está permitida à legislação delegada – e os mais paradigmáticos vistos da perspectiva dos requerentes seriam os que dizem respeito à "possibilidade de redução progressiva do vencimento do exercício, a graduar em função do período de inactividade ou de passagem à situação de licença sem vencimento de longa duração, no caso de recusa injustificada da colocação oferecida (...)" – será possível surpreender a extinção ou "morte jurídica" do vínculo laboral existente entre o trabalhador e a Administração Pública que acabe com a pretensa "vitalicidade" do seu vínculo laboral. Este continua a subsistir, apenas modificado quanto aos concretos deveres ou direitos ali implicados exigíveis de cada uma das partes, durante o período em que ocorram aquelas situações" (Diário da República citado, p. 2443).

A este propósito, acrescenta o Tribunal que "a nossa Constituição não afirma qualquer garantia de vitalicidade do vínculo laboral da Função Pública. Os trabalhadores da Função Pública não beneficiam, sob este ponto de vista, de um direito constitucional à segurança do emprego em medida essencialmente diferente daquela em que tal direito é reconhecido aos trabalhadores em geral, pese embora a circunstância – que apenas pode suportar expectativas subjectivas – da solidez económico-financeira do Estado ser notoriamente superior à das empresas ou dos cidadãos seus contribuintes" (p. cit.).

Já quanto a uma eventual violação do princípio da protecção da confiança, na perspectiva abordada, refere o Tribunal Constitucional que *"um justo "balanceamento" entre o interesse público definido pelo legislador, no uso da sua discricionariedade normativo-constitutiva exercida nos quadros da Constituição na adopção de tais medidas orgânicas, para, eventualmente, poder salvar a sanidade das contas públicas ou melhorar a satisfação das necessidades públicas mediante o recurso a novos modelos organizatórios de serviços e a perda do*

vencimento de exercício do trabalhador (...) – atenta a circunstância de ontologicamente o vencimento de exercício estar associado ao exercício do trabalho (...) – consente que o fiel da balança possa cair para o lado da legitimidade da perda do vencimento do exercício" (p. 2444).

No que respeita à questão que enquadra, na legislação em análise, a passagem do agente ou funcionário à situação designadamente de licença sem vencimento de longa duração, refere ainda o Tribunal, no mesmo Acórdão, que uma eventual violação do princípio da protecção da confiança só ocorreria "*se o legislador delegado viesse, na definição do regime de colocação do pessoal integrado nos serviços abrangidos pela extinção, fusão ou reestruturação dos serviços, a colocar tais dificuldades ou exigências, quer de adaptação quer de formação profissional, quer de sediação dos novos locais de trabalho oferecidos que tornassem a recusa* (de colocação no novo serviço) *como sendo a solução materialmente justa e proporcionada"*.

4. Com referência à questão da possibilidade, já expressa no Decreto-Lei n.º 193/2002, de os critérios a aplicar na identificação do pessoal a afectar ou colocar poderem ser fixados pelo grupo de trabalho a que alude o n.º 1 do art.º 9.º do diploma – tais critérios poderão ser, desde logo, fixados nos diplomas orgânicos que operarem a extinção, fusão ou reestruturação dos serviços ou organismos –, sempre se dirá que o referido grupo de trabalho estará vinculado, nessa sua tarefa, às orientações consignadas na legislação em apreço.

Designadamente terá de "garantir a melhor adequação entre o perfil profissional do pessoal abrangido e as necessidades inerentes aos postos de trabalho a prover, incluindo obrigatoriamente (...) a identidade entre o conteúdo funcional das funções desempenhadas e a desempenhar, (...) as habilitações literárias legalmente fixadas para as desenvolver (e) a formação e qualificações profissionais" (cf. art.º 9.º, n.º s 2 e 3, do Decreto-Lei n.º 193/2002), sendo outros eventuais critérios a adoptar pelo

grupo de trabalho complementares daqueles (n.º 4 do mesmo dispositivo legal).

Por outro lado, a ponderação dos critérios a submeter a homologação do Governo terá de ser *"devidamente fundamentada"* (cf. art.º 9.º, n.º 5, do mesmo diploma), seguindo depois o processo os trâmites consignados no Código do Procedimento Administrativo.

Assim, nenhuma razão se vislumbra para que a lei confira à Administração a possibilidade de actuar ao arrepio das regras de transparência e justiça a que está em geral submetida.

Também não fará sentido a afirmação, contida na queixa que me foi dirigida, no sentido de que a reclassificação e reconversão profissionais representarão uma nova forma de recrutamento para a Função Pública. Aliás, tais mecanismos não são uma inovação do diploma em discussão, como V.ª Ex.ª bem sabe.

O teor do art.º 22.º do Decreto-Lei n.º 193/2002 – no sentido de que "os serviços que recusem injustificadamente a colocação ou integração de funcionários ou agentes que, com esse objectivo, lhes sejam indicados pela respectiva secretaria-geral ficam impossibilitados de proceder, a qualquer título, à admissão de pessoal para o desempenho das correspondentes funções, por um período de dois anos" – representa uma medida que garantirá de alguma forma a eficácia do sistema, logo a protecção dos trabalhadores no âmbito da matéria em causa. Aliás, tal solução tem expresso apoio no art.º 9.º, n.º 2, alínea g), da Lei n.º 16-A/2002.

5. Face à clareza das orientações do Tribunal Constitucional, acima expressas, no que toca aos pontos focados por V.ª Ex.ª na queixa que me dirigiu, e ao que atrás ficou dito, não vejo como viável a adopção, por parte do Provedor de Justiça, de outras medidas no âmbito do presente processo, para além da iniciativa junto do Governo, nos termos acima referidos.

R-2636/02

Assunto: Acesso da EMEL a ficheiros da Conservatória de Registo de Automóveis.

Apresentou V.ª Ex.ª uma exposição neste Órgão de Estado relativa ao facto de, alegadamente, a Empresa Municipal de Estacionamento de Lisboa (EMEL) incorrer em violação de normas legais e constitucionais ao recorrer aos ficheiros informáticos de entidades oficiais, designadamente da Conservatória de Registo Automóvel, para identificação dos proprietários de veículos encontrados em transgressão às regras sobre estacionamento tarifado.

Assim sendo, procedeu-se à análise jurídica da questão, cumpre informar que, no ordenamento jurídico português, vigora a regra da publicidade dos registos, designadamente do registo de propriedade de automóveis, regra essa que está vertida no art.º 1º do Código do Registo de Bens Móveis, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 277/95, de 25 de Outubro.

Esta regra de publicidade, existente também no domínio do registo predial e do registo civil, não viola qualquer norma constitucional, não estando os dados em causa cobertos pela reserva de intimidade ou da vida privada, antes sendo instrumento imprescindível de certeza e segurança no tráfico jurídico.

O Decreto-Lei n.º 182/2002, de 20 de Agosto, que alterou o Decreto-Lei n.º 54/75, de 12 de Fevereiro, que aprova o registo da propriedade automóvel, procedeu à regulamentação da base de dados do registo de automóveis, em conformidade com os princípios vigentes em matéria de protecção de dados pessoais, aditando ao diploma inicial um art.º 27º-D

Estabelece este art.º, no seu n.º 2, que "Os dados pessoais referentes à situação jurídica de qualquer veículo automóvel

constantes da base de dados podem ser comunicados (...), b) " Aos organismos e serviços do Estado e demais pessoas colectivas de direito público, para prossecução das respectivas atribuições legais e estatutárias".

Tem-se generalizado a prática de limitar o acesso de automóveis aos centros das grandes cidades, regulando o estacionamento, que é ocupação de espaço público notoriamente escasso, através do pagamento do mesmo. Através desta prática, para além de outros fins, prosseguem-se os valores constitucionais inerentes ao ordenamento do território e à garantia do direito ao ambiente e qualidade de vida (art.º 66º, n.º 1 e 2, al. b) e e), da Constituição).

A EMEL é uma empresa municipal criada no âmbito da Lei n.º 58/98, de 18 de Agosto, que autoriza os municípios a constituir empresas de âmbito municipal para exploração de actividades que prossigam fins de reconhecido interesse público e cujo objecto se encontre no âmbito das suas atribuições (cfr. art.º 1º, n.º 1 e 2, da Lei n.º 58/98).

Tem como objecto estatutário esta empresa a gestão do estacionamento público urbano pago, integrado no sistema global de mobilidade e acessibilidades urbanas, na área do município de Lisboa.

Naturalmente que, quando em incumprimento dos regulamentos municipais que estabelecem as zonas de estacionamento pago, é inteiramente legítimo que a empresa, de acordo com as normas legais que lho permitem e que não são ignoradas por V.ª Ex.ª, procure sancionar os infractores, averiguando, desde logo, a identidade do proprietário do veículo.

Ainda de acordo com a alínea d) do artigo 27.º-D, introduzido pelo Decreto-Lei 27/2002, os dados referidos acima também podem ser comunicados *"às entidades a quem incumba a fiscalização do cumprimento das disposições do Código da Estrada e legislação complementar, para prossecução das respectivas atribuições",* o que é caso da EMEL, a quem, nos termos do art.º 1º, n.º 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 327/98, de 2 de

Novembro (alterado pela Lei n.º 99/99, de 26 de Julho), no exercício das funções de fiscalização do estacionamento, cabe o levantamento de auto de notícia, nos termos do disposto no art.º 151º do Código da Estrada, e compete proceder às intimações e notificações previstas nos artigos 152º e 155º do mesmo Código.

Do exposto, concluiu-se que a EMEL tem legitimidade, nos termos das disposições supracitadas, para aceder à informação constante do registo automóvel, incluindo os dados relativos aos respectivos titulares.

Certo é, no entanto, que esta consulta tem que obedecer às disposições gerais e especiais de protecção de dados pessoais constantes da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, e designadamente respeitar as finalidades para as quais foi autorizada, limitando-se o acesso ao estritamente necessário e não devendo a informação ser utilizada para outros fins (cfr. art.º 27-E, n.º 5, al. a), introduzida pelo Decreto-Lei 182/02). Igualmente, encontra-se vedada a transmissão da informação a terceiros, conforme dispõe o art.º 27-E n.º 5, al. b).

A estas garantias acresce o facto da consulta destas bases de dados estar condicionada à celebração de protocolo com a Direcção-Geral de Registos e Notariado, que defina, face às atribuições legais ou estatutárias das entidades interessadas, os limites e condições das comunicações e consulta (art.º 27-E n.º 3), sendo obrigatória a remessa prévia, pela Direcção-Geral dos Registos e do Notariado à Comissão Nacional de Protecção de Dados de cópia dos protocolos a celebrar.

Por fim refira-se que V. Ex.a tem o direito de ser informado sobre os dados pessoais que lhe digam respeito e a respectiva finalidade e poderá solicitar a actualização e correcção de eventuais inexactidões, de acordo com as normas da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, designadamente da alínea d) do art.º 11º bem como do n.º 1 e 2 do art.º 27º-F, introduzido pelo Decreto-Lei 182/2002.

R-3276/02

Assunto: Artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 210/90, de 27 de Setembro; ex--funcionários ultramarinos.

Solicitou V.ª Ex.ª a intervenção do Provedor de Justiça, através de exposição apresentada junto deste Órgão de Estado, alegando a inconstitucionalidade material do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 210/90, de 27 de Setembro.

Afirma V.ª Ex.ª que, tendo a disposição legal acima mais bem identificada revogado o Decreto-Lei n.º 363/86, de 30 de Outubro, assim de todo cessando a vigência do regime previsto no Decreto-Lei n.º 362/78, de 28 de Novembro, não se acautelaram então devidamente as expectativas de inúmeros interessados que "pelas mais variadas razões (...) não beneficiaram" da atribuição de pensão de aposentação, assegurada através deste último diploma, encontrando-se assim, em virtude da omissão gerada, "numa situação de discriminação perante aqueles" que por este foram contemplados.

Uma vez analisada a questão trazida ao conhecimento deste Órgão de Estado, concluo nos termos que se passam a expor.

O Decreto-Lei n.º 362/78, de 28 de Novembro, nas palavras do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 210/90, é caracterizado como "uma medida de carácter temporário e excepcional", devidamente contextualizada no quadro da descolonização e da readaptação da Administração Pública portuguesa aos ditames da situação vivida. Como tal, pretendia a mesma, "considerando a impossibilidade de ingresso no quadro geral de adidos, por não reunirem para tal as condições legalmente exigidas, de agentes da antiga administração ultramarina que, no entanto," reuniam as condições de facto para a aposentação, permitiu-se essa via adicional para acautelar a situação desses antigos servidores públicos.

Na verdade, este mecanismo previsto na legislação revogada revestiu-se de uma natureza assumidamente marcada por determinado momento histórico, atendendo ao particular impacte que o processo de descolonização teve nos ex--funcionários da administração pública ultramarina não integrados na Função Pública portuguesa, destinando-se por isso, mais uma vez de acordo com o próprio preâmbulo do Decreto-Lei n.º 210/90, "a acudir a situações de carência decorrentes" daquele.

Neste sentido, estabelecia o artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 362/78, de 28 de Novembro, que "as pensões de aposentação a que se refere o presente diploma devem ser requeridas dentro dos cento e vinte dias seguintes à sua entrada em vigor", pelos funcionários e agentes da administração pública das ex-províncias ultramarinas, desde que reunidos os requisitos constantes do seu artigo 1.º, n.º 1.

Era, assim, o diploma fonte destas posições jurídicas activas, constituídas em favor dos ex-funcionários ultramarinos, que limitava desde logo a sua vigência a um prazo que, reconheça-se, era bastante curto.

Por assim ser, este prazo foi sucessivamente prorrogado, por um período que, em termos globais, acabou por permitir aos seus destinatários recorrer ao referido expediente até ao termo de doze anos.

Reconhecerá deste modo V.ª Ex.ª ter sido preocupação do legislador, durante mais de uma década, acautelar a possibilidade de, por um motivo ou por outro, não estarem ainda protegidos todos os destinatários das normas do Decreto-Lei n.º 362/78, assim permitindo que ainda requeressem o benefício concedido por lei.

Este interesse manifesta-se ainda no próprio diploma que é impugnado por V.ª Ex.ª, ao, nos seus artigos 2.º e 3.º, estabelecer-se um prazo final de 4 meses após a sua publicação, para que os potenciais interessados, tendo conhecimento do regime naquele estabelecido, solicitassem a atribuição da pensão, que até então podia ser requerida a todo o tempo.

Percebe-se esta *vacatio legis* prolongada. Se não há ilicitude, em abstracto, na revogação de uma norma que estabelecia, sem termo, determinada possibilidade jurídica, é imperioso salvaguardar, de forma mínima, as expectativas de quem, desconhecendo até à publicação a citada revogação, não possa com a mesma contar. No caso concreto, a *vacatio* de quatro meses é perfeitamente adequada a permitir considerar como injustificada qualquer alegação de desconhecimento da lei.

Não é aqui, todavia, que reside a argumentação de V.ª Ex.ª, no seu âmago, mas sim na asserção de que a legislação em causa "não deve ser revogada independentemente de se admitir teoricamente, diga-se, que a sua vigência não se justifica".

Dito noutros termos, tal redunda na defesa da impossibilidade de cessação do citado regime jurídico por outro motivo que não a caducidade, por esgotamento do objecto da normação. A revogação seria, assim, proibida, sendo lícito considerar que uma revogação de norma caduca apenas teria efeitos declarativos dessa mesma caducidade.

Em geral, assim não é, como V.ª Ex.ª bem sabe. O ordenamento jurídico não pode nem deve, sob pena da sua total inadequação face à realidade social que visa regular, cristalizar-se, tornando perenes soluções que, como acontece na situação trazida ao conhecimento deste Órgão de Estado, são, por natureza, excepcionais e resultando de realidades bem concretas e verificadas há mais de vinte anos.

Na verdade, não existe nenhum princípio de imutabilidade das leis, antes sendo legítimo e razoável, conforme aduzido, que seja alterado o ordenamento jurídico por novo acto voluntário do poder político legitimado democraticamente e enquadrado pelas formas do Estado de Direito.

Não estando em causa a protecção de direitos adquiridos, restaria a pista indiciada por V.ª Ex.ª de a norma revogatória ser inconstitucional por acção. Tal resultaria, dado o carácter próprio da revogação e, mais uma vez repito, não se colocando a questão da transição de regimes, na aceitação do regime revogado como

correspondendo à concretização de norma constitucional que, de modo preceptivo ou programático, exigiria tal regulação legislativa.

Não é assim, não podendo encontrar V.ª Ex.ª norma constitucional que impusesse, em 1978 como agora, este meio excepcional de tutela da situação dos ex-funcionários ultramarinos. Não basta asseverar que tal normação prossegue objectivos constitucionalmente admitidos. Tal redundaria na impossibilidade de revogação de qualquer norma que fosse conforme com a Constituição. Para a procedência do raciocínio de V.ª Ex.ª, mais do que o "enquadramento em objectivos constitucionais", era necessário provar que o legislador em 1978, mercê de norma constitucional preceptiva, reiterou o seu conteúdo ou obedeceu a comando específico de legiferação, assim conferindo exequibilidade à norma de grau superior; ou então V.ª Ex.ª consegue, o que se duvida, enquadrar esta legiferação, por natureza aplicada excepcionalmente a um universo delimitado e finito, portanto determinável, de destinatários, uma vertente de concretização do programa constitucional que não autorize qualquer retrocesso.

Do ponto de vista da constitucionalidade, não creio, na verdade, que se possa demonstrar um ou outro destes pontos.

Lembra, contudo, V.ª Ex.ª uma eventual conexão desta matéria com a decorrente da eliminação de exigência respeitante à nacionalidade, efectuada pelo Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 72/2002, na sequência de iniciativa do Provedor de Justiça.

Será lícito supor que alguns, se não todos, dos ex-funcionários que não requereram oportunamente a pensão em causa justificarão correctamente a sua aparente inacção pela existência do obstáculo corporizado na norma declarada inconstitucional pelo Acórdão citado.

Todavia, essa constatação de pouco serve, face à limitação de efeitos que o Tribunal Constitucional, no uso do poder previsto no art.º 282.º, n.º 4, da Constituição, decidiu, relegando a eficácia da declaração de inconstitucionalidade apenas para o futuro.

Tal significa, na prática, a ininvocabilidade desta decisão para ajuizar da licitude de situações passadas, que entretanto se consolidaram. Noto, também, que a jurisprudência do Tribunal Constitucional tem ido no sentido de equiparar, para efeitos do art.º 282.º, n.º 3, da Constituição, o caso decidido ao caso julgado.

Adicionalmente, recordo que, no caso dos cidadãos estrangeiros que oportunamente requereram ou poderiam ter requerido a pensão, durante a vigência do diploma em causa, estaria aberta, caso essa pensão lhes fosse recusada pela sua nacionalidade, a via do recurso ao Tribunal Constitucional, para efeitos de fiscalização concreta da constitucionalidade.

Tudo isto não significa que não tenha sido sensível à bondade de reabertura do prazo para a apresentação, bastante tardia, reconheça-se, de pedidos de aplicação deste regime.

Contudo, as diligências que se efectuaram junto do Governo revelaram-se infrutíferas, não podendo desconhecer-se alguma dimensão de discricionariedade na opção de política legislativa, financeira e social, ditada por critérios de oportunidade que só ao Governo cabe fixar.

Deste modo, não creio possível ao Provedor de Justiça a adopção de qualquer tipo de procedimento.

R-0255/03

Assunto: Arts.º 1625.º e 1626.º do Código Civil; casamento canónico.

Recebida a carta de V.ª Ex.ª e sobre o assunto em epígrafe, permita-me V.ª Ex.ª que expresse o meu sentimento de alguma falta de oportunidade da mesma.

Na verdade, alega V.ª Ex.ª que as normas acima citadas são inconstitucionais, ao reservarem determinada competência para tribunais situados fora daqueles previstos na Constituição, designadamente no seu art.º 209.º.

Não desconhecerá V.ª Ex.ª que as normas legais em causa mais não fazem do que dar cumprimento à cláusula XXV da Concordata entre a República Portuguesa e a Santa Sé, de 1940, instrumento pactício de Direito Internacional que está actualmente em processo de revisão. Desconhecendo embora se a nova Concordata, com assinatura aprazada para o próximo mês de Fevereiro, estabelece ou não idêntica solução normativa, sempre diria, na segunda hipótese, que qualquer arguição de inconstitucionalidade, abstractamente considerada, se mostraria de nenhum efeito, sendo improvável que uma decisão de provimento fosse emitida antes da alteração em causa e sendo manifesto que, em todo o caso, sempre o Tribunal Constitucional faria uso da competência prevista no art.º 282.º, n.º 4, da Constituição, na parte que não estivesse coberta pelo n.º 3.

Teria porventura sido mais profícuo, desconhecendo se o fez, que V.ª Ex.ª tivesse a seu tempo, no uso do direito de petição, manifestado as suas dúvidas ao Ministério dos Negócios Estrangeiros, entidade que é constitucional e legalmente competente para a condução das negociações de convenções internacionais, tanto mais que foi público o início do processo de revisão da Concordata de 1940 e não desconheço ser V.ª Ex.ª atento observador das questões relacionadas com a liberdade religiosa.

Muito embora, como disse, fosse extemporânea, para já, qualquer tomada de posição, convém explicar a razão pela qual entendo não proceder o juízo de inconstitucionalidade formulado por V.ª Ex.ª.

Em primeiro lugar, centrando o objecto do pedido, noto a irrelevância das normas do Código Civil em questão. Posto que fossem declaradas inconstitucionais ou revogadas, sempre a sua lição normativa continuaria em vigor, *ex vi* a norma da Concordata acima citada. Conforme V.ª Ex.ª bem sabe, mercê do art.º 8.º, n.º 2, da Constituição, os actos de Direito Internacional convencional vigoram directamente na ordem jurídica interna de

Portugal, sem necessidade de qualquer acto nacional que proceda à sua transformação.

É, assim, face a um eventual pedido de fiscalização abstracta sucessiva da cláusula XXV da Concordata que importa raciocinar.

Sem dúvida que as normas constantes de convenção internacional estão também sujeitas aos mecanismos de fiscalização da constitucionalidade, sejam eles preventivos ou sucessivos, escusando-me a autorizar esta afirmação, tão pacífica ela é.

Há, contudo, algumas sombras na clareza deste quadro, sombras essas que os constitucionalistas e, principalmente, os jus-internacionalistas não têm deixado de aflorar. Na verdade, tratando-se da não produção de efeitos (escuso-me a qualificar com maior precisão o vício) de norma de Direito Internacional pactício por força de norma do Direito interno de uma das partes, posto que do seu Direito Constitucional, há que concatenar a solução dada internamente com aquela que é consentida pelas regras de Direito Internacional, no caso as que, por via consuetudinária, vinculam Portugal e que estão contidas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, designadamente nos seus art.ºs 26.º, 27.º e 46.º.

Na verdade, para além de se consagrar na primeira destas normas a regra basilar de que os *pacta sunt servanda*, dispõe o art.º 27.º que é vedado aos Estados pretenderem incumprir com os seus compromissos convencionados com outros Estados, sob pretexto da contradição com normas do seu direito interno (cfr. Pereira, André Gonçalves, e Quadros, Fausto de, Manual de Direito Internacional Público, pg. 119 e seguintes). É de notar que não se está no campo de aplicação da excepção contida no art.º 46.º da citada Convenção, desde logo por a norma constitucional potencialmente violada não respeitar à competência para a conclusão de tratados.

É dúbio na doutrina o posicionamento relativo entre as normas constitucionais e as normas de Direito Internacional

convencional ou, noutra perspectiva, quais as reais consequências de uma relação de inconstitucionalidade destas últimas. Nenhum problema existindo quanto à fiscalização preventiva da constitucionalidade destas normas, por então ainda não existir vinculação definitiva do Estado Português, a opção pela posição prevalecente da Constituição face a normas de Direito Internacional já em vigor deixa por responder a compatibilização dessa posição com as normas vigentes na ordem externa, no mínimo sendo de considerar estar o Estado faltoso a incorrer em responsabilidade internacional (cfr. Gomes Canotilho/Vital Moreira, CRP anotada, 3.ª ed., pg. 86), sendo certo que a primeira das formas de reparação é sempre a reconstituição natural.

Fugindo de todo ao direito constituído, alguma razão terão os que defendem a instituição da fiscalização preventiva obrigatória de todas as normas de convenção internacional, inovando também na restrição da possibilidade do controlo sucessivo nesses casos.

De qualquer modo, concatene-se o que agora fica com o que inicialmente escrevi a respeito do processo de revisão da Concordata. Não faria sentido criar-se, no limite, um conflito entre as obrigações externas de Portugal e as normas da sua Constituição, quando uma via mais simples e consensual, a revisão das normas pactícias estava em curso.

Finalmente, importa dizer que, ainda que assim não fosse, não se considera existir a inconstitucionalidade invocada por V.ª Ex.ª Na verdade, a atribuição de competência aos tribunais canónicos para determinação das condições de validade do casamento católico é uma decorrência lógica da previsão da dualidade ou, agora, pluralidade de formas admitidas de casamento, produzindo todas os mesmos efeitos civis.

Não curando de modelo inverso, de desconsideração do rito religioso e da imposição do casamento civil como única via possível, admite a lei, sem qualquer entrave constitucional, que a liberdade de religião se exprima também através da escolha do modo de celebração, sendo certo que, como se disse, todos

produzem idênticos efeitos na esfera secular e para todos é exigido o preenchimento, positivo ou negativo, segundo os casos, dos requisitos e impedimentos previstos no Código Civil em matéria de capacidade matrimonial.

Ora, para todas as formas de casamento valendo as regras de dissolução civis, designadamente a morte e o divórcio, desde 1975, faz sentido que na averiguação da validade da sua celebração, mormente no caso da Igreja Católica, cujo ordenamento jurídico moldou, aliás, o do casamento civil, se opte pelas regras próprias à forma escolhida. Note-se que se trata de discutir as vicissitudes jurídicas de um acto jurídico, intimamente ligado à sua formalização. Parecendo natural a aplicação das regras canónicas, isto no caso do casamento católico, daqui decorre a também natural remissão da matéria para os tribunais mais aptos a aplicar tal ordenamento jurídico.

Mas, indaga V.ª Ex.ª, será legítima essa remissão para foro estranho à jurisdição portuguesa? Crê-se que o raciocínio exposto na queixa invalidaria boa parte das regras sobre competência internacional, aplicáveis latamente em litígios de outro tipo, sendo, por absurdo, também possível duvidar, mais ainda, da licitude das normas de conflitos que remetam para direito estrangeiro, cuja origem e vinculatividade primária está na soberania de terceiros Estados.

Não se olvide que se está perante uma consequência de uma opção livre dos nubentes, qual seja a da escolha da forma religiosa, especificamente católica, do casamento. Ao fazerem tal escolha, estão a aceitar um conjunto de regras, de cariz canónico, como civil, que se aplicam a essa forma que pretendem seguir. Naturalmente que entre essas regras pode figurar a fixação de um foro específico, complementando a especificidade da forma religiosa de casamento e assim dando plena satisfação à vontade dos nubentes, sem quebra das regras civis sobre a admissibilidade e validade do casamento, plenamente salvaguardadas pelas regras de registo, quer em termos de processo preliminar de publicações

e emissão de certificado, quer em termos sucessivos, por recusa de transcrição ou impugnação do registo.

Como V.ª Ex.ª bem diz, a Constituição é omissa a respeito dos tribunais eclesiásticos. Integrados que são na estrutura da Igreja católica, seria mais de estranhar que tal referência existisse, sendo certo que também não está explicitamente determinada a possibilidade de formas religiosas de casamento com efeitos civis. Uma leitura compreensiva da Constituição, no marco de uma verdadeira liberdade religiosa, admite, contudo, as soluções hoje vigentes, sem dúvida que aperfeiçoadas pela recente abertura a outros casamentos religiosos que não o católico.

Também não espanta que a decisão do tribunal eclesiástico destrua efeitos civis. Na verdade, se foi o acto religioso que produziu tais efeitos, declarada a sua nulidade não se vê muito bem como poderiam subsistir os efeitos que, na esfera civil, os nubentes pretenderam alcançar através da forma religiosa de casamento escolhida.

Por último, é também inteiramente compreensível que a Relação competente não cure da "conformidade da sentença com o sistema legal português". Tratando-se da validade de acto canónico, não é o sistema legal português que deve ser aplicado, mas sim o ordenamento próprio que enforma o acto praticado pelos nubentes – o casamento canónico ou celebração do sacramento do matrimónio, regulado pelos cânones emitidos pela entidade competente da Igreja Católica.

No tocante ao segundo aspecto da reclamação de V.ª Ex.ª, não julgo também procedente que se possa defender a existência de violação do art.º 41.º, n.º 3, da Constituição. Admitindo que a *ratio* da norma, mercê também do regime específico dos direitos, liberdades e garantias, desde logo na parte expressa na primeira parte do art.º 18.º, n.º 1, da Lei Fundamental, estende o âmbito da proibição a qualquer entidade, pública ou privada, mesmo assim

com adequação às circunstâncias concretas,[193] não é verdade que a pura e simples inquirição sobre a forma de casamento celebrada corresponda uma devassa sobre as "convicções ou prática religiosa" de cada um. Na verdade, para além da opção por uma forma religiosa de casamento não dispensar a publicidade do mesmo, sendo o registo civil, em regra, público, não se pode extrair uma ligação necessária entre casamento religioso e adesão interna ou externa a essa mesma fé religiosa. Compreender-se-á que as confissões religiosas tentem restringir o casamento segundo o seu rito àqueles que cumprem os deveres próprios que aquelas impõem aos seus crentes. Não se pode daí extrapolar que a opção por determinada forma de casamento implique uma intromissão abusiva de outrem na esfera íntima do cidadão, afinal o escopo prevenido pela norma constitucional invocada.

Pondero também que esta segunda objecção de V.ª Ex.ª mais rapidamente se dirigiria à possibilidade de instituição de casamento religioso do que à existência de normas sobre a competência para ajuizar da validade do mesmo. Nesta vertente, o alargamento recentemente legislado à pluralidade das confissões religiosas do que antes era privilégio da Igreja Católica, representa um novo espaço de consenso que se julga impertinente perturbar.

Concluo, assim, pela improcedência da reclamação de V.ª Ex.ª, de acordo com a fundamentação que atrás expresso.

---

[193] Veja-se, v. g., a admissão solicitada por um indivíduo numa agremiação religiosa, como seja uma ordem monástica, cristã ou outra. Parece obviamente admissível que as convicções religiosas do postulante sejam inquiridas e avaliadas pela instituição em causa. Da mesma forma e indo ao caso concreto, não choca que quem requeira o casamento religioso, católico ou não, possa ser inquirido sobre os motivos que o levam a solicitar tal acto religioso e a não optar pela alternativa civil.

R-865/03

Assunto: Art.º 60.º, n.º 3, da Lei Geral Tributária.

Lida a comunicação de V.ª Ex.ª, com assunto em epígrafe, informo que não encontro fundamento para ser suscitada junto do Tribunal Constitucional a fiscalização da constitucionalidade abstracta sucessiva, e muito menos da legalidade, da norma do art.º 13.º da Lei n.º 16-A/2002, de 31 de Maio, que deu nova redacção ao art.º 60.º, n.º 3, da Lei Geral Tributária.

A norma em causa estipula que "tendo o contribuinte sido anteriormente ouvido em qualquer das fases do procedimento a que se referem as alíneas b) a e) do n.º 1,[194] é dispensada a sua audição antes da liquidação, salvo em caso de invocação de factos novos sobre os quais ainda se não tenha pronunciado".

Alega V.ª Ex.ª, em suma, que estarão a ser diminuídas as garantias dos contribuintes, colocando-se em causa o princípio constitucional de participação na actividade administrativa.

Não creio que assim seja. Na verdade, a norma em crise apenas dispensa a audição no momento anterior à liquidação se e só se se verificarem cumulativamente dois requisitos:

a) o particular já tenha sido ouvido, num dos momentos que indico em nota;
b) não tenham surgido factos novos ou, pelo menos, que não sejam utilizados na fundamentação da decisão final, consubstanciada na liquidação.

Como é bem de ver, as garantias dos contribuintes só se justificam, seja em termos de participação dos administrados ou,

[194] Isto é, antes do indeferimento total ou parcial dos pedidos, reclamações, recursos ou petições, antes da revogação de qualquer benefício ou acto administrativo em matéria fiscal, antes da decisão de aplicação de métodos indirectos e antes da conclusão do relatório da inspecção tributária.

talvez com mais certeza, pela garantia de defesa, através do contraditório, se preencherem algum efeito útil.

Ora, se nenhum facto novo é trazido à colação, imperativamente todos os factos que fundamentam a liquidação já eram, por definição, do conhecimento do contribuinte em momento anterior à sua audição, sobre os mesmos lhe tendo sido já dada oportunidade para se expressar e explicar os seus pontos de vista, qualificando-os correctamente em termos fiscais.

Na verdade, verificando-se o condicionalismo estabelecido na previsão legal, não há o mínimo interesse, que não seja dilatório, numa nova audição do particular sobre os mesmíssimos factos sobre os quais já teve ocasião de se pronunciar.

Sendo um acto inútil, escusado será dizer que sobre ele não pode pairar a protecção do Direito.

Ainda que assim não fosse, no que toca à suposta violação do art.º 100.º do CPA, invoca V.ª Ex.ª a norma do art.º 112.º, n.º 3 da Constituição, sem contudo, demonstrar a que título podia o CPA ser considerado uma lei de valor reforçado.

Sendo certo que se não trata de uma lei orgânica nem de lei que careça de aprovação por maioria qualificada (cfr. art. 166.º, n.º 2, no primeiro caso), não creio, tão pouco, que V.ª Ex.ª possa defender estar-se perante lei que é pressuposto normativo de outras, categoria a que se reportam as leis de autorização legislativa.

Resta, assim, considerar que V.ª Ex.ª julga ser o CPA uma lei de valor reforçado por ser lei que por outra deva ser respeitada. É claro que se trata de simples asserção que caberia a V.ª Ex.ª demonstrar. Ora, não encontra V.ª Ex.ª na doutrina ou na jurisprudência qualquer arrimo para esta afirmação (cfr. o elenco de leis que se podem subsumir neste conceito, em Miranda, Jorge, Manual de Direito Constitucional, tomo V, pg. 353 e segs.), devendo interpretar-se a parte final do art.º 112.º, n.º 3, no quadro da Constituição, isto é, verificando se é a própria valoração constitucional que permite uma hierarquização entre leis que, à partida, teriam igual valor. Reporta-se, na verdade, essa parte

final do art.º 112.º, n.º 3, a situações como a das Leis Gerais da República, quanto ao respeito que lhes é, em regra, devido pela legislação regional, no que toca aos seus princípio fundamentais, ou a das Leis de Bases.

Naturalmente que concluindo-se pela inutilidade de nova audição, em repetição de passo procedimental anterior, nenhum obstáculo existe à retroactividade ínsita na natureza interpretativa atribuída pelo art.º 13.º, n.º 2, da Lei n.º 16-A/2002, não sendo a retroactividade proibida, de modo genérico, e não se estando aqui perante as situações que, explícita ou implicitamente, vêem tal eficácia vedada constitucionalmente.

Nada julgo, assim, haver a criticar na norma impugnada por V.ª Ex.ª.

R-985/03

Assunto: Artigo 90.º do Decreto-Lei n.º 244/98, de 8 de Agosto.

Solicitou V.ª Ex.ª a intervenção do Provedor de Justiça, através de exposição apresentada junto deste Órgão de Estado, na qual se alega a inconstitucionalidade material do artigo 90.º do Decreto-Lei n.º 244/98, de 8 de Agosto, na redacção a este então dada pelo Decreto-Lei n.º 4/2001, de 10 de Janeiro, por violação dos artigos 13.º e 15.º, n.º 1 da Constituição Portuguesa.

Afirma V.ª Ex.ª que, estabelecendo a disposição legal atrás citada "que os estrangeiros deixam de ser identificados através do Bilhete de Identidade, para passarem a fazê-lo pelo título de residência", estaria a mesma a discriminar os cidadãos estrangeiros relativamente aos cidadãos nacionais no que toca à forma de identificação.

Mais afirma V.ª Ex.ª que não terão sido criadas as condições necessárias para que a norma em apreço se tornasse exequível, atento o facto de os títulos de residência permanecerem, para renovação, no Serviço de Estrangeiros e

Fronteiras, por períodos manifestamente superiores aos legalmente previstos, com os inconvenientes associados à sua ausência prolongada.

No tocante à alegada inconstitucionalidade material do artigo 90.º do Decreto-Lei n.º 244/98, de 8 de Agosto, cumpre desde já referir que a distinção a que V.ª Ex.ª faz agora referência já anteriormente se fazia sentir ao nível dos documentos de identificação existentes, ao fazer-se menção ao bilhete de identidade de cidadão português e bilhete de identidade de cidadão estrangeiro, diferentes por isso na denominação e, inclusivamente, no próprio aspecto (este último era emitido, ultimamente, em papel de cor azul).

Mais se esclarece que a existência, até à entrada em vigor do diploma contestado, do documento de identificação em referência, não dispensava a necessidade de, em todos os casos, existir um título adicional que permitisse provar a regularidade da residência do cidadão estrangeiro que fosse seu titular.

Plausivelmente terá sido a inutilidade da existência do bilhete de identidade de cidadão estrangeiro, por não asseverar a regularidade da residência e por ser facilmente substituível, como prova da identidade e da nacionalidade do seu titular, pelo documento de viagem, *que também era sempre exigido* (passaporte ou documento de identidade nacional, quando tal fosse admitido), que terá justificado a abolição desse documento.

Nesta perspectiva, tratou-se de uma medida de desburocratização, inclusivamente fazendo cessar a crença errónea de que era o BI que titulava a regularidade da residência.

Estando-se aqui a tratar da consagração legal de títulos que consubstanciam situações jurídicas diversas, mister é reconhecer que pode a lei estabelecer licitamente formas de documentação diversas para diversas categorias de pessoas, aqui claramente estando perante uma distinção admissível face à nacionalidade.

Não se pode, por isso, também afirmar que a eliminação do bilhete de identidade de cidadão estrangeiro, realçando-se o título

de residência emitido a favor deste, configure uma alteração significativa da situação até então existente, na medida em que, de acordo com o artigo 37.º, n.º 9 do Decreto Regulamentar n.º 5-A/2000, de 26 de Abril, na redacção a este dada pelo Decreto Regulamentar n.º 9/2001, de 31 de Maio, "ao título de residência são aplicáveis, com as devidas adaptações, as normas relativas à identificação civil", constantes da Lei n.º 33/99, de 18 de Maio, valendo o mesmo, de acordo com a disposição contestada, *"para todos os efeitos legais"*.

Decorre assim do preceituado na legislação acima melhor identificada que os títulos previstos no artigo 90.º do Decreto-Lei n.º 244/98, na sua redacção actual, reúnem uma dupla vertente, assegurando o conhecimento da situação legal do estrangeiro que se encontre em território nacional e permitindo simultaneamente a sua identificação, em termos idênticos aos anteriormente permitidos através do bilhete de identidade.

Na verdade, o que está em causa na emissão de um bilhete de identidade de cidadão estrangeiro ou título de residência é o direito e, simultaneamente, o dever de os indivíduos serem portadores de documentos de identificação que os habilitem perante as autoridades do país de acolhimento a permanecer em território nacional, fazendo prova da sua identidade e simultaneamente da regularidade da sua permanência no mesmo, independentemente da forma através da qual aquela se venha a processar.

Afirma V.ª Ex.ª que, ao retirar-se a possibilidade de os cidadãos estrangeiros serem portadores de bilhete de identidade, estar-se-ia a violar a Constituição Portuguesa, designadamente nos princípios da igualdade e da equiparação nesta consignados.

Sendo incontestável que o princípio geral do Direito português nesta matéria é o da equiparação de direitos, reconhecerá V.ª Ex.ª que a igualdade de tratamento que o mesmo também pressupõe, deve atender às particularidades das situações em presença, sob pena de, tratando-se igualmente o que

porventura se vem a revelar desigual, se estar a violar os comandos constitucionais invocados por V.ª Ex.ª.

De facto, a proibição de discriminação a que V.ª Ex.ª faz referência, "não significa uma exigência de igualdade absoluta em todas as situações, nem proíbe diferenciações de tratamento". O que se exige é que as mesmas sejam materialmente fundadas, baseando-se numa distinção objectiva de situações, tenham um fim legítimo, revelando-se necessárias, adequadas e proporcionadas à satisfação do seu objectivo.

Ora, parece manifesto que a nacionalidade é um critério perfeitamente apto para distinguir as pessoas quanto ao seu direito de permanência em Portugal, nuns casos por direito próprio, nos outros através do preenchimento das condições de entrada e permanência previstas na lei.

Como se disse acima, não se pode extrair um pretenso direito à igualdade na titulação de situações materialmente distintas. Não sendo a situação dos cidadãos estrangeiros objectivamente igual à situação dos cidadãos nacionais, deve o legislador atender às especificidades inerentes a estas, tratando cada uma delas de acordo com as mesmas, como acontece no presente caso e, já acontecia, nos moldes anteriormente apresentados, antes da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 244/98.

Isto é tanto mais válido quanto, como se concluiu anteriormente, o direito à identificação, reclamado por V.ª Ex.ª, permanece imutável na sua substância, uma vez que a função assegurada pelo bilhete de identidade é agora assegurada pelo título de residência, tratando-se essencialmente de uma mudança de forma e não de conteúdo.

Relativamente à questão da emissão da documentação em causa, a renovar nos termos legalmente previstos, afirma V.ª Ex.ª que, em virtude dos reconhecidos atrasos na emissão e entrega, por parte do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, das autorizações de residência renovadas, os cidadãos estrangeiros circulam indocumentados por largos períodos de tempo.

Convém precisar que a questão colocada por V.ª Ex.ª se coloca com especial pertinência nas situações de renovação da autorização de residência temporárias na medida em que, nos termos do artigo 84.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 244/98, de 8 de Agosto, na redacção a este dada pelo Decreto-Lei n.º 34/2003, de 25 de Fevereiro, as autorizações de residência permanentes não têm limite de validade, sem prejuízo da renovação periódica do título, para além da actualização dos dados pessoais do residente.

Ora, no que concerne às autorizações de residência temporárias, inicialmente concedidas por um período de 2 anos e renováveis, nos termos previstos no n.º 1 do artigo 83.º do diploma citado, por períodos sucessivos de 3 anos, cumpre referir que, relativamente aos cidadãos nacionais de países de língua oficial portuguesa, a necessidade de renovação se colocará apenas uma única vez, na medida em que, de acordo com o disposto no artigo 85.º, n.º 1, alínea a), do mesmo diploma, podem os mesmos vir a beneficiar de autorização de residência permanente desde que "residam legalmente em território português há pelo menos cinco (...) anos", afinal o somatório do período inicial com o resultante da primeira renovação.

Mesmo no que respeita à situação dos restantes cidadãos estrangeiros, idêntica necessidade de renovação colocar-se-á apenas por 2 vezes, na medida em que, de acordo com a citada disposição, poderão os mesmos vir a beneficiar de uma autorização de residência permanente, decorridos que sejam 8 anos sobre o início da sua permanência em território nacional, assim correspondendo ao período inicial de dois anos a que se somam dois períodos de 3 anos, resultantes de tantas renovações.

É certo que a validade da renovação de autorização de residência temporária se conta a partir da data final de eficácia da anterior decisão que concedia ou renovava tal autorização.

Sabendo-se a demora ínsita no processo de decisão do SEF, não raro ultrapassando os doze meses, tornava-se claro que mais de metade do período de dois anos previsto na anterior redacção do art.º 83.º, n.º 1, decorria antes da titulação da decisão

administrativa, plausivelmente sempre, ou quase, configurando um acto expresso confirmativo de acto tácito de deferimento, nos termos do art.º 92.º-A, n.º 2, do Decreto-Lei 244/98, na sua versão actual.

Embora a situação aludida por V.ª Ex.ª possa ser reduzida nos termos que antecedem, importa verificar da gravidade dos prejuízos causados.

Noto que, conforme resulta do antecedente, a recente alteração ao texto do Decreto-Lei 244/98, aumentando o prazo de residência concedido em sede de renovação, de dois para três anos, diminuiu a acuidade do problema, tal como colocado por V.ª Ex.ª.

É também certo que o direito de residência só caduca um ano após o termo da validade da autorização, conforme estabelece o art.º 91.º, n.º 3, do Decreto-Lei 244/98.

Sempre se diria, contudo, que, embora mitigado na sua duração relativa, sempre o atraso na renovação afectaria, designadamente, a realização de matrículas junto dos estabelecimentos de ensino nacionais, a celebração de contratos de trabalho ou a abertura de contas bancárias, entre outros actos para os quais será de esperar que se queira ver provada a regularidade da situação do cidadão estrangeiro.

Ora, relativamente a esta situação, determina o artigo 32.º, n.º 7, do Decreto Regulamentar n.º 5-A/2000, de 26 de Abril, na redacção a este dada pelo Decreto Regulamentar n.º 9/2001, de 31 de Maio, que, "*na pendência da instrução do processo de renovação de autorização de residência, o talão*" comprovativo da apresentação do pedido correspondente "*comprova,* para todos os efeitos legais*, a qualidade de estrangeiro residente em território nacional*", valendo por isso mesmo, perante toda e qualquer entidade, até à emissão de novo título de residência que comprove essa renovação.

É este meio apto a eliminar ou minorar os inconvenientes resultantes da demora na apreciação administrativa dos requerimentos em causa, mais a mais evidentes quando, nos termos do já citado artigo 92.º-A do Decreto-Lei n.º 244/98, não

sendo o pedido de renovação de autorização de residência decidido no prazo de 30 dias, entende-se ter sido o mesmo tacitamente deferido, faltando agora a correspondente emissão e entrega da respectiva documentação.

Indagado a respeito desta questão, respondeu o SEF que seriam as mesmas deficiências logísticas que impediriam a emissão dos títulos. Na verdade, estou convicto que na generalidade dos casos existirá este deferimento tácito, resultando a actuação do SEF exclusivamente na apreciação das causas possíveis de revogação desse acto tácito, apenas por ilegalidade, operação que em regra se torna inviável decorrido que seja um ano sobre a formação desse deferimento tácito, procedendo então e nessa medida à emissão do competente título.

Trata-se de matéria que oportunamente se enquadrará na situação global vivida pelo SEF, sendo conhecidas as limitações de meios com que se debate esta estrutura, e não podendo deixar de considerar como mais graves ou merecedores de atenção mais prioritária outras vertentes da sua actuação, prejudicando peticionantes que não beneficiam da protecção normativa concedida, nos termos acima descritos, pelo art.º 32.º, n.º 7, do Decreto Regulamentar n.º 5-A/2000, de 26 de Abril.

R-1320/03

Assunto: Decreto-Lei n.º 312/2002, de 20 de Dezembro.

Dirigiu-me V.ª Ex.ª uma comunicação, com assunto em epígrafe, peticionando a apresentação ao Tribunal Constitucional de pedido de fiscalização abstracta sucessiva das normas do diploma legal também acima referenciado.

Assim, tendo este diploma sido emanado no uso de autorização legislativa concedia pela Lei n.º 109-B/2001, de 27 de Dezembro, defende V.ª Ex.ª que esta tinha caducado nos termos do art.º 165.º, n.º 4, da Constituição, por se ter verificado,

inclusivamente antes da sua publicação, a demissão do Governo e por ter sido entretanto dissolvida a Assembleia da República, assim se pondo fim à legislatura em curso.

Teria V.ª Ex.ª inteira razão, se se estivesse perante a aplicação do regime geral das autorizações legislativas. Contudo, se V.ª Ex.ª atentar no n.º 5 do artigo da Constituição que invoca, verificará que é aí previsto um regime especial de caducidade para as autorizações que constem de lei orçamental e que incidam sobre matéria fiscal.

Tratando claramente de matéria fiscal a autorização para a criação do tributo em apreço, não menos claro, até pela sua própria epígrafe, é o facto de a Lei n.º 109-B/2001 representar a aprovação do Orçamento de Estado para 2002.

Assim, nos termos do art.º 165.º, n.º 5, da Constituição, a autorização legislativa em apreço só caducaria no final do ano económico de 2002, o que torna improcedente a alegação de inconstitucionalidade, aliás orgânica e não formal, que foi suscitada por V.ª Ex.ª.

R-2164/03

Assunto: Artigo 79.º do Estatuto da Aposentação.

Solicitou V.ª Ex.ª a intervenção do Provedor de Justiça, através de uma exposição apresentada junto deste Órgão de Estado, na qual se alega a inconstitucionalidade material do artigo 79.º do Decreto-Lei n.º 498/72, de 9 de Dezembro, na redacção a este dada pelo Decreto-Lei n.º 215/87, de 29 de Maio, por o mesmo contrariar o sentido volitivo do artigo 59.º, n.º 1, alínea a) da Constituição da República Portuguesa, desrespeitando o direito à retribuição e o princípio de "trabalho igual, salário igual" no mesmo consignados.

Entende V.ª Ex.ª que a norma contestada é lesiva dos interesses de todos os aposentados que, em virtude da mesma, se

encontram em situação de desigualdade, face a outros cidadãos que desempenhem funções idênticas às por aqueles desenvolvidas.

Considera V.ª Ex.ª resultar do preceito *sub judicio*, de forma constitucionalmente censurável, o facto de um cidadão não aposentado e de um cidadão aposentado receberem remunerações diversas pelo desempenho de uma mesma função, sendo certo que "a remuneração não é mais do que a contrapartida da actividade exercida", não se compreendendo que esta "possa ser determinada por qualquer circunstância exterior, designadamente outros rendimentos ou remunerações que o aposentado possa legitimamente possuir".

No tocante à problemática em apreço, cumpre precisar o entendimento que, em termos mais vastos, se tem por assente relativamente ao princípio da igualdade, vertido no artigo 13.º da Constituição Portuguesa.

Postula o comando constitucional em causa o tratamento igual de situações de facto iguais e o tratamento diverso de situações de facto diversas, mas substancial e objectivamente diversas (cfr. Canotilho, Gomes/Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 3.ª edição, pg. 127; Miranda, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. IV, pg. 214 e segs.).

De facto, o conceito de igualdade propugnado no texto constitucional não pretende estabelecer uma igualdade absoluta em todas as situações, nem proíbe diferenciações de tratamento, desde que as medidas de diferenciação sejam materialmente fundadas, baseando-se, designadamente, numa distinção objectiva de situações (*ibidem*).

Assumindo-se o artigo 59.º, n.º 1, alínea a), da Constituição Portuguesa, como corolário do princípio da igualdade, entendido nos termos acima mais bem expostos, reconhecer-se-á que o entendimento neste assumido relativamente ao direito à retribuição do trabalho radicará em critérios objectivos e materiais, como o são a quantidade, a natureza e a qualidade do mesmo, aos quais não será alheia a consideração da realidade social inerente à relação laboral, devendo a caracterização de

situações de trabalho igual partir, por isso, da consideração dos factores acima enunciados.

Decorre assim do comando constante do preceito constitucional invocado, revestir-se o mesmo de uma função garantística, pretendendo o legislador constitucional acautelar a criação de condições materiais que assegurem uma existência condigna, possibilitando a criação de condições de vida compatíveis com o nível de vida exigível em cada etapa do desenvolvimento económico e social de cada um (cfr. Canotilho, Gomes/Moreira, Vital, *op. cit.*, pg. 319; Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 386/91).

Reconhecerá assim V.ª Ex.ª que, estando em causa no artigo 79.º do Estatuto da Aposentação o exercício de funções públicas ou a prestação de trabalho remunerado em empresas públicas ou entidades equiparadas, por cidadãos que aufiram pensão de aposentação ou reforma, bem como por reservistas das Forças Armadas, fará sentido que se estabeleça uma adequada diferenciação, à luz dos critérios constitucionalmente fixados, uma vez que os mesmos se encontram numa situação que, nas suas especificidades materiais, justificará por si só o tratamento distinto agora contestado.

Desde já se diga que tal justificação material não é equivalente à bondade da mesma solução em termos de mérito. Significa apenas que não é possível censurar, do ponto de vista da constitucionalidade, tal solução, sem que se considere se é a melhor ou não, se é ou não possível enveredar, também licitamente, por solução diversa.

Assim, é legítimo não se equiparar a situação em que material e objectivamente se encontram os cidadãos que auferem uma pensão de aposentação com as condicionantes vivenciais de um cidadão que, pela sua situação, não beneficia ainda de idêntico estatuto.

Na realidade, concordará V.ª Ex.ª que a remuneração percebida por um trabalhador no activo, decorrente do exercício de funções ou cargos públicos iguais na sua quantidade e

qualidade às realizadas por militar na situação de reserva ou de reforma, corresponde a realidade substancialmente distinta daquela em que estes últimos se encontram, recebendo já uma prestação pública.

Tal distinção assenta no pressuposto de que, para os primeiros, aquela constitui o núcleo essencial do seu direito à retribuição constitucionalmente previsto, enquanto que para estes últimos tal acréscimo, legalmente consentido, se situa fora daquele âmbito, na medida em que o objectivo de que seja assegurada existência condigna já se encontrará observado, concluindo-se que, sob esta perspectiva, os aposentados e reservistas não se encontram em situação igual à dos funcionários do activo.

A remuneração auferida pelo trabalhador da Função Pública aposentado cumulada com o trabalho por este desempenhado constitui, deste modo, um *plus* retributivo que não tem origem, directamente, no seu direito ao trabalho, conquanto obviamente, derive do trabalho desempenhado (cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 386/91, de 22 de Outubro de 1991).

Na verdade, o artigo 78.º do diploma contestado estabelece o princípio segundo o qual os servidores do Estado na situação de aposentação não podem exercer funções remuneradas ao serviço do Estado, revelando-se por isso de *per si* excepcionais as situações que venham a merecer cobertura legal, ao abrigo do regime previsto no artigo 79.º daquele diploma.

Considera ainda V.ª Ex.ª que, diferentemente do que acontece relativamente aos cidadãos aposentados, os cidadãos reformados "podem livremente desempenhar funções públicas ou trabalho remunerado em empresas públicas ou entidades equiparadas sem que isso lhe acarrete qualquer redução na remuneração ou na pensão".

Relativamente a esta questão, cumpre esclarecer que está em causa, sempre, apenas a cumulação de rendimentos pagos pelo erário público, quer a título de pensão, quer de retribuição. É livre um aposentado de exercer funções no sector privado.

Assim, afirma ainda V.ª Ex.ª que a norma questionada, não sendo aplicável aos aposentados que desempenhem funções remuneradas em empresas ou entidades privadas, está a estabelecer diferenciações entre os próprios aposentados.

Mais uma vez cumpre, a este respeito, chamar à colação o princípio da igualdade subjacente à formulação do comando constitucional vertido no artigo 59.º, n.º 1, alínea a), da Lei Fundamental.

Na verdade, tratando-se, nas situações enunciadas por V.ª Ex.ª, de realidades objectiva e materialmente distintas, não se pode, em bom rigor, questionar o tratamento dispensado a cada uma das mesmas.

Reconhecerá V.ª Ex.ª que a natureza das funções a desempenhar por parte dos cidadãos aposentados, à imagem e semelhança do que acontece relativamente aos cidadãos com uma vida profissional activa, condiciona de forma determinante o regime ao abrigo do qual as mesmas venham a ser desempenhadas.

Para além de ser simplesmente equacionável o Estado de estabelecer regra idêntica à do art.º 78.º, pura e simplesmente proibindo o desempenho de funções públicas por quem já as desempenhou e por isso aufere determinada pensão, sempre será de se considerar como opção mais respeitadora da proporcionalidade entre os interesses em presença a actual, que condiciona esse desempenho ao recebimento do terço do vencimento ou, em certos casos, mesmo da totalidade.

Relativamente ao facto realçado por V.ª Ex.ª, concernente à existência de numerosos aposentados que auferem pensões de montantes muito baixos, "que o aposentado pode legitimamente querer reforçar com a remuneração de novas funções", cumpre precisar que, relativamente a esta matéria, veio já o Tribunal Constitucional, a pronunciar-se nos termos do Acórdão acima citado.

De acordo com a argumentação neste aduzida, a norma contestada por V.ª Ex.ª padeceria do vício de inconstitucionalidade

"se o total auferido pelo aposentado - resultado da pensão e do vencimento proveniente do desempenho autorizado de função ou cargos públicos, - se mostrar de quantitativo inferior ao salário atribuído ao trabalhador que exerce função ou cargo iguais aos que o aposentado está permitido exercer".

Terá sido, aliás, na tentativa de acautelar a ocorrência de situações em que o cidadão aposentado receba (no total) remuneração inferior à auferida pelo cidadão no activo que desempenhe idênticas funções, que o artigo 79.º do Estatuto da Aposentação estabelece, *in fine*, a possibilidade de "o Primeiro--Ministro, sob proposta do membro do Governo que tenha o poder hierárquico ou de tutela sobre a entidade onde prestará o seu trabalho o aposentado ou reservista, autorizar montante superior, *até ao limite da mesma remuneração"*, acautelando-se também, com o recurso a semelhante expediente, a ocorrência das situações acima enunciadas.

Mais alega V.ª Ex.ª que a "norma questionada, aplicando-se apenas aos aposentados, deixa intocadas as remunerações daqueles trabalhadores activos, mesmo os de empresas públicas ou entidades equiparadas, que sejam nomeados ou contratados por empresas públicas ou equiparadas para desempenharem, em acumulação, funções que permitam essa situação".

No tocante a esta questão, permito-me tornar presente a V.ª Ex.ª o disposto no artigo 269.º, n.º 4, da Lei Fundamental, nos termos do qual "não é permitida a acumulação de empregos ou cargos públicos, salvo nos casos expressamente admitidos por lei", reconhecendo-se assim ao legislador ordinário, a legitimidade para vir a estabelecer as condições excepcionais, em que o princípio constitucionalmente consagrado pode vir a deixar de ser observado.

Refira-se a este nível, e a título meramente exemplificativo que, nos termos previstos no artigo 22.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 110-A/81, de 13 de Maio, se veio a estabelecer que nas remunerações de funcionários e agentes da Administração Pública, "apenas será permitida a acumulação de lugares ou

cargos públicos desde que (...) se verifique (...) um dos seguintes requisitos: inerência de funções, carência de pessoal devidamente habilitado para o exercício dessas funções ou complementaridade da actividade secundária relativamente à actividade principal".

Mais recentemente, desta feita relativamente ao estatuto do pessoal dirigente da Administração Pública, aprovado pela Lei n.º 49/99, de 22 de Junho, determina o artigo 22.º, n.º 1 daquele diploma, que o mesmo "exerce funções em regime de exclusividade, não sendo permitido (...) o exercício de outros cargos ou funções públicas remunerados, salvo os que resultem de inerências ou de representação de departamentos ministeriais ou de serviços públicos e, bem assim, do exercício de fiscalização ou controlo de dinheiros públicos".

Resulta assim do elenco das situações enunciadas, relativas ao regime de exercício de funções públicas por parte dos servidores do Estado, que as circunstâncias de acumulação excepcionalmente admitidas, se encontram devidamente enquadradas, em termos legais, pelo interesse público a prosseguir com o desempenho das funções a acumular, cuja cumulação num mesmo servidor do Estado se encontra assim constitucionalmente legitimada.

Razões estas às quais acrescerão, mais uma vez, as acima já aduzidas, a propósito do entendimento, jurisprudencial e doutrinariamente, assumido quanto ao princípio da igualdade constitucionalmente consagrado, uma vez que se trata de situações materialmente distintas, cujo tratamento diverso apontado por V.ª Ex.ª encontra antes de mais, fundamento racional bastante, na sua diversidade objectivamente constatada.

Nestes termos, entendo não caber ao Provedor de Justiça a adopção de qualquer outro tipo de procedimento, por considerar não estar o artigo 79.º do Estatuto da Aposentação ferido de qualquer vício que determine a sua inconstitucionalidade.

R-2179/03

Assunto: Lenocínio; Declarações para memória futura.

Reporta-se V.ª Ex.ª à possibilidade de ser suscitada, nos termos do art.º 281.º, n.º 2, d), da Constituição, a fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade da norma do Código Penal que pune o lenocínio, bem como da do Código de Processo Penal que permite a recolha de declarações para memória futura.

Sendo diversa a argumentação de V.ª Ex.ª, verifique-se de *per si* cada uma destas pretensões.

Antes, contudo, quero corrigir o que aparenta ser uma imprecisão de entendimento de V.ª Ex.ª quanto à chamada fiscalização concreta da constitucionalidade. Esta, entre nós e desde 1911, está difusamente entregue a todos os tribunais, os quais não só podem como devem desaplicar normas que considerem, se fossem aplicadas ao caso concreto, inconstitucionais. Esta desaplicação pode ocorrer *ex officio*, isto é, por pura iniciativa do tribunal ou, pelo contrário resultar de invocação por uma das partes em confronto. A Constituição, neste particular, isto é, se aplicada norma cuja inconstitucionalidade tenha sido suscitada ou se for recusada a aplicação de norma por inconstitucionalidade, abre uma via própria de recurso para o Tribunal Constitucional, o qual decide em última instância sobre a validade das normas impugnadas.

Não é assim verdade o que V.ª Ex.ª afirma no 3.º parágrafo da sua segunda carta. Se ao cidadão comum está vedado o acesso ao Tribunal Constitucional pela chamada via principal, pode, contudo, em juízo, incidentalmente levantar essa questão, para sua defesa no processo em causa. Explicitando, se V.ª Ex.ª no caso concreto nada podia fazer, já o parente de V.ª Ex.ª, sendo arguido em processo crime, podia nesse mesmo processo suscitar as inconstitucionalidades que entendesse como verificadas, podendo,

caso o tribunal não lhe desse razão, recorrer para o Tribunal Constitucional, sujeito embora a alguns requisitos processuais não relevantes para o que aqui interessa e que não tolhiam em termos finais essa apreciação.

Também não é correcto descrever a norma que estabelece a chamada fiscalização difusa da constitucionalidade (art.º 204.º da Constituição) como um mero "impedimento" e não uma "competência". Na verdade, está aí estabelecida a competência dos tribunais para conhecer da constitucionalidade do Direito que aplicam. E esta é um dever e não uma mera faculdade.

Por último, quero indicar que, se é louvável a clareza da linguagem do Direito, a complexidade da sociedade moderna reflecte-se numa cada vez maior tecnicidade, o que acarreta a impossibilidade, muitas vezes, da correcta apreensão do real significado das normas, sem o apoio de profissional competente - o advogado. É por essa razão que a lei reserva a consulta jurídica aos advogados, punindo criminalmente quem, não o sendo, usurpa essas funções, isto inclusivamente para correcta protecção dos cidadãos que, recorrendo a quem não beneficia da preparação técnica em causa, facilmente poderão ser induzidos em erro.

Olhando agora para a primeira questão, sugere V.ª Ex.ª que é inconstitucional o art.º 170.º, n.º 1, do Código Penal, pois:

a) viola a liberdade de associação das prostitutas;
b) dirigindo-se apenas às prostitutas, não revestiria o comando proibitivo carácter de generalidade e abstracção, assim violando as regras constitucionais sobre restrição de direitos, liberdades e garantias.

Nenhuma das asserções é verdadeira. Quanto à primeira, não está minimamente em causa o direito das prostitutas ou, aliás, de quaisquer pessoas, se juntarem numa associação, esta na sua essência uma pessoa colectiva de *natureza não lucrativa*, para o prosseguimento de fins que sejam lícitos, isto é, não proibidos pela ordem jurídica.

Ora, na prática do crime de lenocínio não há qualquer formação de uma associação, aliás no caso juntando prostitutas e

terceiros, já que o que está em causa é, precisamente, um ganho económico pela actividades que uns e outros desempenham integradamente.

Deveria, assim, V.ª Ex.ª chamar à colação, não a liberdade de associação, mas sim a de iniciativa económica, também chamada liberdade de empresa. Sucede, em primeiro lugar, que tal posição jurídica não beneficia integralmente da protecção dispensada pela Constituição aos direitos, liberdades e garantias, antes sendo lícito ao Estado, por instrumento legislativo, considerar como contrária a interesses constitucionalmente relevantes esta ou aquela actividade económica, restringindo-a ou de todo vedando-a.

É o caso do aproveitamento da prostituição para ganhos económicos de terceiros. Em termos axiológicos, a lei não formula juízos sobre a prostituição. Ainda que a mesma não assente, em concreto, sobre a auto-determinação da prostituta, entende a lei, já há décadas, que não há que punir aquela que sempre seria a maior lesada nesse caso de suposta escravatura sexual.

O contrário não se passa já com a participação de terceiros no negócio do sexo. Aí, entende a lei que não é admissível a obtenção de lucro a partir da venda do corpo, ainda que consentida, de outrem, por contrário a princípios constitucionais tão relevantes como o da dignidade da pessoa humana.

Acresce que, conforme V.ª Ex.ª bem deve saber pela simples leitura da imprensa, em boa parte das situações não há sequer uma total e livre auto--determinação da vontade da prostituta, colocada em situação de dependência, afectiva, económica ou de outra ordem daquele que lucra com essa situação. Isto é em especial verdadeiro nas redes que aliam a prostituição à imigração clandestina, num *pot-pourri* em que andam em geral mancomunadas a miséria e a degradação humanas.

É, assim, adequado que quem se aproveita dessa situação para retirar benefícios económicos, seja da prostituição, seja, já agora, da imigração ilegal, seja severamente punido como

manifestação da reprovação da sociedade por comportamentos em si mesmos anti-sociais ou associais.

Repare V.ª Ex.ª que análogo raciocínio podia ser por V.ª Ex.ª defendido quanto ao tráfico de droga, parecendo evidente que nenhum consumidor será obrigado a comprar e a tomar os estupefacientes em causa. Aqui, como no caso da prostituição, essa autodeterminação formal em nada corresponde a uma verdadeira e substantiva liberdade de decisão. Assim se percebe que a tendência mais moderna seja a da despenalização do consumo, como já há muito sucede com a prostituição, estando a comunidade cada vez mais ciente que as vítimas nestes processos são as prostitutas e os toxicodependentes e os verdadeiros lesantes dos valores a defender os que obtêm lucro por essa via, sejam eles proxenetas ou traficantes.

Independentemente de quaisquer juízos adicionais que se pudessem fazer, é seguro, para mim, que não há a mínima censura constitucional a dirigir à incriminação do lenocínio, como aliás da do tráfico de droga.

Isto também porque, indo à segunda asserção, conforme V.ª Ex.ª poderá confirmar em qualquer manual de Introdução ao Direito, as características da generalidade e abstracção referidas no art.º 18.º da Constituição e doutrinariamente assumidas como essenciais à definição de norma jurídica, reportam-se, não a uma suposta universalidade das regras, que aliás bem seria de estranhar, mas sim à indeterminabilidade dos sujeitos e das situações concretas às quais o preceito em causa será potencialmente aplicável.

Ora, concordará V.ª Ex.ª que a norma do Código Penal em causa vale para qualquer situação do género aí tipificado que se venha a verificar após a sua entrada em vigor, sendo praticada por qualquer pessoa, sem que previamente se possa determinar quem será. Nada tenho, assim, a criticar na norma em causa.

No que diz respeito às declarações para memória futura, permitirá V.ª Ex.ª que claudica desde logo a pretensão de V.ª Ex.ª, no que ao mecanismo previsto no art.º 281.º da Constituição diz

respeito, por manifestar, expressamente, que considera inconstitucional a dita figura por "o modo como vem sendo usado, não está de acordo com as alíneas 1 e 5 do art.º 32.º da Constituição".

Ora, é esta precisamente uma situação que configura a fiscalização concreta a que acima fiz referência. Ou seja, é viável que uma norma não seja, em abstracto, inconstitucional, mas, sendo aplicada de determinada forma e num caso concreto, possa merecer esse juízo de desvalor.

Contudo, como afirmei, esse juízo tem necessariamente que ser feito valer no processo próprio, sendo invocada pela parte lesada essa inconstitucionalidade, a menos que o tribunal decida oficiosamente conhecer da mesma.

Não é já apto, nessas situações o mecanismo da fiscalização abstracta da constitucionalidade já que esta, conforme a própria denominação elucida, abstrai das circunstâncias concretas que se possam invocar. E, sendo possíveis duas interpretações, uma de acordo com e a outra violando a Constituição (situação que parece ser a configurada por V.ª Ex.ª), sempre o Tribunal Constitucional teria que optar por aquela primeira, em aplicação do chamado princípio da interpretação conforme à Constituição, assim decidindo não declarar a inconstitucionalidade com força obrigatória geral.

Noto que esta questão, bem como de toda a produção de prova em que seja desconhecido algum elemento de identificação da testemunha, tem sido ultimamente muito debatida, inclusivamente no âmbito do chamado processo da Casa Pia.

Dessa discussão é possível que saia algum aperfeiçoamento do regime legal pertinente, como aliás de outros que estão na ordem do dia, quais sejam o do segredo de justiça e da prisão preventiva.

Para já, esclareço que, ao contrário do que afirma, as DMF não são, no processo, a "verdade absoluta", sendo, como os demais elementos de prova, designadamente com a mesma natureza testemunhal, livremente valoráveis pelo tribunal (cfr. art.º 127.º

do CPP). Também o facto de serem produzidas antecipadamente não evita que possa o seu conteúdo ser contraditado, mediante a apresentação de outros elementos de prova que contrariem ou criem a dúvida sobre o teor daquelas, em última análise através da audição das mesmas testemunhas, se possível.

Como espero ter esclarecido V.ª Ex.ª, nenhuma razão tenho, substantiva ou de outra natureza, que me permita considerar justificada a apresentação de qualquer iniciativa deste tipo junto do Tribunal Constitucional.

R-2250/03

Assunto: Decreto-Lei n.º 208/2002, de 17 de Outubro.

A respeito da pretensão de V.ª Ex.ª relacionada com o diploma em epígrafe, informo não ter encontrado base que sustente as alegações produzidas na carta em apreço.

Na verdade, veio o Decreto-Lei n.º 208/2002, de 17 de Outubro, aprovar a nova estrutura organizacional do Ministério da Educação, optando pela criação de quadros próprios de cada serviço, em prejuízo do anterior modelo de quadro único.

Como V.ª Ex.ª bem afirma, esta reorganização redunda numa necessária afectação dos funcionários anteriormente integrados no quadro único nos diversos quadros agora criados, conforme aliás estabelece o art.º 27.º do diploma em causa.

Ora, as normas constitucionais e legais pertinentes sobre esta matéria, algumas das quais citadas por V.ª Ex.ª, conferem direitos a negociação ou participação sindical no que toca à definição do regime jurídico da mobilidade de pessoal. Pelo contrário, o art.º 12.º da Lei n.º 23/98, de 26 de Maio, é explícito ao excluir a estrutura da Administração do objecto de negociação ou participação.

No caso concreto, se V.ª Ex.ª bem atentar, não é prevista nenhuma alteração ao regime de mobilidade, geral ou especial,

aplicável aos funcionários do Estado, anteriormente vinculados ao quadro único do Ministério da Educação.

Se V.ª Ex.ª verificar as várias alíneas do art.º 27.º do Decreto-Lei n.º 282/2002, as mesmas apenas prolongam a nova lógica de estruturação do pessoal da Administração Pública, em termos de existência de quadro único ou de legítima e livre opção governativa por fazer corresponder a cada serviço o seu quadro, situação esta, aliás, mais conforme com a generalidade do que se verifica a nível global.

Assim, as alíneas a) e b) do n.º 1 do citado art.º 27.º repercutem, em termos de afectação a quadro privativo, a situação vigente em termos de exercício de funções no Ministério, não se compreendendo sequer que se possa falar de mobilidade em relação a estes casos.

Um funcionário que, integrado no quadro único, prestava serviço em determinada Direcção-Geral, fica afecto ao quadro privativo dessa mesma estrutura, num simples reflexo dessa dicotomia quadro único ou plúrimo.

No caso das alíneas c) e d), correspondendo ao universo dos funcionários que se entende não serem necessários aos serviços onde pertenceriam caso a aplicação das anteriores alíneas fosse incondicional, conforme V.ª Ex.ª bem diz, estará em causa a aplicação de instrumentos legislativos em termos de racionalização de efectivos, de que é paradigma actual o Decreto-Lei n.º 193/2002, de 25 de Setembro, em nada sendo o regime substantivo aqui definido modificado pelo diploma contestado, antes existindo expressa remissão.

Há, assim, uma mera aplicação de critérios e regimes legais anteriormente definidos, não sendo neste segundo momento, o da subsunção da lei a um caso concreto, curial a invocação de um direito de negociação que, ao fim e ao cabo, apenas teria significado para discutir a bondade do modelo de quadros privativos ora adoptado, matéria que afinal, como já se disse, está expressamente afastada da negociação.

Não estando em causa qualquer alteração do regime legal de mobilidade dos funcionários, nada vejo que pudesse ser entendido como devido pelo Governo conforme era pretensão de V.ª Ex.ª, motivo pelo qual me abstenho de exercer qualquer iniciativa junto do Tribunal Constitucional.

R-2619/03

Assunto: Despacho n.º 13 313/2003, de 13 de Junho. Ordenamento da rede educativa em 2003-2004. Agrupamentos de escolas.

1. Tenho presente a comunicação de V.ª Ex.ª a propósito do assunto em referência, propondo-me analisar as duas questões que na mesma vêm enunciadas.

Em primeiro lugar, permita-me que o esclareça de que o diploma que vem estabelecer os requisitos necessários à constituição de agrupamentos de escolas de acordo com o disposto no art.º 5.º, n.º 2, do regime aprovado pelo Decreto-Lei n.º 115-A/98, de 4 de Maio, é o Decreto Regulamentar n.º 12/2000, de 29 de Agosto, e não o Despacho do Secretário de Estado da Administração Educativa n.º 13 313/2003, de 13 de Junho, conforme adianta essa federação. Este despacho limitar-se-á, ao abrigo de norma legal para o efeito habilitante, o art.º 4.º, n.º 2, do referido Decreto Regulamentar n.º 12/2000, a fixar *"os parâmetros de carácter técnico a que deve obedecer a constituição de agrupamentos, bem como o processo de reordenamento e reajustamento da rede educativa"*.

Enquadrando a matéria de que nos ocupamos no complexo legislativo que lhe é aplicável, temos que o Decreto-Lei n.º 115-A/98 vem desenvolver o regime jurídico da Lei de Bases do Sistema Educativo (Lei n.º 46/86, de 14 de Outubro), na parte relativa à administração e gestão escolares a que se reportam os art.ºs 45.º e 59.º, n.º 1, alínea d), daquela Lei de Bases,

estabelecendo concomitantemente as normas enquadradoras do ordenamento da rede educativa e especificamente de um dos meios concebidos para a sua concretização, os denominados agrupamentos de escolas.

Dando cumprimento, conforme já referido, ao disposto no art.º 5.º, n.º 2, do regime aprovado pelo Decreto-Lei n.º 115-A/98, foi posteriormente publicado o Decreto Regulamentar n.º 12/2000, que estabelece os requisitos necessários para a constituição desses agrupamentos.

Finalmente, e ao abrigo do que estabelece por sua vez o art.º 4.º, n.º 2, deste decreto regulamentar, que permite que por despacho do Ministro da Educação – ou de um Secretário de Estado, no âmbito de competência administrativa delegada – sejam fixados os parâmetros de carácter técnico a que deve obedecer a constituição de agrupamentos de escolas, aparece o Despacho n.º 13 313/2003.

Assim sendo, e quanto à primeira questão colocada por V.ª Ex.ª na reclamação que me dirigiu, nada me parece ser de assinalar, designadamente no sentido pretendido.

2. A segunda questão colocada na comunicação que me dirigiu prende-se com a alegada não audição, no processo de ordenamento da rede educativa para 2003-2004, dos órgãos a que se refere o art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 115-A/98, designadamente os municípios e os órgãos de gestão das escolas envolvidas.

Na sequência da exposição de V.ª Ex.ª, dirigi a Sua Excelência o Secretário de Estado da Administração Educativa um ofício tendo em vista a clarificação da situação apresentada. Tendo sido por aquele membro do Governo determinado que cada Direcção Regional de Educação responderia directamente ao Provedor de Justiça, só agora foi possível recolher todas essas respostas, razão pela qual só nesta data segue o presente ofício.

Deste modo, e das informações facultadas pelas cinco Direcções Regionais de Educação, foi possível apurar, antes de mais, que apenas uma Direcção Regional, concretamente a do

Algarve, não havia ainda, em Outubro passado, iniciado o processo de constituição de novos agrupamentos de escolas a que se reporta o mencionado Despacho n.º 13 313/2003. No entanto, pode ler-se no ofício que pela mesma me foi enviado, o seguinte: *"Logo que tal processo venha a ser iniciado, será solicitado o necessário parecer às respectivas Câmaras Municipais, procedendo-se, igualmente, à audição dos órgãos de gestão das escolas envolvidas"*.

Todas as restantes Direcções Regionais de Educação afirmam, com maior ou menor nível de concretização, ter ouvido os municípios e órgãos de gestão das escolas envolvidas nos processos de agrupamentos de escolas ainda em curso ou já terminados.

Assim sendo, não resultará dos elementos que foi possível recolher no âmbito da presente instrução, qualquer indicação no sentido de que essa audição não tenha ocorrido e que, conforme V.ª Ex.ª refere na queixa, tenha sido imposto um modelo unilateral de ordenamento da rede educativa para o presente ano lectivo.

De qualquer forma, e se tem V.ª Ex.ª conhecimento de casos concretos em que isso não tenha acontecido, agradeço que essas eventuais situações me sejam comunicadas.

3. Aproveito para recordar que os procedimentos estabelecidos designadamente no Decreto Regulamentar n.º 12/2000 não foram naturalmente iniciados apenas após a publicação ou mesmo a assinatura do Despacho n.º 13 313/2003. Aliás, os prazos indicativos dentro dos quais deverá ocorrer anualmente o processo de ordenamento da rede educativa, *maxime* a constituição dos agrupamentos de escolas, estão estabelecidos no decreto regulamentar citado – v. os art.ºs 6.º, quanto ao prazo para a apresentação das propostas de agrupamentos, e 7.º, quanto ao prazo para o envio, por cada director regional, ao Ministério da Educação, da proposta de rede escolar para o ano lectivo seguinte –, pelo que à data da publicação do referido despacho do Secretário de Estado da Administração

Educativa já os processos estariam, como aconteceu na maioria dos casos, ou deveriam estar, há muito iniciados.

Deve dizer-se, no entanto, que esses prazos são prazos meramente indicativos. Sendo certo que é forte o interesse do Estado no ordenamento da rede escolar, visando a racionalização dos recursos e uma verticalização do sistema que permita, aos alunos, o cumprimento de um percurso escolar sequencial, é óbvio que o Governo não rejeitará propostas que venham a ser apresentadas fora dos referidos prazos, desde que naturalmente se revele viável a respectiva concretização até ao início do ano escolar seguinte àquele a que respeitam.

4. Finalmente, não me parece que o despacho em causa contenha matéria inovadora face aos diplomas que o enquadram – Decreto-Lei n.º 115-A/98 e Decreto Regulamentar n.º 12/2000 –, limitando-se a reenunciar as regras já estabelecidas pela referida legislação, a estabelecer orientações técnicas para a respectiva prossecução, e a concretizar datas para o ordenamento da rede escolar no ano lectivo de 2003-2004.

Não se pode considerar que inova o referido despacho ao estabelecer o início do ano lectivo de 2004-2005 como o prazo limite para a execução total do processo, na medida em que deveria este estar já concluído desde o final do ano lectivo de 1999-2000, conforme previsto no art.º 2.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 115-A/98, o que não veio a acontecer.

5. Assim sendo, e pelas razões que acima deixo expostas, não se revelará viável a adopção de quaisquer medidas por parte do Provedor de Justiça quanto às questões colocadas na queixa que me foi dirigida.

R-3007/03

Assunto: Notificação postal; contagem de prazos.

1. Com referência à queixa oportunamente apresentada por V.ª Ex.ª a este Órgão do Estado a propósito das formalidades inerentes às notificações postais feitas em processo civil, permita-me que esclareça o seguinte:

Antes de mais, como será do conhecimento de V.ª Ex.ª, o art.º 254.º do Código de Processo Civil (CPC), na sua redacção actual, estabelece, no n.º 2, que *"a notificação postal* – aos mandatários das partes, destinatários das notificações feitas às partes (art.º 253.º, n.º 1, CPC) – *presume-se feita no terceiro dia posterior ao do registo, ou no primeiro dia útil seguinte a esse, quando o não seja"*.

Apesar de o Decreto-Lei n.º 121/76, de 11 de Fevereiro, invocado por V.ª Ex.ª, não ter sido expressamente revogado, a verdade é que o Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro, acabou por transpor para o art.º 254.º do CPC o regime anteriormente vigente por aplicação do Decreto-Lei n.º 121/76, não podendo naturalmente deixar de se considerar como tacitamente revogada, no âmbito do processo civil, a norma concreta do diploma de 1976 que versava sobre a matéria objecto da queixa de V.ª Ex.ª.

2. Ultrapassada a questão prévia acima enunciada, importa então analisar os termos concretos do regime decorrente do disposto no art.º 254.º deste Código, na parte que interessa para a apreciação da reclamação apresentada por V.ª Ex.ª.

Assim, estabelece o legislador, no âmbito da norma em referência, a presunção – ilidível, como se verá – de que a notificação postal opera, junto do respectivo destinatário (o mandatário da parte), no terceiro dia posterior ao do registo constante da notificação, ou no primeiro dia útil seguinte a esse dia, quando este o não seja.

Naturalmente que o prazo de correio de que nos ocupamos não integra apenas dias úteis, já que, a não ser assim, não faria sentido a segunda parte da norma, onde se estabelece que a notificação opera no dia útil seguinte ao dia em que a referida dilação se completa, no caso de esta se completar num sábado,

domingo ou feriado. Já assim resultava da regulamentação prevista no Decreto-Lei n.º 121/76, como V.ª Ex.ª bem afirma.

Naturalmente também que o regime em discussão leva em linha de conta duas circunstâncias que resultam do funcionamento do sistema dos correios no nosso país: a previsão de que, num quadro de normalidade, uma carta é entregue, pelos CTT, em qualquer parte do país, dentro dos dois seguintes ao dia da expedição, e o facto de os CTT não funcionarem nos dias não úteis, que justifica a segunda parte da norma citada.

O prazo em questão corre, assim, também em dias não úteis, designadamente aos sábados, domingos e feriados, prevendo neste caso o legislador que a notificação só opere no dia útil seguinte ao terceiro dia contado nos termos referidos, se este vier a corresponder a um sábado, domingo ou feriado.

Face ao que acima fica explicado, colocam-se agora duas questões distintas que importa apreciar.

3. Em primeiro lugar, a possibilidade – real – de a notificação não chegar ao destinatário no prazo mencionado na lei, isto é, nos três dias seguintes ao do correspondente registo. De facto, não será muito raro acontecer que uma notificação com registo correspondente, por exemplo, a uma quinta-feira, possa não chegar ao destinatário na segunda-feira seguinte, dia em que, nos termos da lei, aquele se presumirá notificado. Neste caso, e mesmo que o destinatário em questão venha a receber a notificação na terça-feira seguinte, a verdade é que este tomou conhecimento do respectivo conteúdo num momento em que o prazo para a resposta a esse mesmo conteúdo se encontrava já a decorrer.

É óbvio que a impossibilidade de reagir contra esta situação seria inadmissível. Sucede que à forma pela qual se efectiva a notificação nos termos preceituados na lei corresponde a uma presunção, podendo, como tal, nos termos gerais de direito, ser ilidida. No exemplo acima indicado, o mandatário da parte poderá sempre ilidir a presunção de que a notificação se teria operado na segunda-feira, provando que a mesma se efectivou

afinal na terça-feira. É óbvio que a ilisão nos termos referidos só pode ser accionada pelo notificado quando a circunstância de a notificação não ter ocorrido no prazo determinado na lei não decorreu de motivos que lhe sejam imputáveis.

Repare V.ª Ex.ª que o que se visa deixar intacto, no âmbito da legislação em análise, é o prazo em si de resposta, pelo destinatário da notificação, ao conteúdo da mesma. É esse prazo que não pode deixar de garantir-se ao notificando. Daí poder este provar que o mecanismo gizado na lei foi concretamente inapto a produzir essa garantia.

Hoje em dia, a ilisão da presunção estará facilitada pelo mecanismo de registo criado pelos CTT, de localização de envios Track & Trace, mecanismo consultável na Internet em http://www.ctt.pt/TrackandTrace/pesquisa.jsp, que permite a quem possua o número de registo de um envio, seja ao destinatário, seja ao remetente, apurar, relativamente a qualquer carta registada, o percurso físico e temporal que esta conheceu desde a expedição até à recepção.

O sistema introduzido pelo Decreto-Lei n.º 329-A/95 procedeu à reformulação de várias soluções do CPC no capítulo dos actos processuais – *"um dos mais marcados pela erosão do tempo e pela aplicação das novas tecnologias à actividade forense"* –, com o intuito de *"obstar à manutenção de formalismos inúteis ou desproporcionados, operando uma real simplificação e desburocratização no andamento das causas"* (cito o preâmbulo do diploma). Exemplo foi o restabelecimento da regra da continuidade dos prazos judiciais, com suspensão apenas durante as férias judiciais e ampliação, para o dobro, do prazo regra para a prática de actos processuais.

A reafirmação, no art.º 254.º do CPC, do conteúdo do Decreto-Lei n.º 121/76 quanto à matéria em análise, aparece precisamente na esteira da referida orientação, através da qual se procura *"articular flexibilidade e simplificação com a garantia da efectiva comunicação"* do acto – cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 13/99, de 12 de Janeiro, reportando-se

precisamente ao regime saído da aprovação do Decreto-Lei n.º 329-A/95. Aliás, este aresto do Tribunal Constitucional entende como não inconstitucional o referido regime – o tribunal reporta-se ao regime constante ainda do Decreto-Lei n.º 121/76, aplicável à data em que foi concretizado o acto processual em apreciação, mas que, conforme já mencionado, veio a ser reassumido pelo CPC, após as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 329-A/95.

Já quanto à comparação com o processo penal e partindo do pressuposto de que é correcta a interpretação dada por V.ª Ex.ª ao art.º 113.º, n.º 2, do Código de Processo Penal (CPP) – no sentido de que os três dias aí referidos são todos dias úteis –, faço notar que, em processo penal, as notificações são feitas em princípio ao próprio arguido, ao assistente ou às partes civis, podendo também sê-lo aos respectivos advogados, sendo que, a notificação relativa aos actos mais importantes é sempre feita ao arguido, ao assistente ou às partes civis. Naturalmente que, não sendo neste caso a notificação dirigida a um mandatário judicial – cuja morada, que serve designadamente para o efeito, isto é, para a recepção de notificações no âmbito de processos que patrocina judicialmente, deverá constar actualizada dos autos –, e especialmente tendo em conta a natureza do processo (criminal), o legislador tenha tido um cuidado acrescido no tratamento do assunto em apreço.

Aliás, todo o regime geral das notificações em processo penal, constante do art.º 113.º do CPP, está elaborado de forma mais garantística que o do processo civil, para os destinatários das notificações, tendo em vista a necessidade de se assegurar um conhecimento efectivo, por parte daqueles, do conteúdo das mesmas.

4. Uma segunda questão a equacionar prende-se com uma eventual desigualdade verificada entre mandatários que, face ao regime em vigor e em situações similares, poderão beneficiar de mais ou menos dias para prepararem a resposta ao conteúdo da notificação. A título ilustrativo, se dois mandatários, X e Y, forem

destinatários de notificações com a mesma data de registo, correspondente, por exemplo, a uma quinta-feira, e se o mandatário X recebe essa notificação logo na sexta-feira, e o mandatário Y apenas na segunda-feira seguinte, a verdade é que o mandatário X terá, na prática, mais três dias que o mandatário X para ponderar a resposta ao conteúdo da notificação. E isto, já que ambos os mandatários se presumem notificados na segunda-feira, contando o prazo para resposta à notificação a partir do dia seguinte, terça-feira.

A este propósito, duas reflexões se impõem.

A primeira é a de que, conforme acima assinalado, o que a lei visa garantir nesta matéria é a inviolabilidade do prazo legal para a resposta ao conteúdo da notificação. Na prática, o que pretende a lei é que todos os destinatários colocados na mesma situação disponham de prazo igual para a resposta à notificação – com excepção das situações em que uma eventual desigualdade registada seja imputável ao destinatário da norma que terá ficado, nesta perspectiva, prejudicado –, e não o direito dos mandatários a um mesmo número de dias de um prazo de correio, que é apenas instrumental da prossecução daquela garantia.

A segunda prende-se com a ponderação de eventuais alternativas à solução em vigor. Essas alternativas reconduzir-se-iam à promoção de uma alteração legislativa que viesse determinar a contagem do prazo em causa apenas em dias úteis, não se considerando para o efeito os sábados, domingos e feriados.

Neste caso, porém, concordará V.ª Ex.ª em que a situação se manteria exactamente idêntica. Pegando no exemplo acima apontado, o advogado X, que recebeu a notificação na sexta-feira, só se presumiria notificado na terça-feira seguinte, sendo que o advogado Y, que recebeu a notificação com a mesma data de registo mas apenas na segunda-feira, também se presumiria notificado na mesma terça-feira, ficando igualmente com menos três dias para ponderar a resposta à notificação.

A eventual alteração apontada teria ainda a desvantagem de atrasar a tramitação processual actualmente gizada no âmbito

do sistema instituído, sem que vantagens se retirassem de uma eventual concretização da mesma.

5. Face a tudo o que fica acima dito, não vejo como oportuna a adopção de quaisquer medidas quanto à matéria objecto da queixa apresentada por V.ª Ex.ª.

R-4429/03

Assunto: Decreto-Lei n.º 258/2003, de 21 de Outubro.

Analisadas as dúvidas pessoalmente apresentadas por V.ª Ex.ª quanto ao regime jurídico estabelecido pelo diploma identificado em apreço, no que aos inspectores anteriormente habilitados para esta actividade diz respeito, corresponde-me o dever de esclarecer quanto segue.

Assim, não está em causa qualquer aplicação retroactiva do disposto neste diploma, como se verá. Primeiramente, nenhum dos actos praticados pelos inspectores em momento anterior à entrada em vigor do novo diploma vêem afectado o seu valor. Em segundo lugar, não parece também existir qualquer desrespeito a situações criadas em que os interessados tivessem criado uma confiança legítima que merecesse ser tutelada.

Na verdade, convém precisar que não está o legislador impedido de criar regimes sucessivamente mais exigentes no que toca ao desempenho de certas profissões ou actividades, tão logo seja tal legiferação justificada pelo crivo do respeito pelos princípios da necessidade, proporcionalidade e adequação.

No caso concreto, V.ª Ex.ª nada alega em desabono das soluções vertidas no citado diploma, apenas contestando a sua aplicação aos profissionais já em actividade.

A este respeito não se poderá falar em direitos adquiridos ao exercício de uma profissão, no sentido que se parece antever defendido de irrelevância de qualquer modificação legislativa, no que toca aos requisitos para o desempenho da profissão, para

aqueles que iniciaram a sua actividade num quadro jurídico distinto.

Esta tese, para além de poder comprometer gravemente a prossecução do interesse público e a eventual defesa dos direitos de terceiros que se visou com a emissão da nova legislação e de condições de acesso e exercício mais adstringentes, teria como consequência a imutabilidade do ordenamento jurídico ou, mais acuradamente, a irrelevância das alterações normativas durante um período prolongado, até cessação de actividade dos profissionais com exercício anterior às mesmas.

Da mesma forma, podia legitimamente pôr-se em causa a licitude de tal solução face ao princípio da igualdade, mandando este tratar de forma idêntica ou que substancialmente o seja.

Dirá V.ª Ex.ª que, nessa mesma substância, haverá que destrinçar a situação de um profissional que já tinha actividade à altura da entrada em vigor de nova regulação e aqueloutro que só fez tal após essa data.

Ora, sabendo que ambos desempenham a mesma função, assim valendo para uns e para outros as razões que fundamentam o conjunto de regras que disciplinam o exercício dessa profissão, desde logo no que toca às respectivas habilitações, académicas como profissionais, necessário se torna apenas que a nova regulamentação, aqui se incluindo as normas transitórias que disciplinam a passagem de um para outro regime legal, respeite as situações anteriormente existentes, não no sentido de as deixar intocadas mas possibilitando, de acordo com a boa fé, a sua adaptação com o mínimo de custo para se alcançar o benefício público que se procura.

Passando ao caso concreto, nenhuma dúvida há no que toca às licenças tipo A, sendo, por via do art.º 17.º, n.º 1, equiparadas às mesmas as credenciais emitidas ao abrigo da legislação anterior, isto portanto sem qualquer necessidade de verificação dos requisitos mencionados no art.º 5.º do mesmo diploma. Não tem, assim, razão de ser a dúvida colocada quanto às habilitações previstas na alínea a) do n.º 1 do art.º 5.º, quer

num momento inicial, quer no de renovação do título, desde que, neste último caso, se cumpram os requisitos previstos no art.º 15.º, n.º 1.

Diga-se, desde já, que a própria limitação no tempo da validade da licença não fere quaisquer direitos adquiridos, sendo certo que a sua razão de ser, como se vê do disposto no art.º 15.º, n.º 1, é a de expurgar da profissão quem efectivamente a não desempenhe (alínea a)) ou quem não se esforce pela imprescindível formação contínua (alínea b)), tudo objectivos constitucionalmente bem acolhidos e contra os quais não procede qualquer confiança legítima na manutenção do contrário estado de coisas.

Também não creio relevante tratar agora da questão dos contornos alegadamente indefinidos da formação contínua em causa. É que, tratando-se de questão que apenas ganha actualidade a um termo de mais de cinco anos, há tempo de sobra para a Administração a resolver adequadamente.

No que diz respeito às licenças tipo B é de notar que os n.ºs 2 e 3 do mesmo art.º 17.º permitem, *com clareza suficiente*, aos profissionais identificados a obtenção das mesmas licenças, tão logo sejam titulares de carta de condução categoria C+E, tenham concluído um curso de formação profissional e sejam considerados idóneos para o exercício da profissão. Exige-se também que tenham experiência profissional de um mínimo de dois anos.

A exigência da habilitação para conduzir automóveis pesados de mercadorias ou veículos articulados é perfeitamente compreensível para a concessão de licença profissional para inspeccionar veículos dessa natureza (cfr. art.º 2.º do presente diploma), sendo certo que, para atribuição da carta de condução para as categorias de veículos em causa, é necessária a prestação de prova técnica "destinada a verificar os conhecimentos do candidato acerca do funcionamento e manutenção dos órgãos do veículo para o qual o exame é requerido, desde que revistam especial interesse para a protecção dos seus ocupantes, bem como para a segurança rodoviária" (cfr. art.º 26.º, n.º 1, c), do

regulamento da Habilitação Legal para Conduzir, aprovado pelo Decreto-Lei 209/98, de 15 de Julho).

Não se trata de exigência inadequada, assim, ao fim em vista, não podendo também ser tomada como excessivamente onerosa para o particular que desta actividade pretende continuar a fazer modo de vida. De notar, também, que têm os anteriores inspectores que, eventualmente não possuíssem esta habilitação legal e que pretendam requerer a licença tipo B ao abrigo do regime transitório *um ano* para a obter, se somarmos os 180 dias de *vacatio legis* e os seis meses que o art.º 17.º, n.º 2, confere para a apresentação do requerimento junto da Direcção-Geral de Viação. Não fica de fora, aqui, confiança legítima que mereça qualquer tutela.

Esta *vacatio legis*, de duração excepcionalmente longa e que permite acomodar quaisquer situações pré-existentes ao novo quadro legal, não, eventualmente, sem algum esforço por parte dos interessados em manter esta actividade, é também relevante para a análise da licitude do requisito estabelecido no art.º 6.º, c), no que aos inspectores já em actividade diz respeito.

Assim, tem o candidato à licença tipo B que demonstrar exercer actividade, no âmbito dos automóveis ligeiros, por um período mínimo de dois anos. Tal significa, desde logo, que, ao contrário do que afirma V.ª Ex.ª, o termo inicial relevante, à altura da entrada em vigor do diploma, é de 18 meses desde a publicação do diploma, e não de dois anos. Mais ainda, se considerarmos o prazo de seis meses, já citado, contido no art.º 17.º, n.º 2, será possível limitar ainda mais esse termo inicial a apenas 12 meses, não esquecendo os inconvenientes que poderão ser causados, em termos laborais, pela restrição, nesse período inicial, da competência de inspecção.

Ora, a tutela da confiança é tanto mais constitucionalmente querida quão maior seja o que se usa chamar de investimento de confiança, em termos mais sintéticos, quão mais prolongada no tempo for a actuação que gira esse sentimento de confiança. Ora, face aos interesses públicos em presença, não

considero relevante a tutela de quem apenas há um ano desempenha a actividade que lhe passa a estar transitoriamente vedada, sendo certo que, nesse ano, há que contar com o eventual conhecimento do processo legislativo que culminou na aprovação do Decreto-Lei n.º 258/2003. Na verdade, a respectiva lei de autorização legislativa foi publicada em Junho, o que, ao ano referido, retira desde logo 4 meses. A iniciativa do Governo que lhe deu origem foi publicitada, oficialmente, no início de Abril, o que retira ainda outros 3 meses.

Nestes termos, só podiam razoavelmente não contar com esta medida, sendo afectados por ela, as pessoas que iniciaram a sua actividade entre um ano e sete meses antes da publicação do decreto-lei em causa, ou seja, que exerceram a sua actividade num período de cinco meses, escasso para servir como base de exigibilidade de outro tipo de tratamento. Ainda que se alargue o termo inicial a 18 meses, ficamos ainda com menos de um ano de exercício de profissão, o que não considero suficiente, nos termos explicitados, para considerar ilícita a solução consagrada na lei.

Nestes termos, considerei injustificada qualquer actuação da minha parte.

3.2. Acórdãos do Tribunal Constitucional proferidos em resposta a iniciativas do Provedor de Justiça.

Durante o ano de 2003 foram publicados 7 acórdãos do Tribunal Constitucional na sequência de pedidos formulados pelo Provedor de Justiça.

Acórdão	Publicação do pedido	Objecto impugnado	Publicação do acórdão	Decisão
491/2002	Rel. 1999, pg. 126	Artigo 490.º, n.º 3, do Código das Sociedades Comerciais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de Setembro	DR, Série II, 2003.01.22	Não declara a inconstituciona lidade
81/2003	Rel. 2002, pg. 977	Artigo 2.º do Decreto Legislativo Regional n.º 16/98/A, de 6 de Novembro, na parte relativa ao artigo 24.º do Estatuto da Carreira dos Educadores de Infância e dos Professores dos Ensinos Básico e Secundário, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 139-A/90, de 28 de Abril, e todas as normas constantes da versão originária do Decreto Regulamentar Regional n.º 1-A/2000/A, de 3 de Janeiro, bem como das que permaneceram entretanto inalteradas, e de todas as normas do Decreto Regulamentar Regional n.º 4-A/2002/A, de 21 de Janeiro	DR. Série I-A, 2003.04.02	**Declara a inconstituciona lidade com força obrigatória geral**
84/2003	Rel. 1999, pg. 160	Artigo 46.º, n.º 1, da Lei Geral Tributária, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de Dezembro, artigo 2.º, 23), da Lei n.º 41/98 e, consequentemente, das normas do artigo 76.º, n.os 1 e 4, da mesma Lei, e artigos 87.º, alínea c), 89.º, 90.º, n.º 2, e 75.º, n.º 2, alínea c), também da referida Lei.	DR, Série II, 2003.05.29	Não toma conhecimento do pedido quanto à norma da alínea c) do artigo 87.º da LGT, na versão originária desta, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de Dezembro, e

Acórdão	Publicação do pedido	Objecto impugnado	Publicação do acórdão	Decisão
				não declara a inconstitucionalidade das demais normas
187/2003	Rel. 2000, pg. 538	Artigo 5.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 251/98, de 11 de Agosto.	DR, Série II, 2003.05.17	Não toma conhecimento do pedido, por inutilidade superveniente
188/2003	Rel. 2000, pg. 534	Artigo 2.º, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 103-A/90, de 22 de Março, "na parte em que reservam o seu âmbito de aplicação a quem seja portador de deficiência motora ao nível dos membros superiores ou inferiores".	DR, Série II, 2003.05.27	Não declara a inconstitucionalidade, tendo a Administração entretanto assumido posição conforme à Constituição e ao propugnado pelo Provedor de Justiça
198/2003	Rel. 1999, pg. 120	Artigo 127.º, n.º 1, do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (CIRS), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442-A/88, de 30 de Novembro, na redacção conferida pela Lei n.º 10-B/96, de 23 de Março	DR, Série II, 2003.05.28	Não declara a inconstitucionalidade
405/2003	Rel. 2002, p. 968	Normas conjugadas dos artigos 16.º, alínea b), 85.º, n.º 1, e 86.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 564/99, de 21 de Dezembro, e do mapa III constante do anexo II ao mesmo diploma, na medida em que permitem na carreira de técnico de diagnóstico e terapêutica o recebimento de remuneração superior por funcionários com menor antiguidade na categoria	DR, série I-A, 2003.10.15	**Declara a inconstitucionalidade com força obrigatória geral**

II.

OUTRAS ACTIVIDADES

Linha Verde "Recados da Criança"

Coordenação:

Dra Elsa Dias
Dra Vera Burnay (Técnica Responsável)
Dra Teresa Cadavez (Técnica)

Linha do Cidadão Idoso

Coordenação:

Dra Elsa Dias
Dra Michelle Lopes (Técnica responsável)
Dra Patrícia Barbosa (Técnica)

1. Linha Verde "Recados da Criança"

Introdução

Por força das competências constitucional e legalmente atribuídas ao Provedor de Justiça, tem sido dispensada inevitável atenção à problemática da infância e juventude.

Com efeito, para além da instrução de processos abertos com base em queixas de cidadãos que dão conta de acções ou omissões dos poderes públicos com competência nesta matéria, a Provedoria de Justiça tem ainda em funcionamento a Linha Verde Recados da Criança (LVRC), meio de acesso privilegiado a todos os que queiram comunicar uma situação de violação dos Direitos da Criança ao Provedor de Justiça.

Esta estrutura, criada há cerca de 10 anos, tem-se revelado a mais adequada para possibilitar um contacto fácil, gratuito e directo com o Provedor de Justiça, bem como para trazer ao seu conhecimento inúmeras situações que, de outra forma, permaneceriam ocultas, inviabilizando a sua intervenção para a protecção e promoção dos direitos das crianças e jovens em situação de risco.

A Linha Verde Recados da Criança é responsável pela recepção destas queixas, as quais requerem um tratamento jurídico especializado, bem como um acompanhamento diferenciado, mais directo, mais atento e menos formal, como forma de assegurar uma intervenção eficaz.

1. Actividade da LVRC
Chamadas telefónicas
1.1. Dados estatísticos

Recebidas	Resolvidas por Telefone	Relacionadas com Fichas	Relacionadas com Processos formais	Outras	Média diária	Total
	1968	326	23	1042	9	3359

Feitas	Às entidades	Aos utentes	Média diária	Total
	1385	521	8	1906

1.2 Chamadas recebidas (total de 3359)

– 1968 (58.59 %) dizem respeito a questões resolvidas por telefone, tendo-se procedido ao seu enquadramento legal, bem como ao encaminhamento dos reclamantes para as entidades competentes, que por vezes foram directamente contactadas pela LVRC, como forma de fazer uma intermediação entre aqueles, esclarecendo que o Provedor de Justiça apenas deve intervir quando a Administração Pública não cumpra os seus deveres ou não respeite os direitos, liberdades, garantias e interesses legítimos dos particulares.

– 326 (9.71 %) dizem respeito a queixas que, num primeiro momento, foram registadas numa Ficha, tratando-se, por isso, de processos sem abertura formal, dada a necessidade de fazer uma apreciação prévia do seu fundamento e admissibilidade, o que implicou realizar um conjunto de diligências preliminares para comprovar os dados da denúncia e aferir da actuação das entidades, tendo em vista as necessidades de protecção da criança em causa. Nestes casos, a LVRC comunica a situação às entidades competentes para actuar e solicita-lhes uma intervenção, bem como uma posterior informação que comprove os dados da denúncia e informe a Provedoria de Justiça das diligências decididas, das medidas tomadas e dos resultados alcançados com a sua actuação, como forma de avaliar a necessidade de haver uma intervenção por parte do Provedor de Justiça.

– 23 (0.68 %) dizem respeito a queixas que deram lugar a abertura de processo formal, por a entidade competente para

actuar e à qual se comunicou a situação de perigo não ter procedido a uma avaliação daquela, ou não ter determinado quais as medidas a tomar, ou não ter chegado a aplicar e a acompanhar a execução daquelas, de forma regular e efectiva, para avaliar a sua adequação à situação de risco do menor. Pode também ser aberto processo formal quando a entidade não responda aos pedidos de informação e esclarecimento, feitos pela Provedoria de Justiça, relativamente à sua actuação face ao menor.

– 1042 (31.02 %) referem-se a chamadas feitas por crianças, adolescentes, jovens e adultos, que querem conversar acerca de um determinado assunto, fazer uma doação a uma Instituição que trabalhe com crianças, manifestar a sua opinião acerca de um acontecimento ou desabafar acerca das dificuldades de relacionamento familiar. Há também chamadas de telefone com um propósito meramente lúdico. Procuramos sempre, através do atendimento destas chamadas, explicar os objectivos de actuação deste serviço, constituindo assim, aquelas, uma forma de esclarecimento dos utentes e uma oportunidade de divulgação da Linha Verde Recados da Criança.

1.3. Chamadas feitas (total de 1906)

– 1385 (72.67 %) dizem respeito a chamadas realizadas às entidades visadas.

– 521 (27.39 %) referem-se a chamadas dirigidas aos reclamantes.

1.4. Comentário aos dados estatísticos

Durante o ano de 2003, a Linha recebeu 3359 chamadas de utentes e, por sua vez, procedeu a 1906 chamadas telefónicas, do que resulta um total de 5265 chamadas registadas.

Neste ano acentuou-se o aumento do número de chamadas recebidas, referentes a assuntos resolvidos por telefone e a situações que foram registadas numa Ficha, como resultado do acentuar de práticas que visam uma actuação informal, célere e

eficaz no encaminhamento das queixas apresentadas, nomeadamente através de contactos directos com as entidades, procurando junto destas uma resolução mais rápida e expedita dos casos denunciados.

2. Actividade Processual

2.1. Dados estatísticos

Processos	Pendentes a 1.1.02	Entrados	Saídos	Pendentes a 31.12.02
Processos Formais	11	4	12	3
Processos sem abertura formal (Fichas)	20	81	74	27
Total	31	85	86	30

2.2. Comentário aos dados estatísticos

Ao longo do ano de 2003, foram abertos 85 processos. Entre estes, contam-se, por um lado, 4 processos que implicaram abertura formal por a entidade competente para actuar e à qual, previamente, se comunicou a situação de perigo, não ter procedido de forma pronta, célere e adequada, tendo em conta as necessidades de protecção do menor bem como os pedidos de informação feitos pela Provedoria de Justiça. E, por outro lado, 81 queixas que, num primeiro momento, foram registadas numa Ficha, tratando-se, por isso, de processos sem abertura formal, dada a necessidade de fazer uma apreciação prévia do seu fundamento e admissibilidade, o que implicou realizar um conjunto de diligências preliminares para comprovar os dados da denúncia e aferir da actuação das entidades, tendo em vista as necessidades de protecção da criança em causa. Nestes casos, a LVRC comunicou a situação às entidades competentes para actuar e solicitou-lhes uma intervenção, bem como uma posterior informação que comprovasse os dados da denúncia e informasse a Provedoria de Justiça das diligências decididas, das medidas tomadas e dos resultados alcançados com a sua actuação, como

forma de avaliar a necessidade de haver uma intervenção por parte do Provedor de Justiça.

Foram movimentados 116 processos, dos quais 31 estavam pendentes no início do ano e 89 foram abertos.

Foram arquivados 86 processos, o que corresponde a 73.28% do número de processos movimentados durante este ano.

A adopção de procedimentos internos, no tratamento das reclamações recebidas e na gestão dos processos abertos, tem contribuído de forma acentuada para uma maior celeridade na instrução destes, bem como para uma resolução mais rápida e expedita das situações comunicadas, verificando-se uma redução da duração média da pendência dos processos, bem como uma diminuição do número de processos com abertura formal, face ao número de processos sem abertura formal (Fichas).

3. Questões mais frequentemente colocadas nos Processos, nas Fichas e nas Chamadas da Linha Verde Recados da Criança:

Pela diversidade das situações relatadas à LVRC, referem-se apenas as mais representativas, por ordem decrescente:

- Negligência quanto à segurança, saúde, sustento e educação;
- Maus tratos físicos e psíquicos;
- Regulação do poder paternal;
- Abusos sexuais;
- Problemas escolares;
- Problemas de comportamento do menor e consequente necessidade de acompanhamento terapêutico;
- Exploração do trabalho infantil e utilização de menores para a mendicidade;
- Medidas de protecção, medidas tutelares cíveis, medidas tutelares educativas;
- Adopção;

- Carências familiares e consequente necessidade de apoio por parte dos serviços sociais;
- Exposição do menor a um modelo de comportamento desviante;
- Atrasos judiciais e revisão e execução de sentenças estrangeiras;
- Registo de menor e alteração do registo;
- Crime de venda de menores;
- Menor vítima de abandono;
- Protecção da maternidade e da paternidade;
- Direitos da criança hospitalizada.

4. Análise crítica de algumas das questões suscitadas junto da LVRC em 2003

Na resolução de algumas das questões referidas no ponto antecedente, constataram-se bloqueios ao nível da dinamização e articulação das várias respostas sociais existentes, bem como algumas insuficiências do ponto de vista legislativo, destacando-se as seguintes situações:

4.1. Face à demora excessiva que se registava na nomeação do novo presidente da Comissão Nacional de Protecção das Crianças e Jovens em Risco (CNPCJR), o Provedor de Justiça manifestou a sua preocupação junto dos Ministros que tutelam esta entidade, a quem dirigiu um ofício alertando para as consequências dessa demora que se afigurava preocupante, desde logo face ao carácter indispensável da missão desempenhada pela CNPCJR e ao facto de a suspensão da sua actividade durante cerca de dois anos ter tido consequências negativas, quer ao nível do acompanhamento das Comissões de Protecção, quer ao nível da articulação das respostas sociais existentes, quer ainda no âmbito da regulamentação das medidas de protecção. O apoio na resolução deste tipo de problemas, interrompido durante a suspensão da actividade da CNPCJR, está já em condições de ser retomado, uma vez que a nova Presidente da Comissão Nacional

tomou posse no decurso do ano de 2003, esperando-se que agora possa dar-se continuidade ao trabalho que vinha sendo realizado nesta área e consolidar o sistema de protecção das crianças.

4.2. Foram recebidas várias denúncias relativas a menores estrangeiros vitimas de exploração na prática da mendicidade, em relação às quais foi possível constatar uma grande dificuldade de intervenção por parte das entidades com competência para actuar (Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, Polícia, CPCJ, tribunais), por não existir uma política de actuação estratégica que possibilite uma intervenção articulada e eficaz, dissuasiva deste tipo de comportamento tipificado na lei penal como crime.

4.3. Um grande número de chamadas dizem respeito a situações de conflito parental, e consequente necessidade de orientação, mediação e acompanhamento, a realizar por entidade não judiciária, nomeadamente pelos Gabinetes de Mediação Familiar, resposta que deve ser dinamizada, divulgada e reforçada, tendo em vista a protecção da família e da criança.

4.4. No que diz respeito aos maus tratos físicos, verifica-se que a intervenção das entidades é feita no sentido de proteger o menor, mas não de responsabilizar penalmente o agressor. Assim sendo, é comum proceder-se à abertura de um Processo de Promoção e Protecção por agressões físicas, sem dar início ao correspondente procedimento criminal, mesmo depois de confirmados os factos que consubstanciam o crime. É por isso pertinente a reflexão actualmente em curso relativamente ao eventual alargamento da previsão legal do n.º 6 do art. 152º do Código Penal, a fim de o agressor poder ser afastado da própria residência, por esta ser uma medida mais justa e eficaz do ponto de vista da protecção da criança.

5. Cooperação das entidades

No tratamento das situações denunciadas, a Linha procede ao seu encaminhamento, procurando junto das entidades encontrar a resposta adequada à tutela dos interesses legítimos do

menor, tendo em vista a promoção dos direitos e a protecção da criança em risco (al. c) do art.º 21.º e art.º 32.º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, alterada pela Lei º 30/96, de 14 de Agosto).

Além de fazer a mediação entre o cidadão e a entidade, de forma a garantir àquele um atendimento adequado, a Linha tem também a possibilidade de conhecer, no momento seguinte, qual a resposta dada pelo serviço ou órgão competente, avaliando a necessidade de uma intervenção por parte do Provedor de Justiça.

Com efeito, a especificidade desta Linha, face a outras, é a de a eficácia da sua actuação ser reforçada pela legitimidade do Provedor de Justiça para intervir junto das entidades competentes para actuar, as quais, por sua vez, têm um dever de cooperação para com o Provedor de Justiça, conforme o previsto no n.º 4 do art.º 23.ºda Constituição da República Portuguesa, e no art.º 29.º do respectivo Estatuto (Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, alterada pela Lei º 30/96, de 14 de Agosto).

As entidades mais frequentemente envolvidas, em 2003, foram as comissões de protecção de crianças e jovens, os centros distritais de solidariedade e segurança social do Instituto de Solidariedade e Segurança Social, o Instituto de Apoio à Criança e o Projecto de Apoio à Família e à Criança, as escolas, o Plano para a Eliminação da Exploração do Trabalho Infantil, as Equipas Multidisciplinares de Apoio aos Tribunais e o Ministério Público.

É ainda de referir a cooperação de outras entidades, nomeadamente, as delegações escolares, o Ministério da Educação, a Inspecção-Geral do Ensino, o Ministério do Trabalho, a Inspecção-Geral do Trabalho, o Instituto de Desenvolvimento Social, as instituições de acolhimento de crianças, a Inspecção--Geral da Segurança Social, o Instituto de Reinserção Social, o Programa Escolhas, a Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, os serviços de adopção, a Polícia de Segurança Pública, a Guarda Nacional Republicana, os tribunais, os gabinetes de mediação familiar, as câmaras municipais e juntas de freguesia, o Instituto Português da Juventude, as conservatórias de registo civil e os hospitais.

Em alguns casos, as entidades actuaram de forma pronta e célere, face ao nosso pedido de intervenção, e de forma adequada às necessidades de protecção do menor. Noutros casos, foi necessário sugerir um outro tipo de actuação mais adequada, realizar insistências e apelar a uma melhor articulação entre as entidades envolvidas, tendo em vista a melhor resolução do caso concreto.

6. Actividade Extra-processual

6.1. Divulgação dos Direitos da Criança e da existência da LVRC

– Divulgação junto de estudantes, que solicitaram uma informação sobre a LVRC, no que se refere ao seu enquadramento e âmbito de actuação;

– Envio de material de divulgação da LVRC, à Universidade Independente;

– Distribuição de 98 cartazes referentes ao Concurso organizado pelo Presidente da Comissão Nacional dos Direitos Humanos do México, subordinado ao seguinte tema: «Imagens da Vida, a Infância e a Juventude num Mundo com HIV/SIDA»;

– Juntamente com os cartazes foi também enviado material de divulgação da LVRC, nomeadamente, autocolantes e réguas, a fim de serem distribuídos aos professores e funcionários, bem como aos alunos que revelassem sinais de negligência ou maus tratos, dando-lhes conhecimento da existência da Linha para exporem a situação de risco ou perigo que quisessem comunicar;

– Divulgação da LVRC na revista juvenil «Ragazza», através da qual se informou os leitores da existência deste serviço, ao qual poderiam recorrer, de forma gratuita e anónima, para comunicar uma situação de risco de que fossem vítimas ou tivessem conhecimento;

– Entrevista dada à revista "Pais e Filhos", relativa aos objectivos, principais funções, modo de funcionamento e casos relevantes de intervenção da LVRC;

– Entrevista dada na TSF, relativa ao actual sistema de protecção de menores, na sequência da morte de uma criança vítima de maus tratos, ocorrida no Concelho de Ermesinde;

– Informação dada a uma jornalista sueca, acerca do enquadramento da LVRC, seus objectivos e forma de intervenção.

6.2. Deslocações a reuniões de trabalho e a encontros internacionais

Salienta-se a participação nas seguintes actividades, pelo facto de terem permitido uma troca de informações, experiências e estratégias, que contribuíram para uma melhor resolução dos casos concretos, bem como uma actualização das perspectivas de intervenção deste serviço:

– Participação da colaboradora da LVRC nas reuniões da Comissão Nacional de Protecção de Crianças e Jovens em Risco;

– Participação da colaboradora da LVRC na conferência realizada pela Universidade Independente, subordinada ao tema "Crianças vítimas de maus tratos";

– Deslocação da colaboradora da LVRC a um Encontro de Trabalho organizado pela Procuradoria-Geral da República, referente ao tema "O Ministério Público e as Comissões de Protecção de Crianças e Jovens: Que intervenção?";

– Participação da colaboradora da LVRC numa reunião convocada pela CPCJ de Almada, após sugestão da Provedoria de Justiça, numa tentativa de articulação de esforços entre as várias entidades visadas, no processo R-276/03;

– Deslocação da responsável da LVRC a um seminário organizado pelo Instituto de Ciências da Família da Universidade Católica, que teve como objectivo, promover a reflexão sobre a mediação familiar e a formação de pessoas qualificadas para o exercício desta actividade;

– Participação da responsável da LVRC numa reunião organizada pelo Grupo Coordenador do Plano de Auditoria Social da Segurança Social;

– Deslocação da responsável da LVRC, em representação de Sua Excelência o Provedor de Justiça, à tomada de posse da Comissão de Programas Especiais de Segurança;

– Participação da responsável da Linha Verde Recados da Criança, no 7º Encontro anual da ENOC (Rede Europeia dos Provedores da Criança), nos dias 15, 16 e 17 de Outubro de 2003;

– Participação da coordenadora e da colaboradora da LVRC, numa audição, a pedido do Ministério da Justiça, que teve como objectivo dar a conhecer a posição do Provedor de Justiça relativamente à necessidade de se proceder a uma alteração legislativa que proíba, de forma expressa, a utilização de castigos corporais, por parte dos pais, como forma de exercer a sua autoridade, face às crianças;

– Deslocação da colaboradora da LVRC a uma Conferência Internacional sobre o Abuso Sexual de Crianças;

– Participação da coordenadora da LVRC no 1º Fórum da CPCJ de Oeiras sobre "Promoção e Protecção dos Direitos das Crianças e dos Jovens – Responsabilidade Partilhada";

– Deslocação ao 1.º Encontro das Comissões de Protecção de Crianças e Jovens na cidade de Lisboa.

Fichas e processos anotados

F-2/03 (LVRC)

Assunto: Fiscalização do funcionamento de um lar de jovens da Santa Casa da Misericórdia de Almada

Objecto: Possibilidade de os menores que se encontram institucionalizados estarem numa situação de risco. Fiscalização do funcionamento dessa instituição.

Decisão: A LVRC continua a acompanhar a concretização das medidas indiciadas na sequência da inspecção feita ao referido lar, que foi realizada pelo Departamento de Fiscalização de Lisboa e Vale do Tejo.

Síntese:

1. A denúncia que originou a abertura da presente ficha foi feita pelos menores de um Lar da Santa Casa da Misericórdia de Almada, e dava conta das dificuldades que eles estariam a passar ao nível de alimentação, vestuário e calçado. Mais ainda, faziam referência a uma situação de abuso sexual ocorrida entre menores residentes no lar, que teria acontecido há cerca de dois anos, bem como a outras situações que, no presente, poderiam pôr em risco a segurança de alguns menores.

2. A LVRC encaminhou a situação para a Inspecção-Geral do Ministério do Trabalho e da Solidariedade, que solicitou a intervenção urgente do Departamento de Fiscalização, com vista à averiguação da veracidade dos factos comunicados à LVRC.

3. Na sequência da acção inspectiva levada a cabo pelo Departamento de Fiscalização, foi elaborado um relatório do processo de inquérito do referido lar, que confirmou a ocorrência, no passado, de abusos sexuais dentro da instituição, bem como a ocorrência, actualmente, de comportamentos abusivos por parte de dois residentes, não se confirmando, no entanto, as dificuldades relacionadas com a alimentação, o vestuário e o calçado.

4. Sobre este relatório foi proferido o Despacho de 11.03.03, pelo Director do Departamento de Fiscalização que, entre outras determinações, se pronunciava pelo cumprimento das recomendações apresentadas pela instrutora do processo, com vista ao melhor funcionamento da instituição e à salvaguarda da segurança dos menores residentes. A LVRC continua a

acompanhar a concretização das medidas indiciadas na sequência da inspecção.

F-6/03 (LVRC)

Assunto: Prossecução ilegal da actividade de creche.

Objecto: Possibilidade de os menores que se encontravam a cargo de uma ama estarem numa situação de risco. Fiscalização da actividade de ama/creche.

Decisão: Ficha encerrada após confirmação da concretização das medidas tendentes a pôr fim à actividade ilegal de creche, depois de ter sido ordenada a cessação dessa actividade pelo Departamento de Fiscalização da Segurança Social de Lisboa e Vale do Tejo.

Síntese:

1. A situação que originou a abertura da presente ficha dava conta da possibilidade de os menores, que se encontravam a cargo de uma ama, poderem estar numa situação de risco.

2. A LVRC comunicou os factos denunciados ao Serviço de Acção Social de Odivelas, que por sua vez, encaminhou o assunto para o Departamento de Fiscalização da Segurança Social e Vale do Tejo, dando também conhecimento da situação ao Centro Comunitário Paroquial que intervém na área da freguesia onde a situação ocorria.

3. A LVRC manteve contacto frequente com estas entidades, conhecendo assim os resultados das fiscalizações e das visitas domiciliárias efectuadas, na sequência das quais foi ordenada a cessação da actividade ilegal de ama, o que veio a acontecer posteriormente.

4. O acompanhamento feito pela LVRC permitiu prestar um auxílio concreto na articulação de esforços entre as entidades locais e os serviços de fiscalização, o que contribuiu para a célere cessação da actividade de perigo para os menores.

F-25/03 (LVRC)

Assunto: Negligência e maus tratos por parte dos pais.

Objecto: Situação de perigo para o menor. Necessidade de intervenção do serviço competente para actuar.

Decisão: A ficha foi arquivada após a intervenção do Serviço de Acção Social do Porto, que informou o Tribunal de Família e Menores do paradeiro da criança, bem como da situação de perigo em que ela se encontrava, tendo o tribunal aplicado a medida de acolhimento em instituição.

Síntese:

1. A denúncia que originou a abertura da presente ficha versava sobre um caso de negligência e de maus tratos físicos infligidos a um menor pelos seus pais. Esta situação de perigo já era do conhecimento do Serviço de Acção Social do Porto que, naquele momento, não estava a ter qualquer intervenção na situação por desconhecer o paradeiro da criança.

2. A localização da criança revelava-se difícil pelo facto de os pais mudarem constantemente de residência. Aliás, à data em que a denúncia foi efectuada junto da LVRC o agregado encontrava-se numa pensão, pelo que as diligências então encetadas se revestiram de carácter urgente, procurando obviar a novo desaparecimento do menor.

3. A intervenção da LVRC junto do Serviço de Acção Social do Porto permitiu que o menor fosse localizado por este Serviço, que confirmou, então, que a situação de perigo se mantinha, tendo essas informações sido comunicadas, com urgência, ao Tribunal de Família e Menores do Porto onde corria termos um processo de promoção e protecção, no âmbito do qual foi decidida a retirada do menor da sua família e a sua colocação numa instituição.

F-33/03 (LVRC)

Assunto: Negligência e maus tratos por parte de família de acolhimento.

Objecto: Situação de perigo para o menor. Necessidade de intervenção do serviço competente para actuar.

Decisão: A ficha foi arquivada após a intervenção do Serviço de Acção Social do Porto, que retirou o menor da família de acolhimento onde ele se encontrava e integrou-o numa outra.

Síntese:

1. A denúncia que originou a abertura da presente Ficha versava sobre um caso de negligência e de maus tratos físicos infligidos a um menor pela família de acolhimento a que fora entregue. Esta situação já tinha sido comunicada pela denunciante ao Serviço de Acção Social do Porto, que ainda não tinha intervindo.

2. A intervenção da LVRC junto do serviço de Acção Social do Porto, não só reforçou as afirmações e receios da denunciante junto da entidade visada, como também contribuiu para dinamizar a atitude deste serviço, levando-o a tomar uma posição, que teve como consequência a retirada do menor da família de acolhimento onde se encontrava e a sua integração numa outra mais adequada e capaz.

F-63/03 (LVRC)

Assunto: Audição de criança de idade superior a 12 anos por parte de CPCJ.

Objecto: Menor expulso de casa pelo pai e acolhido por uma vizinha. Pedido de intervenção da CPCJ. Necessidade de

cumprimento efectivo, por parte da Comissão, da Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro.

Decisão: A ficha foi arquivada após orientação dada à CPCJ, no sentido de um melhor cumprimento da Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro, nomeadamente no que diz respeito ao facto de a actuação das comissões depender da não oposição da criança ou do jovem com idade superior a 12 anos.

Síntese:

1. A denúncia que originou a abertura da presente ficha dizia respeito a um menor que fora expulso de casa pelo pai, tendo sido acolhido por uma vizinha, que comunicou a situação à Comissão de Protecção de Crianças e Jovens (CPCJ) de Mira, solicitando uma actuação por parte desta entidade.

2. A intervenção da LVRC nesta situação contribuiu para que a CPCJ desse melhor cumprimento à Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro, não só instando a Comissão a abrir processo de promoção e protecção como, ainda, chamando a atenção para a necessidade de dar cumprimento, em especial, à norma constante do artigo 10º da supra mencionada lei, que faz depender a intervenção das comissões da não oposição de criança ou jovem de idade superior a 12 anos.

3. A CPCJ de Mira aceitou esta orientação dada pela LVRC, o que permitiu que a opinião do menor em causa tivesse tido importância determinante na decisão sobre o seu futuro. Desta forma, a idade do menor, bem como os factos por si relatados sobre a vida familiar com o seu pai, fizeram preferir a sua institucionalização, tendo sido esta a medida de promoção e protecção aplicada pela comissão, ao contrário do que tinha sido ponderado antes de o menor ser ouvido.

Censuras, reparos e sugestões à Administração Pública

R-6499/99

Entidade visada: Presidente da CPCJ de Tomar
Assunto: Processo de promoção e protecção de menor.

Tendo a Provedoria de Justiça acompanhado a situação da menor A., através do processo supra referenciado, venho por este meio informar que o mesmo foi arquivado, na sequência da remissão do processo de promoção e protecção da CPCJ de Tomar para o Tribunal dessa comarca.

No entanto, e após uma apreciação global do tratamento dispensado por essa comissão ao caso em apreço, não posso deixar de manifestar a minha preocupação face a algumas situações que ocorreram no processo de promoção e protecção e que manifestam uma actuação algo negligente por parte dessa entidade.

Começo por verificar que, na altura em que a menor foi encaminhada para o curso de formação profissional, em Dezembro de 2001, não foi elaborado um acordo de promoção e protecção que estabelecesse a aplicação da medida de apoio junto dos pais, onde deveria constar o plano de formação profissional da menor, em particular, a frequência do referido curso. Este facto terá contribuído para alguma demora no processo, pois impediu que o mesmo fosse remetido de imediato para o Tribunal, quando a menor foi impedida pelo pai e pela madrasta de frequentar o curso em que estava matriculada.

Parece-me, também, que a Comissão, na fase final do processo de promoção e protecção, limitou-se a encaminhar a situação da menor para outra entidade (PEETI), ficando a aguardar uma resposta, sem fazer um acompanhamento activo que garantisse uma intervenção célere e eficaz, com vista à

efectiva protecção e defesa dos direitos da menor. Cabia, efectivamente, à comissão e não à LVRC, realizar um contacto directo com os serviços centrais do PEETI, a fim de agendar com esta equipa uma deslocação a Tomar, para avaliar a situação da menor A., garantindo, assim, o desenrolar do processo.

Chamo ainda a atenção para o facto de a comissão ter revelado alguma falta de disponibilidade para ouvir a menor, alegando ser difícil agendar visitas domiciliárias, ou mesmo, deslocações ao centro de formação que a menor frequentava. A título de exemplo podemos referir que, após a sinalização feita pela LVRC, a 8.03.02, a comissão apenas conseguiu reunir-se com a menor, no dia 27.05.02.

Por último, entendo que a comissão fez um acompanhamento pouco regular e efectivo desta situação, o que permitiu que o processo estivesse aberto durante dois anos, sem que se concretizasse a aplicação de uma medida através de um acordo de promoção e protecção. De facto, durante este período de tempo, a menor A. esteve por diversas vezes impedida de sair de casa, pela própria família, o que comprometia claramente o seu processo educativo e formativo, sem que a comissão responsabilizasse o pai por esses incumprimentos e daí retirasse as necessárias consequências.

Neste contexto, não posso deixar de chamar a atenção para a importância do cumprimento dos requisitos determinados na Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro, nomeadamente, no que diz respeito ao consentimento dos pais para a intervenção, à assinatura do acordo de promoção e protecção, ao cumprimento dos prazos para a revisão das medidas e para a cessação das mesmas.

Na verdade, o cumprimento destes requisitos garante a realização de uma intervenção mais célere e eficaz por parte da comissão, assegurando também uma maior responsabilização parental, e permitindo ainda que, em caso de incumprimento da família, a comissão possa decidir, de forma mais imediata e fundamentada, pela comunicação dessas situações ao Tribunal.

Certo da melhor atenção de V.Exa. para o teor das preocupações expressas no presente ofício, apresento os melhores cumprimentos.

2. Linha do Cidadão Idoso

Introdução

Para uma cidadania de pleno direito é necessária uma participação activa na vida social e esta pressupõe informação e esclarecimento. A incapacidade para o exercício dos direitos afecta a qualidade de vida das pessoas, principalmente os sectores mais vulneráveis da população, como é o caso dos idosos. A Linha do Cidadão Idoso (LCI), através da sua actividade tem em vista a promoção da inclusão do cidadão idoso na sociedade actual.

A LCI completou em 2003 quatro anos de existência. Este foi um ano de consolidação de procedimentos e regras de actuação, bem como de aperfeiçoamento dos meios que a Linha usa para registar os seus casos e dar resposta às informações solicitadas. Nomeadamente, foi alterada a base de dados, com vista a melhorar o registo das chamadas e explorar todos os dados estatísticos que dela se podem retirar. Ao receber uma chamada, a LCI realiza primeiramente um registo informático da mesma, com os dados respeitantes à questão colocada, os dados pessoais do idoso à qual a situação diz respeito, e do utente, ou seja, da pessoa que contacta a Linha, caso esta se queira identificar (cf. ecrã de software para registo de chamadas).

Estas informações servem não só para dar resposta à situação colocada, mas também para tratamento estatístico, a fim de se poder traçar o perfil do utilizador da LCI, bem como apurar quais as questões mais colocadas e a respectiva evolução ao longo dos anos. Assim importa mencionar - os procedimentos que a LCI adopta na resolução das questões que nos são colocadas:

a) *Resolução na própria chamada* - a LCI informa e esclarece o utente no primeiro contacto ou após um contacto simples com a entidade visada;

b) *Ficha* - Nas situações em que se verifica que é necessário proceder a um estudo mais aprofundado, efectuar diligências e acompanhar a realização destas junto das entidades visadas, ou fazer a intermediação entre o idoso e a Administração Pública, é aberta uma ficha. Esta contém a identificação e contactos do reclamante, da entidade para a qual se fez o encaminhamento e todas as diligências efectuadas quer pela Linha junto das entidades visadas, quer por estas com vista à resolução da situação;

c) *Abertura de processo formal* - acontece quando é necessário realizar um conjunto de diligências, desde a recolha de uma informação para comprovar a denúncia, ao acompanhamento da actuação da entidade competente para intervir, passando pela colaboração com esta, no sentido de encontrar a solução mais

adequada para o caso. Este procedimento pode ainda ser adoptado nas situações em que o acompanhamento se preveja por um longo período de tempo e naqueles casos em que a entidade visada não coopere com a Provedoria de Justiça.

1. Actividade Processual

Processos	Entrados em 2003	Saídos em 2003	Pendentes a 31/12/03	Transitados para a área.
Processos Formais	0	1	0	0
Processos sem abertura formal (fichas)	76	66	10	0
Total	76	67	10	0

1.1 Como o quadro anterior demonstra, a actividade processual da LCI é realizada, na maior parte dos casos, através de fichas. No ano de 2003, o número total foi de 76, das quais 66 foram arquivadas e 10 transitaram para o ano de 2004.

2. Número de chamadas

Em 2003 o número total de chamadas foi de 3760, mais 487 chamadas que o ano anterior.

3. Questões mais colocadas

No que respeita às questões mais colocadas, os temas sofreram algumas alterações face aos anos anteriores. Verificou-se um grande número de chamadas sobre pensões e aumento de casos respeitantes a situações de abandono e maus tratos.

Questões Mais Colocada	
Informação Geral	21%
Pensões	12%
Apoio Domiciliário	8%
Informação Jurídica	7%
Informação Saúde	6%
Lares	5%
Abandono	4%
Maus Tratos	4%
Encaminhamento para Consulta Jurídica	4%

Complemento de Dependência	3%
Telealarme	3%

4. Cooperação

Ao longo destes quatro anos de existência, tem sido essencial para o trabalho da LCI a cooperação com várias entidades. Assim torna-se importante destacar a cooperação do Centro Nacional de Pensões, Caixa Geral de Aposentações, serviços locais de acção social, centros distritais de segurança social, Polícia de Segurança Pública e Guarda Nacional Republicana (nomeadamente através dos agentes destacados para o programa 65 – "Idosos em Segurança"), centros de saúde, Inspecção-Geral do Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social (serviço de inspecção de lares).

5. Divulgação

A LCI - continua a privilegiar a distribuição do seu material de divulgação junto das entidades e instituições destinadas à população idosa. Em paralelo e de forma planeada, tem difundido a sua actividade junto dos órgãos de comunicação social, através de entrevistas em programas de televisão e rádio, bem como em artigos escritos para jornais e revistas. Destaque nomeadamente, para a participação no programa SIC 10 Horas subordinado ao tema – pensões; entrevista para a Rádio Festival (de grande audiência no norte do país) e a publicação de um artigo na revista Montepio Sénior, sobre o trabalho desenvolvido pela Linha ao longo deste anos.

Linha do Cidadão Idoso

Fichas e processos anotados

F-30/03 (LCI)

Assunto: Maus tratos.

Objecto: Maus tratos alegadamente infligidos a idosa utente do centro de dia de uma instituição particular de solidariedade social.

Decisão: Ficha arquivada após ter sido realizada uma inspecção exaustiva à Instituição, abrangendo não só a questão dos maus tratos, mas também vários aspectos técnicos relativos ao seu funcionamento. Da acção inspectiva resultaram várias recomendações, nomeadamente o acompanhamento técnico por parte da Segurança Social, a realização de um inquérito ao bem-estar dos utentes e a determinação de um prazo para corrigir algumas irregularidades.

Síntese:

1. A denúncia que deu origem à ficha dizia respeito a uma situação de maus tratos alegadamente infligidos pelo responsável de uma instituição particular de solidariedade social (o Centro Social e Paroquial de Silvalde) a uma idosa, utente do centro de dia da instituição.

2. Após a análise da questão pela Linha do Cidadão Idoso (LCI), respectivo encaminhamento e acompanhamento junto das entidades competentes – Departamento de Fiscalização do Instituto de Solidariedade e Segurança Social da Região Norte, Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social de Aveiro e Acção Social de Espinho – foram por essas entidades efectuadas várias diligências e uma acção de fiscalização. Esta última resultou na elaboração de um relatório detalhado, com propostas

concretas, tendo em vista reparar as irregularidades detectadas. Do trabalho realizado resultou o seguinte:

- Apurou-se que existiram no passado outras queixas referentes à instituição;
- Realizaram-se reuniões com as técnicas da Acção Social Local;
- Foram analisados todos os relatórios de acompanhamento da instituição efectuados pela Segurança Social;
- Foram ouvidos os funcionários e os utentes do Centro Social e Paroquial de Silvalde;
- Realizou-se uma acção inspectiva cujo objecto foram as instalações da instituição, os estatutos, registos, acordos de cooperação celebrados com a Segurança Social, regulamento interno, quadro de pessoal e listagem de utentes.

3. Terminada aquela acção inspectiva, concluiu-se o seguinte:

- Não foi produzida prova suficiente referente aos factos constantes da denúncia efectuada para a LCI, que permitissem concluir pela existência de agressões perpetradas pelo presidente da direcção relativamente à idosa em questão.
- Não obstante, foi entendido que deveria ser efectuado um estudo aprofundado sobre o bem-estar dos utentes e o seu relacionamento com os funcionários e corpos dirigentes da instituição.

4. Face a estas conclusões, o Departamento de Fiscalização do ISSS da Região Norte formulou propostas concretas no sentido de obter uma actuação concertada do Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social de Aveiro e do Centro Social e Paroquial de Silvalde, com o objectivo de, por um lado, serem regularizadas as infracções detectadas na acção inspectiva supra mencionada e, por outro lado, ser garantido o acompanhamento técnico do Centro Paroquial por parte do CDSSS de Aveiro,

nomeadamente através da realização de um inquérito exaustivo ao bem-estar dos utentes daquela instituição.

5. Em suma, apesar de não ter sido possível confirmar os factos que deram origem a abertura da ficha, a actuação da LCI foi essencial para que os serviços competentes se apercebessem da necessidade de averiguar as condições de funcionamento das várias valências do Centro Social e Paroquial de Silvalde. Verificou-se que esta não era a primeira reclamação apresentada contra aquela instituição, tendo a acção inspectiva subsequente dado origem a um inquérito sobre o bem-estar dos utentes e permitido que se reparassem irregularidades que até à data se vinham verificando.

F-65/03(LCI)

Assunto: Pensão de velhice.

Objecto: Morosidade na atribuição de pensão de velhice, motivada por falta de articulação entre serviços do Instituto de Solidariedade e Segurança Social.

Decisão: Ficha arquivada após ter sido desbloqueado o processo de atribuição de pensão de velhice cuja morosidade fora relatada à LCI.

Síntese:

1. Na base da abertura da ficha esteve um pedido de informação sobre o estado de um processo de pensão de velhice pendente no Centro Nacional de Pensões (CNP).

2. As diligências realizadas pela LCI junto daquela entidade revelaram que o processo aguardava informação solicitada ao Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social (CDSSS) de Aveiro, o qual, por seu turno, informou que já havia enviado a informação pedida.

3. Certo é que a referida informação (relacionada com o período contributivo da interessada) não constava do processo pendente no CNP e que este desacerto entre os dois serviços

referidos estava na origem do atraso na instrução do processo e na atribuição e pagamento da pensão à beneficiária.

4. Através da LCI foi possível estabelecer uma melhor articulação entre o CNP e o CDSSS de Aveiro, assegurando-se que a informação em falta fosse efectivamente recepcionada no CNP, onde o processo pôde prosseguir a respectiva instrução.

5. Não se tratando, embora, de uma intervenção sobre o fundo da questão, certo é que a actuação da LCI permitiu suprir as dificuldades da interessada em contactar os dois serviços envolvidos no processamento da sua pensão e, simultaneamente, articular a actuação destes mesmos serviços, com o consequente desbloqueamento do processo, obtido de forma célere e desburocratizada.

F-68/03(LCI)

Assunto: Saúde. Abandono.

Objecto: Idosa com sinais de desorientação, residindo sozinha. Necessidade de apoio médico e social.

Decisão: Ficha arquivada após a LCI ter solicitado - e obtido – a colaboração das entidades competentes para diagnosticar, acompanhar e resolver a situação da idosa.

Síntese:

1. A situação objecto da ficha foi sinalizada à LCI por uma vizinha da idosa, que observou no seu comportamento alguns sinais de desorientação, especialmente preocupantes por se saber que a idosa vivia sozinha e tinha apenas um familiar, de paradeiro desconhecido.

2. A LCI contactou o Centro de Saúde da Parede, onde a idosa se encontrava inscrita, tendo exposto a questão e debatido a mesma, quer com a médica de família da idosa, quer com uma técnica de serviço social do referido centro de saúde. A Linha manteve também contacto regular com a vizinha/reclamante que

sinalizara a situação, a fim de ir conhecendo a evolução do estado de saúde e do comportamento da interessada.

3. Destas diligências resultou a realização de duas visitas domiciliárias à idosa: uma por parte do Serviço Social do Centro de Saúde (que fez deslocar ao domicílio daquela a técnica de serviço social acima referida, acompanhada de uma enfermeira de cuidados continuados) e outra por parte da sua médica de família.

4. Destas visitas resultou, em termos médicos, a alteração da medicação da interessada, a realização de um TAC e marcação de nova consulta e, em termos de apoio social, foi possível obter a concordância da idosa para que passasse a receber apoio domiciliário.

5. A LCI diligenciou ainda no sentido de conhecer os termos em que o apoio domiciliário seria prestado, tendo apurado que o mesmo estaria a cargo do Centro Comunitário de Tires, que informou que o apoio seria essencialmente ao nível da alimentação e que a idosa passaria ainda a frequentar o centro de dia daquela instituição.

6. Os bons resultados obtidos no diagnóstico e posterior acompanhamento da situação médica e social da idosa ficaram a dever-se à boa colaboração prestada pelas entidades contactadas, em especial pelo Centro de Saúde da Parede e ao acompanhamento atento da situação por parte da LCI, que sempre foi solicitando e sugerindo a cada entidade e a cada técnico interveniente uma actuação diligente e adequada às necessidades da interessada.

Censuras, reparos e sugestões à Administração Pública

R-2861/02

Entidade visada: Coordenador da Sub-Região de Saúde de Lisboa

Assunto: Situação clínica de idoso. Morosidade na actuação do Centro de Saúde.

Reporto-me ao assunto objecto da vossa comunicação, que desde já agradeço.

Conforme é do conhecimento de V. Exª, o processo supra referenciado foi aberto na Provedoria de Justiça na sequência de uma comunicação recebida através da Linha do Cidadão Idoso (LCI), dando conta da situação de risco em que se encontrava um idoso, o Sr. ..., residente na Rua... em Lisboa. Dos termos de tal denúncia, bem como das diligências iniciais de instrução do processo, foi oportunamente dado conhecimento a V. Exª através de fax datado de 14.10.2002, com a referência 735/LCI/C/02, através do qual se solicitou a boa colaboração de V. Exª no sentido de ultrapassar a omissão – ou, pelo menos, alguma lentidão – na intervenção que se esperava pudesse ser levada a cabo, a este respeito, pela autoridade de saúde local.

Na sequência dos contactos efectuados com V. Exa., foi a Provedoria de Justiça informada, através do vosso ofício ..., que o Exmº Subdelegado de Saúde do Centro de Saúde da Graça se deslocara ao domicilio do Sr. ..., no início de Dezembro do passado ano, visita que se revelou infrutífera dado não ter sido possível localizar o idoso, tendo por isso o Dr. ... tomado a decisão de sinalizar a situação à PSP da área, ficando a aguardar uma resposta por parte desta entidade.

Muito embora esta questão apenas tenha sido levada ao conhecimento de V. Exª em Outubro do passado ano, não posso deixar de salientar que a Provedoria de Justiça, através da LCI, já desde Março de 2002 vinha acompanhando a situação, tendo pela primeira vez sinalizado a mesma ao Centro de Saúde da Graça, através de fax datado do dia 15 daquele mês de Março de 2002, de que anexo cópia, para conhecimento de V. Exª.

Não posso, por isso, deixar de lamentar que só depois de inúmeras insistências telefónicas sem sucesso, e apenas quando foi solicitada a boa colaboração de V. Exª, o assunto tenha sofrido alguma evolução, primeiro com a tentativa de realização de uma visita domiciliária por parte da respectiva médica de família, em Outubro último e depois com nova tentativa de visita domiciliária, desta vez por parte do Exmº Subdelegado de Saúde do Centro de Saúde da Graça, em Dezembro último.

A atitude pouco colaborante que o referido centro de saúde revelou até à intervenção de V. Exª, embora possa ter alguma justificação no grande volume de trabalho e, não raro, nos escassos meios materiais e humanos com que se deparam os centros de saúde (justificação que a Provedoria de Justiça apenas presume, porque jamais lhe foi facultada explicação razoável para a demora na concretização da visita domiciliária em causa), não deixa de consubstanciar, desde logo, a violação do dever de colaboração de uma entidade pública para com o Provedor de Justiça, colaboração imposta pelo artigo 23º da Constituição da República Portuguesa e pelo artigo 29º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril (Estatuto do Provedor de Justiça).

Acresce que o constante adiamento da visita domiciliária apenas tentada em Outubro e Dezembro último, significou um protelar do exercício das competências que são conferidas às autoridades de saúde, nomeadamente pelo Decreto-Lei n.º 336/93, de 29 de Setembro, cujo artigo 5º, n.º 2, alínea d), como é do conhecimento de V. Exª, lhes confere competência para *"desencadear o internamento ou a prestação compulsiva de*

cuidados de saúde a indivíduos em situação de prejudicarem a saúde pública.”.

Não se afirma que seja este o caso do cidadão acima identificado, até porque a Provedoria de Justiça não dispõe de competência – nem, consequentemente, de meios – para alcançar tal conclusão, devendo antes respeitar as conclusões que os especialistas de saúde alcancem nesta matéria. O que se questiona é se o Centro de Saúde da Graça, neste caso concreto, não deveria ter procurado conhecer desde mais cedo e com maior empenho a situação clínica do idoso, a fim de verificar se se justificaria, ou não, o exercício das competências acima mencionadas. Permito-me referir que, segundo informação prestada à LCI pelo Serviço de Acção Social da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, uma familiar do idoso terá já dirigido ao Exmº Delegado de Saúde da área um pedido de internamento compulsivo, por carta datada de 25.09.2002.

Face ao exposto, não posso deixar de solicitar a V. Exª que continue a revelar o empenho até aqui colocado na boa resolução deste caso, certificando-se de que o Centro de Saúde da Graça coloca no acompanhamento desta situação o maior empenho possível, assim compensando algum do tempo já perdido na realização de um diagnóstico que permita concluir se, no plano médico e sob o ponto de vista da saúde pública, a situação deste idoso pode ser objecto de intervenção por parte das autoridades de saúde.

Por entender que não se justificam, por ora, quaisquer diligências adicionais por parte da Provedoria de Justiça, informo que o processo supra referenciado foi na presente data arquivado. Tal circunstância, evidentemente, não invalida a disponibilidade total da Provedoria de Justiça para, através da LCI, facultar a V. Exª quaisquer elementos que considere úteis ou relevantes.

Certo da melhor atenção de V. Exa. para o teor das preocupações expressas no presente ofício e esperando que, futuramente, um melhor nível de colaboração do Centro de Saúde da Graça para com a Provedoria de Justiça permita a este órgão

do Estado contribuir para ajudar na resolução de situações que nos venham a ser comunicadas.

F-31/03 (LCI)

Entidade visada: Coordenadora do Serviço de Acção Social Local de Alcabideche
Assunto: Dever de colaboração com o Provedor de Justiça. Linha do Cidadão Idoso.

Através da Linha do Cidadão Idoso (LCI), da Provedoria de Justiça, foi descrita a este órgão do Estado uma eventual carência de cuidados de higiene e alimentação do Senhor ... , residente na Rua ..., em Alcabideche.

No âmbito da normal actuação da LCI, foi contactado o serviço que V. Exª dirige e, na sequência desse contacto e a vosso pedido, foi remetido a esse serviço, em 8 de Abril p.p., fax cuja cópia anexo, para melhor identificação e localização do assunto.

Decorrido cerca de um mês sobre o envio do citado fax (concretamente em 14 de Maio p.p.), foi estabelecido novo contacto telefónico pelas minhas colaboradoras em exercício de funções na LCI, com o objectivo de conhecer o estado da questão, nomeadamente se se confirmavam os factos que haviam sido relatados à Provedoria de Justiça e quais as diligências eventualmente já efectuadas pelo Serviço de Acção Social Local de Alcabideche acerca do assunto.

A resposta obtida terá sido no sentido da impossibilidade de informar, àquela data, do estado da questão, havendo que aguardar resposta ao fax referido. Esta circunstância, por si só, não se revestiria de especial gravidade, muito embora deva dizer-se que o tempo entretanto decorrido tornava desejável que os serviços tivessem já, se não uma informação definitiva sobre o assunto, pelo menos algum esclarecimento intercalar para facultar.

Mais grave se revela a ideia transmitida às minhas colaboradoras, nesse mesmo contacto telefónico, de que não seria possível indicar a data prevista para o envio da informação solicitada, sendo certo que até ao presente momento tal informação ainda não foi facultada à Linha do Cidadão Idoso da Provedoria de Justiça.

Porque a situação concreta descrita no documento anexo carece de uma apreciação preliminar pelo Serviço de Acção Social Local de Alcabideche, destinada a aferir da necessidade, ou não, de intervenção e, em caso afirmativo, a avaliar a maior ou menor urgência de tal intervenção, compreenderá V. Exª que nada possa ser diligenciado por este órgão do Estado no sentido de colaborar na resolução dos problemas que venham a ser diagnosticados enquanto, precisamente, tal diagnóstico não for efectuado.

É por esse motivo que em casos como o presente a actuação da LCI começa por ser junto do serviço de acção social local competente, cuja importância é inquestionável na tentativa de dar resposta a situações como a que aqui pode estar em causa.

Porém, não posso deixar de me questionar acerca da eficácia da intervenção de um Serviço que, mais de um mês depois de ter tomado conhecimento de determinada situação susceptível de integrar o seu âmbito de actuação, nada pode ainda informar sobre essa situação, não podendo, sequer, prever quando possa vir a fazê-lo.

O que acima ficou dito parte da presunção, que julgo correcta, de que a falta de prestação das informações solicitadas pelas minhas colaboradoras se deveu ao facto de os serviços que V. Exª dirige não terem, ainda, possibilidade de responder às questões colocadas. Se assim foi, permito-me sugerir a V. Exª que procure agilizar o funcionamento dos serviços de modo a que, pelo menos, a triagem inicial dos casos que vos são expostos – *i.e.*, a confirmação ou infirmação das situações sinalizadas – seja efectuada dentro de um curto período, considerando que, não raro, estão em causa situações que podem vir a confirmar-se como sendo de graves carências a nível de cuidados básicos.

Caso a falta de prestação das informações solicitadas pelas minhas colaboradoras tenha ficado a dever-se, pelo contrário, a qualquer dúvida ou hesitação quanto à legitimidade da LCI para solicitar os esclarecimentos em causa e para o fazer pelo modo informal como o fez, permito-me esclarecer o seguinte:

O dever de cooperação dos órgãos e agentes das entidades públicas para com o Provedor de Justiça decorre dos n.ºs 1 e 2 do artigo 29º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril – Estatuto do Provedor de Justiça (EPJ). Ainda que os n.ºs 4 e 5 do mesmo artigo permitam ao Provedor de Justiça fixar prazo para resposta ou convocar funcionários e agentes para a prestação de esclarecimentos em data e local a fixar, e ainda que o n.º 6 do mesmo artigo qualifique como crime de desobediência o incumprimento não justificado do dever de cooperação previsto nos supra citados n.ºs 1, 2, 4 e 5 do artigo 29º do EPJ, o recurso a estes expedientes é, tanto quanto possível, evitado, procurando os meus colaboradores e eu próprio dar prevalência aos contactos informais e desburocratizados com os serviços cuja colaboração se entende dever solicitar.

Refira-se, aliás, que essa actuação informal e desburocratizada deve constituir a forma de actuação, por excelência, do Provedor de Justiça (cfr. artigo 28º, n.º 1, do EPJ), sendo que as duas Linhas Verdes criadas no âmbito da Provedoria de Justiça[195] têm subjacente o reforço desse carácter informal, sob pena de se perder o efeito útil da sua intervenção no encaminhamento, acompanhamento e auxílio na resolução das situações que são comunicadas por esta via ao Provedor de Justiça.

Através desta comunicação pretendi, desde logo, elucidar V. Exª acerca do tipo, âmbito e meios de intervenção das Linhas Verdes da Provedoria de Justiça, em especial da LCI e, simultaneamente, realçar a importância de que se reveste o cumprimento empenhado e rigoroso, por parte das entidades por

[195] A do Cidadão Idoso, que V. Exª já conhece, e a Linha Recados da Criança, que funciona em moldes semelhantes, para apoio a menores em risco.

elas contactadas, do seu dever de cooperação para com o Provedor de Justiça.

Quanto ao caso concreto que motivou a presente comunicação, espero, evidentemente, que o assunto tenha já sido analisado e por isso mesmo solicito que, com a máxima urgência, seja prestada a informação pedida através do fax em anexo. Embora essa informação pudesse, normalmente, ser prestada directamente à LCI também de modo informal e desburocratizado - nomeadamente mediante contacto telefónico -, o facto de o assunto estar agora sendo acompanhado também por mim próprio, justifica que solicite a V. Exª que a resposta em falta seja remetida, por escrito, ao meu Gabinete.

III.

GESTÃO E ATENDIMENTO

1. Recursos Financeiros

Quadro da Evolução dos Orçamentos 2002/2003

Agrupamentos	Orçamento Inicial 2002		Orçamento Inicial 2003	
	Valor	%	Valor	%
Despesas com pessoal	€ 4.372.712,00	88,10	€ 4.516.055,00	88,43
Aquisição de bens e serviços correntes	€ 391.296,00	7,88	€ 391.296,00	7,66
Aquisição de bens de capital	€ 199.519,00	4,02	€ 199.519,00	3,91
Total	€ 4.663.527,00	100,00	€ 5.106.870,00	100,00

€ 5.000.000,00
€ 4.000.000,00
€ 3.000.000,00
€ 2.000.000,00
€ 1.000.000,00
€ 0,00
Orçamento inicial 2002
Orçamento inicial 2003
Despesas com pessoal
Bens e serviços
Bens de capital

2. Recursos humanos

Funcionários da Provedoria de Justiça

A Provedoria de Justiça tem, actualmente, 120 funcionários, sendo que 81 são do sexo feminino e 39 do sexo masculino.

Categorias Profissionais

A maioria dos funcionários detém a categoria de assessor e de administrativo, sendo pouco significativo o peso das restantes categorias.

Relação jurídica de emprego

A relação jurídica de emprego predominante na Provedoria é a nomeação definitiva e em comissão de serviço .

Estrutura Etária

Uma grande parte dos funcionários da Provedoria encontra-se na faixa etária entre os 30 e os 40 anos.

Habilitações Literárias

A maioria dos funcionários da Provedoria de Justiça é licenciada (Direito), seguida de possuidores do 11º ano de escolaridade.

Perfil

Face aos gráficos apresentados pode-se concluir que o perfil do funcionário tipo da Provedoria de Justiça é do sexo feminino, com idade inferior a 35 anos e com um grau académico igual a licenciatura.

Formação

Tipo de Formação	Participantes	Horas de curso	Custo (Euros)
Interna	35	1155	**5 033,70**
Externa	60	1028	**17 642,10**
Total:	**95**	**2183**	**22 675,80**

3. Atendimento

Quadro resumo

	Atendimento Presencial		*Telefonemas*			
			N.º Geral		**Linha Azul**	
	Informações	Queixas novas	Totais	Inf. sobre processos	Totais	Inf. sobre processos
2002	542	305	1483	1483	2066	81
2003	434	331	1840	1474	2214	106

Atendimento Presencial

Telefonemas

Número Geral

Linha Azul

Portal da Provedoria

IV.

Índices das Recomendações

ÍNDICE SISTEMÁTICO

Administração Pública

Cargos de chefia. Integração em novo regime de carreiras
Proc. 3894/99; Rec. 2/B/2003..... 795

Chefe de equipa. Pagamento de quantias em dívida
Proc. 2257/02; Rec. 8/A/2003..... 582

Educadores de infância. Progressão na carreira
Proc. 4576/00; Rec. 7/B/2003..... 809

Faltas injustificadas
Proc. 3978/02; Rec. 17/A/2003..... 595

Funcionário putativo. Direito ao lugar
Proc. 1324/03; Rec. 4/A/2003..... 1042

Licença por maternidade. Risco clínico
Proc. 1118/203; Rec. 6/A/2003..... 1050

Militares. Evolução remuneratória
Proc. 2741/01; Rec. 9/B/2003..... 821

Provas para progressão na carreira. Adiamento
Proc. 155/03; Rec. 8/B/2003..... 601

Reclassificação profissional
Proc. 1714/97; Rec. 7/A/2003..... 579

Trabalho extrordinário

Proc. 2040/03; Rec. 9/A/2003 584
Transição de categoria
Proc. 3747; Rec. 10/A/2003. 590

Agricultura

Medidas florestais. Enquadramento de beneficiários
Proc. 5938/01; Rec. 2/A/2003 1025

Ambiente

Critérios de selecção. Avaliação de impacte ambiental.
Transposição do Anexo III da Directiva 97/11/CE do Conselho,
de 3 de Março de 1997. Proc. P-20/02; Rec. 6/B/2003 114

Contribuições e Impostos

Pagamento de juros indemnizatórios sobre o valor
do reembolso de IRS. Proc. 6052/99; Rec. 5/A/2003..... 331

Direito Judiciário

Magistrados judiciais e do Ministério Público.
Actualização e remunerações e pensões
Proc. 769/02; Rec. 1/B/2003 783

Direito Mortuário

Trasladação. Revogação de indeferimento
Proc. 5815/01; Rec. 3/A/2003 779

Educação

Bolsa de estudo. Restituição em dobro

Proc. 1003/03; Rec. 18/A/2003. 1055

Habitação

Reconstrução de habitações afectadas pelo sismo de 1998
na RA Açores. Critérios de apoio
Proc. 3237/01; Rec. 1/A/2003 1003

Legislação Eleitoral

Voto antecipado dos funcionários e agentes da Administração
Pública deslocados em serviço
Proc. 937/02; Rec. 3/B/2003 799

Segurança Social

Pensão de sobrevivência. Montante a atribuir a pessoa divorciada
ou separada. Referência à pensão de alimentos
Proc. 734/02; Rec. 4/B/2003 e 5/B/2003 806

Urbanismo e obras

Agravamento das taxas a cobrar por legalização de operações
urbanísticas por parte das autarquias locais
Proc. 4052/97; Rec. 11/A/2803 111
Proc. R-1682/99 e 2297/99: Rec. 12/A/2003..... 90
Proc. 1542/01; Rec. 13/A/2003 111
Proc. 2928/97; Rec. 14/A/2003 111
Proc. 3612/02; Rec. 15/A/2003 111
Proc. 1391/84; Rec. 16/A/2003 111

ÍNDICE NUMÉRICO

Rec-01/A/03 ..... R-01/3237 1003
Rec-01/B/03 ..... R-02/0769 783
Rec-02/A/03 ..... R-01/5938 1025
Rec-02/B/03 ..... R-00/3894 795
Rec-03/A/03 ..... R-01/5815 779
Rec-03/B/03 ..... R-02/0937 799
Rec-04/A/03 ..... R-03/1324 1042
Rec-04/B/03 ..... R-02/0734 803
Rec-05/A/03 ..... R-99/6052 331
Rec-05/B/03 ..... R-02/0734 806
Rec-06/A/03 ..... R-03/1118 1050
Rec-06/B/03 ..... P-02/0020 114
Rec-07/A/03 ..... R-97/1714 579
Rec-07/B/03 ..... R-00/4576 809
Rec-08/A/03 ..... R-02/2257 582
Rec-08/B/03 ..... R-03/0155 601
Rec-09/A/03 ..... R-03/2040 584
Rec-09/B/03 ..... R-01/2741 821
Rec-10/A/03 ..... R-02/3747 590
Rec-11/A/03 ..... R-97/4052 111
Rec-12/A/03 ..... R-99/1682;R-99/2297 90
Rec-13/A/03 ..... R-01/1542 111
Rec-14/A/03 ..... R-97/2928 111
Rec-15/A/03 ..... R-02/3612 111
Rec-16/A/03 ..... R-84/1391 111
Rec-17/A/03 ..... R-02/3978 595
Rec-18/A/03 ..... R-03/1003 1055

ÍNDICE CRONOLÓGICO

R-1984/1391 .... Rec-16/A/03 111

R-1997/1714 .... Rec-07/A/03 579
R-1997/2928 .... Rec-14/A/03 111
R-1997/4052 .... Rec-11/A/03 111
R-1999/1682; ... R-99/2297 . Rec-12/A/03 90
R-1999/6052 .... Rec-05/A/03 331
R-2000/3894 .... Rec-02/B/03 795
R-2000/4576 .... Rec-07/B/03 579
R-2001/1542 .... Rec-13/A/03 111
R-2001/2741 .... Rec-09/B/03 821
R-2001/3237 .... Rec-01/A/03 1003
R-2001/5815 .... Rec-03/A/03 779
R-2001/5938 .... Rec-02/A/03 1025
P-2002/0020 .... Rec-06/B/03 114
R-2002/0734 .... Rec-04/B/03 e Rec-O5/B/03 803
R-2002/0769 .... Rec-01/B/03 783
R-2002/0937 .... Rec-03/B/03 799
R-2002/2257 .... Rec-08/A/03 582
R-2002/3612 .... Rec-15/A/03 111
R-2002/3747 .... Rec-10/A/03 590
R-2002/3978 .... Rec-17/A/03 595
R-2003/0155 .... Rec-08/B/03 601
R-2003/1003 .... Rec-18/A/03 1055
R-2003/1118 .... Rec-06/A/03 1050
R-2003/1324 .... Rec-04/A/03 1042
R-2003/2040 .... Rec-09/A/03 584

ÍNDICE DE ENTIDADES VISADAS

Assembleia da República (Presidente) –

Rec. 3/B/2003 e 7/B/2003 ..... 799 e 809

Câmara Municipal de Almada (Presidente) – Rec. 17/A/2003 595

Câmara Municipal de Guimarães (Presidente) – Rec.10/A/2003 590

Câmara Municipal de Alenquer (Presidente) – Rec. 13/A/2003 111

Câmara Municipal de Cascais (Presidente) – Rec. 11/A/2003 111

Câmara Municipal de Gondomar (Presidente) – Rec. 16/A/2003 111

Câmara Municipal de Loures (Presidente) – Rec. 12/A/200390

Câmara Municipal de Silves (Presidente) – Rec. 15/A/2003111

Câmara Municipal de Vila Franca de Xira (Presidente) –

Rec. 14/A/2003 111

Centro Hospitalar do Alto Minho
(Presidente do Conselho de Administração) – Rec. 9/A/2003584

Director de Finanças do Porto – Rec. 5/A/2003 331

Governo Regional dos Açores –

Rec. 1/A/2003; 4/A/2003; 18/A/2003..... 1003,1042 e 1055

Instituto de Financiamento e Apoio ao Desenvolvimento
da Agricultura e Pescas (IFADAP) – Rec. 2/A/2003 1025

Instituto de Solidariedade e Segurança Social
(Presidente do Conselho Directivo) – Rec. 8/A/2003 582

Junta de Freguesia de Espiunca – Rec. 3/A/2003 779

Ministra de Estado e das Finanças –
Rec. 2/B/2003; 4/B/2003 e 8/B/2003 ..... 795, 803, 601

Ministro das Cidades e do Ordenamento do Território

e do Ambiente – Rec. 6/A/2003 1050
Ministro de Estado e da Defesa Nacional – Rec. 9/B/2003821
Ministro da Segurança Social e do Trabalho – Rec 5/B/2003806
Primeiro Ministro – Rec. 1/B/2003 783
Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais – Rec. 7/A/2003579
Secretário Regional Adjunto da Presidência (RA Açores) –
Rec. 6/A/2003 1050